

Introduction au droit public - séance du 13 septembre 2021

Outil de travail :

Droit public français et européen, Bernard Stirn et Yann Aguila, 3ème édition, 2021, Dalloz

Site Legifrance

Sites du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme

1) Définition du droit public, délimitation du champ de la matière

Contrairement à ce que l'on peut parfois lire ou entendre, le droit public n'est pas une exception française, même si sa branche constituée par le droit administratif est particulièrement développée et prégnante dans notre pays et a parfois pu constituer un modèle pour d'autres Etats de droit.

Cette permanence du droit public dans tous les régimes politiques évolués s'explique par la nécessité impérative d'avoir recours à ce droit spécifique pour régir l'organisation des autorités publiques en délimitant et définissant leur cadre d'action et en posant les règles qui s'appliquent à leurs rapports avec les citoyens.

Définir le droit public, c'est avant tout identifier ce qui le distingue du droit privé, généralement défini comme le « droit commun » en tant qu'il fixe l'ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers. On peut ainsi définir le droit public « en creux », d'une part, comme le droit des institutions publiques et, d'autre part, comme le droit des biens d'utilité publique.

Cette double définition fait apparaître l'ambivalence des critères de définition de la matière, à savoir, d'une part, un critère dit « organique » et, d'autre part, un critère dit « matériel ». Le critère organique renvoie aux acteurs du droit public, à savoir les personnes publiques, et le critère matériel à l'objet, au contenu même de la matière, à savoir l'utilité publique et l'intérêt général.

Cette double définition du droit public au regard de ces critères organique et matériel permet également d'expliquer sa dimension universelle. Toute société organisée repose sur des

institutions communes dont il y a lieu de définir les conditions d'existence et de fonctionnement en précisant notamment les modes de désignation de leurs membres, l'étendue de leurs pouvoirs et les conditions dans lesquelles elles agissent. De même, au sein de tout groupe humain de plus de quelques personnes vivant en communauté, il s'avère nécessaire de définir les règles spécifiques qui régissent l'usage et la protection des biens d'utilité publique dont profitent l'ensemble des membres de la communauté, qu'il s'agisse, par exemple, au départ, de biens naturels comme les fleuves ou les forêts ou, encore, à un stade de développement plus avancé, d'infrastructures dédiées aux transports, à l'énergie ou à la communication.

Si tous les Etats de droit n'ont pas fait le choix, comme la France, de structurer toute la vie collective autour de la notion de service public qui est au cœur du droit public français, ils ont, en revanche, tous en commun de réserver une place plus ou moins importante, au sein de leur ordonnancement juridique, à des règles spécifiques distinctes du droit commun tant par leur contenu que par leur finalité. Même les Etats de culture juridique anglo-saxonne, comme le Royaume-Uni ou les Etats-Unis, bâtis autour du modèle de ce qu'on appelle la « common law », c'est-à-dire sur un fondement essentiellement jurisprudentiel et reposant essentiellement sur la libre initiative des citoyens et de la société civile, réservent une certaine place à la « public law » et reconnaissent une importance croissante à l'« administrative law ».

En clair et pour résumer, partout où il existe une vie en société, un lien social, il y a du droit public. Le droit public, en tant qu'il a pour raison d'être la « res publica », la chose publique, est au cœur même de l'Etat de droit, lui est consubstantiel : il ne peut pas y avoir d'Etat de droit, sans un régime de libertés publiques et des institutions publiques chargées de les édicter et d'en garantir le respect.

S'interroger sur l'utilité et la nécessité du droit public, c'est aussi, suivant la décision « en creux » précédemment évoquée, mesurer les limites et les insuffisances de la sphère privée.

Le libre jeu des initiatives privées permet, certes, de pourvoir à de nombreux besoins. Mais d'autres besoins, parfois parmi les plus essentiels, ne peuvent être satisfaits de cette manière :

-soit parce qu'ils excèdent, par leur ampleur, les possibilités de n'importe quel particulier ou n'importe quelle entreprise, qu'il s'agisse alors de la défense nationale, de la justice, de la sécurité intérieure, de la diplomatie ou encore de la politique monétaire (on se réfère ici aux « missions régaliennes » de l'Etat) ;

-soit parce que leur satisfaction exclut tout profit, ce qui incite généralement les personnes privées à s'en détourner (cf, entre autres, santé publique, aide sociale, enseignement public etc ...).

L'administration est le domaine, par excellence, de l'intérêt public, la motivation première de l'action administrative est la poursuite de l'intérêt général, mais des associations privées peuvent aussi être « reconnues d'intérêt général » (fondations, associations d'intérêt public...). Dans le champ de l'action publique, la recherche du profit maximal n'est pas un objectif comme elle l'est dans la sphère des entreprises privées même si le souci de l'efficacité est de plus en plus mis en avant dans le cadre de la réforme de l'Etat et de la fonction publique (cf la « révision générale des politiques publiques » pendant le quinquennat de N. Sarkozy, à laquelle a succédé la « modernisation de l'action publique » durant le mandat de F. Hollande et, aujourd'hui, la « transformation publique » voulue par E. Macron).

2) De l'importance et de l'utilité du droit public pour de futurs gestionnaires du privé

Dans un pays comme la France, l'administration, les personnes publiques sont des interlocuteurs incontournables de la vie économique et du monde des affaires

On peut en citer de nombreux exemples :

- Le droit de la commande publique et des marchés publics intéresse toutes les entreprises, de travaux publics notamment, mais pas seulement (consultants, fournisseurs des administrations, partenaires d'un partenariat public- privé...); il est rare qu'une entreprise n'ait jamais eu à contracter avec l'Etat, des établissements publics ou des collectivités territoriales. En France, le poids des marchés publics dans l'économie nationale est de l'ordre de 15% du PIB ;
- Des pans entiers de l'économie sont encadrés et soumis à des réglementations et régimes d'autorisation que tout bon gestionnaire se doit de maîtriser afin de ne pas commettre d'illégalité et d'être à même, le cas échéant, de faire valoir ses droits, en cas de litige, devant la juridiction administrative ou à un stade précontentieux en formant des recours administratifs devant l'autorité administrative compétente. Cf, entre autres, les autorisations de licenciement de salariés protégés par l'inspection du travail, permis de

construire ou autorisation de travaux, préemptions de biens immobiliers, autorisations d'occupations du domaine public, régimes d'autorisation des installations classées ...

- De nombreuses activités et professions au cœur de la vie économique sont aujourd'hui dites réglementées, ce qui suppose, là-encore, d'avoir une maîtrise suffisante des raisonnements juridiques qui sous-tendent les réglementations applicables afin de ne pas commettre d'erreur préjudiciable à la bonne marche des affaires et être en mesure, là-encore, de mener une action contentieuse efficace en cas de besoin. Cf, notamment, les experts-comptables, avocats, commissaires aux comptes, professions médicales et paramédicales, professions artisanales, chauffeurs de taxis : toutes sont réglementées et leur exercice est assujéti à des régimes autorisations administratives parfois dévolus à des ordres professionnels (organismes privés chargés d'un service public), aux chambres de commerce ou de métiers (établissements publics administratifs) ou encore à des autorités administratives indépendantes (ex ARCEP – Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse - pour le secteur de la Poste et des télécommunications, CSA – Conseil supérieur de l'audiovisuel - pour les entreprises audiovisuelles, AMF – Autorité des marchés financiers - pour les intermédiaires financiers ou encore l'Autorité de la concurrence qui autorise ou refuse des fusions d'entreprises ...) ;
- La branche fiscale du droit public revêt également, par définition, une importance capitale et stratégique pour tous les acteurs économiques : les entreprises sont assujetties aux impôts et taxes et à des redevances (en échange de services rendus) dont le produit est réparti entre l'Etat, les collectivités territoriales et d'autres collectivités publiques et peuvent soumettre à l'administration fiscale des demandes de crédit d'impôts (crédit impôt-recherche). Elles peuvent aussi parfois bénéficier de redevances pour service rendu lorsqu'elles sont elles-mêmes délégataires de service public (distribution et traitement de l'eau, péage autoroutier ...) ;

Par ailleurs, le droit administratif n'est pas seulement appliqué par l'administration, y compris dans ses relations avec le secteur privé, mais aussi par des personnes de droit privé investies de missions de service public qui peuvent prendre des décisions administratives selon la nature de

leurs activités. Cf, entre autres, les ordres professionnels des médecins ou des pharmaciens lorsqu'ils édictent des règlements relatifs à leurs membres ou lorsqu'ils inscrivent ou refusent d'inscrire des professionnels à leurs tableaux, les associations sportives, qui disposent d'une délégation de service public, adoptent des règlements sportifs ou sanctionnent des sportifs qui violent ces règlements (lorsqu'un sportif est sanctionné par une fédération, c'est devant le juge administratif qu'il peut contester la mesure qui lui fait grief).

3) Genèse du droit public moderne

Alexis de Tocqueville dans l'Ancien Régime et la Révolution (1856) : « *Depuis 1789, la constitution administrative de la France est toujours restée debout au milieu des ruines de ses constitutions politiques* ». L'organisation administrative centralisée à l'origine de l'Etat de droit moderne préexistait à la Révolution de 1789.

Dès la fin du XIII^{ème} siècle, en plein moyen âge, le pouvoir central de l'Etat s'affirme comme le fondement de l'ordre social et la principale source d'impulsion des transformations sociales. Le Conseil du Roi de l'époque préfigure le Conseil d'Etat d'aujourd'hui tandis que la Chambre des aides remplissait déjà une fonction comparable à celle qu'assure la Cour des comptes aujourd'hui. Avec le rôle central des légistes, le droit était déjà placé au cœur de l'action publique.

Loin de marquer une rupture, la Révolution de 1789 n'a fait que poursuivre et amplifier ce processus pour lui donner sa forme moderne. C'est sous le Consulat et l'Empire, à la toute fin du XVIII^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, que sont créés les institutions majeures, au cœur de la vie publique, que sont le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, l'autorité préfectorale ou encore le corps des recteurs d'académie.

Tout ce nouvel appareil d'Etat émergent sera consolidé au cours des différents régimes politiques qui se sont succédés au XIX^{ème} siècle et les principes fondateurs de son action ainsi que les libertés publiques qui lui donnent sa raison d'être sont consacrés et enrichis sous la III^{ème} République avec les grandes lois républicaines consacrant la liberté de réunion (30 juin 1881), la liberté de la presse (29 juillet 1881), la liberté syndicale (21 mars 1884), la liberté d'association (1^{er} juillet 1901) et la séparation des églises et de l'Etat (9 décembre 1905).

Au XXème siècle, l'immédiat après-guerre marque l'âge d'or de l'interventionnisme économique de l'Etat avec la consécration du concept dit d'« Etat providence » (welfare state). Ce mouvement se traduit par la création de la sécurité sociale, la constitution d'un vaste secteur public. De nouveaux champs de la vie en société ont alors été gagnés par l'action publique : culture, sport, aménagement du territoire et environnement, communication et solidarité.

Ce temps paraît néanmoins aujourd'hui révolu. En ce début de XXIème siècle, de nouveaux impératifs s'imposent à la puissance publique. Les contraintes budgétaires et économiques ainsi que l'évolution de la demande sociale conduisent à un processus marqué par la recherche de l'efficacité maximale dans l'utilisation des ressources publiques, qui suppose une meilleure prise en compte des objectifs qualitatifs et un allègement des réglementations et des contraintes administratives dans le sens d'une plus grande souplesse.

L'interventionnisme étatique régresse au profit d'une logique de régulation. L'administration veille à mieux associer les acteurs privés au fonctionnement du service public. L'Etat s'efforce de mieux associer les citoyens à la définition des règles qui leur sont opposables par le biais d'une certaine contractualisation de l'action publique et en favorisant la consultation préalable du public pour les grandes décisions qui concernent la vie quotidienne, notamment en matière environnementale. L'Etat-providence s'est progressivement effacé au profit d'un Etat stratège.

Ainsi, au gré des évolutions sociales et économiques, certains fleurons du secteur public ont été privatisés ou ont été sur le point de l'être : cf notamment la privatisation de toute une partie du secteur bancaire en 1986. Encore récemment, la Française des Jeux a été privatisée et Aéroport de Paris devait l'être avant que l'opération soit reportée.

Mais, dans le même temps, on relève aussi que des collectivités territoriales sont amenées, de plus en plus fréquemment, à reprendre en régie des services publics qui avaient été délégués ou concédés à des entreprises privées, comme par exemple la ville de Paris pour le traitement et la distribution de l'eau.

Par ailleurs, la crise financière et économique survenue en 2008 a amené les Etats, dans la plupart des pays occidentaux y compris les plus libéraux, à prendre des participations temporaires dans des entreprises privées, sans d'ailleurs que l'on puisse en déduire une extension des services publics dès lors que la gestion de ces entreprises est évidemment restée privée et que ces participations ont été revendues au secteur privé dès la fin de la crise. Beaucoup plus récemment, les conséquences économiques dévastatrices de la crise sanitaire ont mis en évidence de manière éclatante le rôle central et déterminant de l'Etat dans le maintien

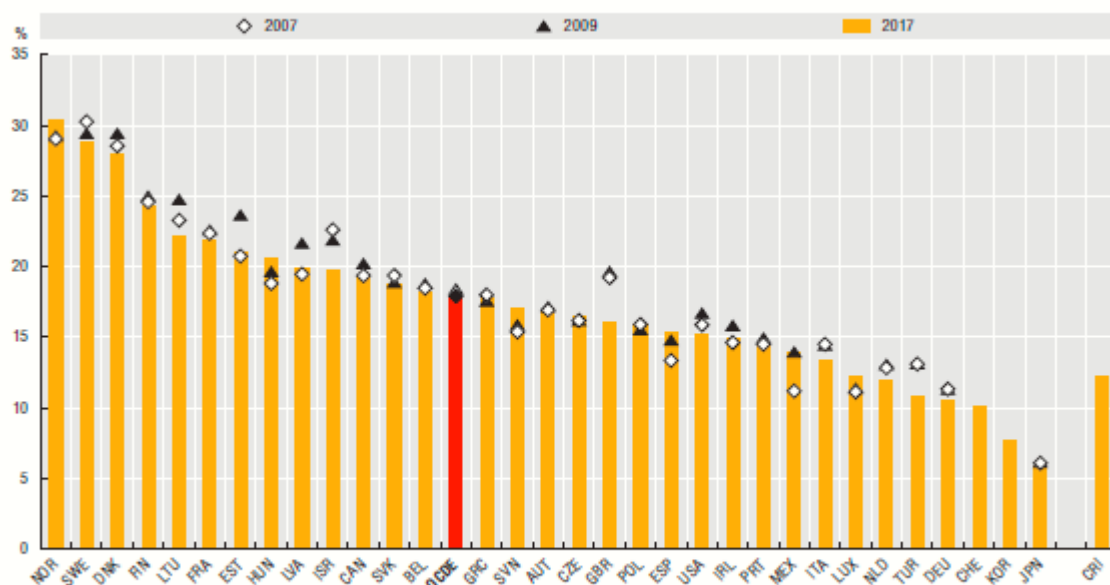
de la cohésion sociale, par sa capacité à s'engager financièrement à hauteur de montants considérables au soutien de l'activité économique nationale et européenne, suivant la logique désormais bien connue du « quoi qu'il en coûte », même si, là encore, cet engagement massif de l'Etat dans la vie économique du pays revêt un caractère nécessairement temporaire et transitoire.

S'interroger sur la place du droit public dans la société dans laquelle nous vivons aujourd'hui revient aussi à dessiner la ligne de partage entre de ce qui relève de la sphère privée et ce qui rentre dans le champ de la sphère publique, la ligne de démarcation entre ces deux notions ayant fluctué suivant les époques et les modèles de société dominants.

Aujourd'hui encore, malgré le recul du rôle de l'Etat dans la vie sociale et économique précédemment mentionné, la France figure parmi les pays occidentaux où la part de la sphère publique dans le PIB et l'emploi est la plus élevée. En termes de niveau de la masse salariale publique /PIB, la France est au premier rang des pays du G7 avec un taux relativement stable se situant autour de 13%, chiffre relativement constant, devant l'Italie, le Canada et le Royaume-Uni.

En revanche, les dépenses de fonctionnement des administrations publiques (masse salariale et autres dépenses de fonctionnement hors crédits d'intervention ou d'investissement) sont plus élevées au Royaume-Uni (21,5%) et au Canada (19%) qu'en France(18%) car le choix de l'externalisation peut parfois s'avérer coûteux.

3.1. Emploi dans les administrations publiques, en pourcentage de l'emploi total, 2007, 2009 et 2017



Sources : Statistiques de l'OCDE sur les comptes nationaux (base de données). Les données relatives à la Corée, aux États-Unis, au Japon, au Mexique, à la Suisse et à la Turquie proviennent de l'Organisation internationale du travail (OIT), ILOSTAT (base de données), Emploi public par secteurs et sous-secteurs des comptes nationaux.

StatLink <https://doi.org/10.1787/888934051814>

Quels sont donc les traits distinctifs de la sphère privée et de la sphère publique ?

Dans la sphère privée, les relations entre les particuliers sont fondées sur le principe d'égalité juridique par le recours au contrat de droit privé né, en principe, du libre consentement des parties.

En revanche, l'administration, qui a pour but principal de servir l'intérêt général, bénéficie, à ce titre, de **prérogatives de puissance publique** ou de privilèges afin de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers (aussi honorables soient-ils ...). La liste des mesures que peut prendre l'administration dans le cadre des prérogatives de puissance publique est variée :

Quelques exemples de prérogatives :

- L'**expropriation** dans le cas où l'administration a absolument besoin d'un terrain que refuse de vendre à l'amiable un particulier (mais si le propriétaire accepte de vendre son terrain à un prix qui convient à l'administration, le vendeur privé et l'acheteur public concluront un contrat de vente régi par le code civil) ;
- Le privilège de la **décision exécutoire** ou « **privilège du préalable** » : il s'agit du pouvoir de l'administration de prendre unilatéralement une décision qui s'impose directement aux particuliers sans que leur accord soit requis (un impôt, une taxe, une amende pour non-paiement d'un impôt ou de cotisations sociales, un retrait de permis

de conduire, une décision qui retire des droits...ou au contraire une décision qui accorde un droit par exemple un permis de construire, une subvention ...)

- Même lorsqu'elle conclut des contrats administratifs avec des personnes privées, l'administration bénéficie de **prérogatives de puissance publique par rapport à son cocontractant** (pénalités de retard imposées unilatéralement à un fournisseur ou une entreprise de travaux publics, modifications unilatérales du contrat, résiliation pour un motif d'intérêt général même sans faute du cocontractant..) ;
- La **réquisition** de propriétés privées (par exemple en économie de guerre ou en cas d'urgence), réquisition d'agents publics par exemple lors de la crise sanitaire en 2020 ou en cas de grève pour préserver la continuité du service public ;
- Le **pouvoir unilatéral de sanction sans passer par le juge pénal** (retrait de point de permis de conduire pour infractions au code de la route, sanctions disciplinaires des fonctionnaires, retrait d'autorisation d'exercer par exemple pour certaines professions réglementées, sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes telles que l'Autorité des marchés financiers, ou encore HADOPI chargée de protéger les droits d'auteur sur Internet),
- Le pouvoir de **lever l'impôt** ;
- L'**imprescriptibilité du domaine public** : si un particulier s'y installe, il n'en obtiendra jamais la propriété grâce à la prescription comme le prévoit le droit privé ;

La contrepartie de ces prérogatives de puissance publique est la soumission de l'administration au droit : c'est ce qu'on appelle le **principe de légalité**.

Le droit administratif en France est autonome. Ainsi le contentieux est jugé par des juges spéciaux, les juges administratifs, et non pas les juges du droit commun, les juges judiciaires. L'origine historique de cette dichotomie réside dans la méfiance des révolutionnaires français à l'encontre des anciens parlements en révolte endémique contre le pouvoir du roi, c'est-à-dire le pouvoir de l'Etat et de l'administration royale afin de préserver les intérêts de la noblesse de robe. D'où la loi du 16-24 août 1790 dont l'article 10 dispose que le juge judiciaire ne peut troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs « *à peine de forfaiture* ». Le consulat crée des juridictions spéciales (Conseil d'Etat et conseils de préfectures) qui vont progressivement élaborer un droit spécial, le droit administratif, fondé sur une logique et des règles qui lui sont propres car adaptées à la spécificité de la matière.

4) L'émergence d'un droit public européen

Si, historiquement, comme on l'a vu, le droit public s'avère, au départ, indissociable de l'Etat-nation et est étroitement lié à la genèse de l'Etat moderne, celui-ci s'est progressivement étendu, au fil des siècles et des décennies, au-delà du cadre national pour acquérir une dimension internationale et, en particulier, européenne.

Le droit est une composante essentielle de l'Union européenne, qui se présente comme un ordre juridique intégré et autonome, distinct de celui des Etats membres. Au cœur de cette construction juridique se trouvent les traités fondateurs, regroupés, depuis le Traité de Lisbonne, autour de deux traités : d'une part, le Traité sur l'Union européenne (TUE), qui pose les grands principes, d'autre part, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui fixe des règles plus détaillées. S'y ajoutent ce qu'on appelle le droit dérivé, à savoir essentiellement les directives, qui ont un contenu assez général et doivent être transposées en droit interne par les Etats membres pour pouvoir s'appliquer, et les règlements, qui ont un contenu plus précis et sont directement applicables en droit interne.

L'effectivité et l'uniformité de l'application du droit de l'Union européenne reposent, pour une large part, sur le contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de Luxembourg qui a consacré, par sa jurisprudence, la primauté et l'effet direct du droit de l'UE.

En parallèle au droit de l'UE, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus communément appelée « Convention européenne des droits de l'homme » (CEDH), à laquelle ont adhéré les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, constitue un second ordre juridique européen essentiel pour la garantie des droits et libertés, directement applicable en droit interne. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) de Strasbourg, qui peut être saisie par tout citoyen des Etats parties par la voie d'un recours individuel, veille à garantir le respect des stipulations de la convention et à donner toute sa portée à ce mécanisme collectif de garantie des droits fondamentaux.

Ces deux ordres juridiques supranationaux que constituent le droit de l'UE et le droit de la CEDH interagissent avec les droits publics nationaux des Etats membres en s'inspirant mutuellement de leurs principes et règles fondamentales. Un dialogue intense est à l'œuvre entre la CJUE, la Cour EDH, les cours constitutionnelles et les autres juridictions suprêmes nationales. C'est de cette interpénétration forte entre droit européen et droit national et de ces

influences réciproques sous l'effet du dialogue des juges qu'a pu naître un droit public européen, encore en construction.

Conclusion :

Ne pas conclure trop hâtivement au recul du rôle de l'Etat dans la vie économique et sociale. Après des décennies au cours desquelles le dogme de « l'Etat modeste » censé être synonyme d'Etat moderne semblait s'être durablement imposé, la crise sanitaire survenue l'année dernière a montré à quel point la puissance publique demeurerait seule à même de garantir une certaine harmonie sociale et économique face à des crises systémiques d'une telle ampleur.

Au-delà de ses évolutions souhaitables et nécessaires, le droit public français repose sur des constantes fondamentales qui sont plus que jamais actuelles. Il repose sur une certaine idée du rôle de l'Etat, garant de l'intérêt général et des grands équilibres. Il continue plus que jamais d'être fondé sur le respect du principe de légalité avec le concours de la juridiction administrative et d'une fonction publique qui demeure majoritairement régie par le principe de la carrière et en étant porté par des institutions robustes. Ayant toujours su évoluer au gré des grandes transformations sociales, il porte les valeurs sur lesquelles repose la vie en société.