



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent survenir dans chaque copie.

Concours externe

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 17/20

* Le droit peut-il être un instrument des mutations de l'Etat ?

En jugeant que le statut d'établissement public industriel et commercial (EPIC) de la Poste était constitutif d'une aide d'Etat, l'arrêt de 2014 Commission contre France de la Cour de justice de l'Union européenne illustre comment le droit peut être le vecteur des mutations de l'Etat. Le droit européen peut en effet être considéré comme l'instrument du mouvement de privatisation des entreprises publiques, amorcé sous l'égide de la Commission depuis le milieu des années 1980.

Pouvant être défini comme l'ensemble des normes contraignantes élaborées par le pouvoir normatif – en principe le Parlement, qui « vote la loi » selon l'article 21 de la Constitution – et interprétées par le juge, le droit a un caractère instrumental. Néanmoins, sa fonction, dans un Etat de droit, est également de fixer des limites aux différents pouvoirs, comme en témoigne l'existence au « sommet de l'ordre juridique interne » (Conseil constitutionnel – CC, 2004 Traité établissant une constitution pour l'Europe) d'une constitution, norme suprême.

L'Etat désigne, au sens matériel, l'ensemble des services publics, tandis que l'approche organique préférée par Maurice Hauriou le réduit à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Son périmètre, ses moyens, ses modalités d'intervention ainsi que son fonctionnement interne connaissent depuis plusieurs décennies des évolutions importantes. Ces évolutions ont pour vecteur privilégié le droit et permettent une modernisation progressive de l'Etat débouchant sur une meilleure protection des droits fondamentaux, une participation accrue à la prise de décision publique, l'introduction d'une logique de performance ou encore la régulation indépendante des activités économiques.

Le rapport entre les mutations de l'Etat et l'instrument juridique a néanmoins évolué lui aussi. D'une part, l'introduction des normes de l'Union européenne (UE) en droit interne (article 88-1 de la Constitution) et celle du droit international (par l'article 55 de la Constitution) tend à renverser le rapport classique : le droit externe n'est en effet plus seulement un support, mais parfois même un moteur à l'origine des mutations de l'Etat. D'autre part, le recours à des instruments juridiques diversifiés se caractérise par une mutation du droit lui-même : montée en puissance du droit souple et de la contractualisation, éclatement du pouvoir normatif et inflation normative.

Dès lors, la capacité du droit à être le vecteur des mutations de l'Etat peut être mise en doute. En premier lieu, les rigidités de l'Etat de droit peuvent parfois limiter voire entraver les mutations de l'Etat voulues par le législateur ou l'exécutif. En second lieu, la diversification et, pourtant, la complexification des instruments juridiques peut engendrer des risques d'insécurité juridique. Ce dernier point appelle en particulier une vigilance accrue du pouvoir normatif et des juges, tant l'insécurité juridique peut altérer la qualité des mutations de l'Etat.

Les risques d'insécurité juridique et les rigidités du cadre juridique remettent-elles en cause la capacité du droit à être le vecteur de mutations de qualité pour l'Etat ?

Le droit est classiquement l'instrument voire le moteur des mutations de l'Etat (IA), permettant une modernisation de ce dernier au moyen d'une diversification des instruments juridiques (IB). Les rigidités et les risques d'un usage non-maîtrisé du droit posent des limites à son utilisation comme instrument des mutations de l'Etat (IIA), qui ne peut être viable qu'à la condition d'une bonne articulation des instruments entre eux et de la prise en compte de l'exigence de sécurité juridique (IIB).

* * *

Utilisé comme vecteur classique des mutations de l'Etat, le droit en devient parfois même le moteur qui en est à l'initiative (IA).

Les outils juridiques classiques sont un support approprié aux mutations de l'Etat.

Le texte constitutionnel prévoit lui-même des outils juridiques pour porter les mutations de l'Etat. Il en va ainsi de l'article 21, qui confie au législateur le pouvoir de voter les lois, dont les domaines d'intervention sont prévus à l'article 34, et dont les interventions sur le domaine réglementaire sont tolérées par le Conseil constitutionnel (CC 1982 Blocage prix et revenus). L'article 11 de la Constitution prévoit un cadre juridique au référendum visant à modifier l'organisation des institutions, la politique sociale, environnementale ou économique de la Nation. De même, l'article 38 ouvre la possibilité d'habiliter le Gouvernement à prendre des ordonnances pour l'exécution de son programme.

En outre, la Constitution peut, quand elle est modifier, influencer directement sur les mutations de l'Etat. L'inscription au Préambule de 1946 de l'obligation de nationaliser les monopoles de fait et les services publics nationaux a en effet ouvert la voie aux politiques de nationalisation de l'après-guerre et du début des années 1980.

De grandes lois sont également intervenues pour moderniser l'Etat. Tel est le cas de la loi de 1978 sur l'accès des documents administratifs ou de la loi dite « DCRA » du 12 avril 2000, qui consacre le principe du contradictoire ou encore le principe de la décision implicite de rejet sous 2 mois. Il en va de même de la loi organique relative aux lois de finances de 2001, qui marque l'introduction d'une logique de performance dans la sphère publique.

Dans certains cas, le droit a même pu initier des mutations de l'Etat.

En droit interne, la jurisprudence a pu entraîner des mutations substantielles de la place de l'Etat et de son rapport avec les citoyens. Le développement d'une responsabilité sans faute de l'Etat (Conseil d'Etat – CE, 1895 Cannes) a par exemple contribué au mouvement vers une plus grande socialisation du risque. La procédure administrative, garante de la protection des droits des citoyens, résulte elle aussi d'une initiative jurisprudentielle illustrée par l'érection en principe généraux du droit des droits de la défense (CE 1945 Aramu) ou du droit au recours en excès de pouvoir même sans texte (CE 1950 Lamotte).

C'est toutefois le droit externe qui a initié les plus grandes mutations de l'Etat dans la période récente. Le droit de la concurrence de l'Union européenne, opposable aux actes administratifs (CE 1997 Million et Marais), a entraîné d'importantes transformations en matière de commande publique. Les principes de transparence et d'égal accès (CJCE 2000 Tel-austria) ont ainsi été appliqués aux délégations de service public par la loi dite « Sapin » de 1993 et aux marchés publics par la loi dite « MURCEF » de 2001. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a également entraîné d'importantes mutations en ce que l'article 46 de la Convention (CESDH) stipule que les Etats s'engagent à se conformer à sa jurisprudence, qui peut impliquer des obligations positives (CEDH 2010 Jakobski contre Pologne). Le Conseil d'Etat a ainsi tiré les conséquences de la violation constatée par la CEDH de la liberté d'expression (CEDH 2001 Ekin contre France) en faisant injonction au Premier ministre d'abroger un décret-loi contrôlant les publications étrangères (CE 2003 Gisti).

Le droit externe contribue ainsi aux mutations de l'Etat, le faisant évoluer vers une meilleure protection des droits.

Support des mutations impulsées par l'Etat, le droit peut ainsi également initier ces mutations, faisant de lui un instrument ambivalent. Il est à cet égard marquant de relever que la CEDH qualifie elle-même la CESDH d'« instrument vivant », faisant évoluer ses interprétations au gré des évolutions sociales pour inciter les Etats européens à en tenir compte à l'image de l'extension du droit à la vie privée et familiale aux couples homosexuels (CEDH 2010 Schalk et Kopf contre Autriche).

*

Dans la période récente, la modernisation de l'Etat a ainsi pris appui sur le droit, au moyen d'une diversification des instruments juridiques qui marque une mutation simultanée du droit lui-même (IB).

Cette modernisation de l'Etat touche en premier lieu à une évolution de son action économique, passant de la réglementation à une approche plus souple de régulation.

L'approche de régulation des activités économiques se traduit par un démembrement de l'Etat, qui confie, le plus souvent par la loi, ce rôle à des autorités administratives indépendantes. Cette mutation s'appuie néanmoins toujours sur le droit : les AAI sont en effet des autorités administratives (CE1981 Retail), dotée d'un pouvoir réglementaire (CC 1986 Liberté de communication) encadré par la loi et même, pour certaines, d'un pouvoir de sanction (CC 1989 Liberté de communication). La mutation de l'Etat se traduit ainsi par un éclatement du pouvoir normatif qui affecte le droit.

Autre aspect de la modernisation de l'Etat, l'introduction d'une logique de performance s'accompagne d'un recours accru par l'Etat au procédé contractuel, qualifié par le Conseil d'Etat dans son rapport annuel de 2008 de « mode d'action publique et de production de normes ».

Il en va ainsi des contrats d'objectifs et de moyen conclus entre les services ou des contrats d'objectifs et de performance conclus avec les opérateurs en application d'une circulaire de 2011. A ces contrats non contraignants s'ajoutent des contrats préalables à l'édition d'actes administratifs tels que les accords des partenaires sociaux étendus à la branche par arrêté ministériel. Enfin, d'autres contrats ont une pleine portée contraignante à l'exemple des contrats de plan Etat-régions (CE 1988 CU de Strasbourg) pour promouvoir des objectifs de politique publique.

Le recours au procédé contractuel concerne aussi la fonction publique, où le nombre de contractuels est de près de 900 000 personnes pour un total de 5,4 M d'agents publics. Cela témoigne d'une recherche de souplesse dans la gestion des ressources humaines en dérogeant aux rigidités du système de la carrière et du recrutement par concours inscrits dans la loi de 1983.

En dernier lieu, la modernisation des relations entre l'Etat et les citoyens implique aussi une évolution vers ce qui est qualifié de « droit souple », et que le rapport annuel de 2013 du Conseil d'Etat invite à inclure dans les réflexions sur le droit.

Visant à améliorer l'adhésion des citoyens à l'impôt et à les informer sur leurs droits, la Charte des droits et obligations des contribuables est ainsi jointe par l'administration fiscale aux avis de vérification qu'elle envoie préalablement à un contrôle. Dans le prolongement des développements de l'administration délibérative, les observations recueillies en application de l'article 7 de la Charte de l'environnement et de la LO de décembre 2012 participent également de cet objectif.

Le droit souple s'est également développé pour améliorer la confiance des citoyens dans l'Etat, à l'exemple de la Charte de déontologie des juridictions administratives de 2011.

Si le droit a ainsi servi de support à la mutation de l'Etat, il s'est également trouvé transformé par ce mouvement.

* * *

La capacité du droit à être l'instrument des mutations de l'Etat est toutefois mise en doute par les rigidités qu'il implique et par l'insécurité juridique pouvant résulter de ce que Bernard Stirn qualifie de « désordre normatif » (IIA).

Le droit peut en effet poser des limites à la mutation de l'Etat et constituer une forme d'entrave.

Sa rigidité, garde-fou démocratique, est illustrée par le caractère restreint des voies de révision constitutionnelle prévues par l'article 89 de la Constitution : une révision doit être votée par les 3/5 du Congrès ou par le référendum et elle ne peut porter sur l'intégrité du territoire ou sur la forme républicaine du Gouvernement.

Aussi, les mutations ne peuvent s'affranchir du cadre juridique. Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que la privatisation de GDF ne pouvait intervenir qu'à la condition de lui retirer sa qualité de monopole de fait (CC 2006 Secteur de l'énergie).

De même, le juge encadre la mutabilité des normes, réduisant ainsi la marge de manœuvre du pouvoir normatif. La petite rétro-activité fiscale (CC 1998 LFSS pour 1999) et l'atteinte à la liberté contractuelle (CC 2000 RTT ; CE 2009 Commune d'Olivet) sont ainsi conditionnées à l'existence d'un motif d'intérêt général. S'agissant du pouvoir réglementaire, il ne peut abroger des décisions individuelles créatrices de droits tangibles que sous 4 mois et pour motif d'illégalité (CE 2009 Coulibaly).

Des limites sont ainsi posées par le droit aux mutations voulues par le pouvoir normatif, dans le cadre de l'Etat de droit.

Aussi, le recours non maîtrisé à l'instrument juridique est propre à créer de l'insécurité juridique qui doit être intégrée par les mutations de l'Etat.

Dans son rapport annuel de 2006 sur la sécurité juridique, le Conseil d'Etat estimait ainsi que la complexité du droit coûtait 5 à 6 points de PIB, notamment en raison de l'inflation législative illustrée par la loi ALUR de 2014, longue de 178 articles et dont seuls 23% des décrets d'application avaient été pris en 2016 selon la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois. De même, l'incertitude sur la normativité du droit souple, mise en relief par une résolution de 2007 du Parlement européen, est de nature à nuire à la clarté de la législation quand le droit souple s'y substitue.

Aussi, les lourdeurs inhérentes au développement des procédures consultatives dans le cadre du développement de l'administration consultative ont également été identifiées. La loi de 2011 pour l'arrêt Danthony du Conseil d'Etat (2011) ont ainsi réduit les cas d'annulation contentieuse aux situations où le vice de forme a privé l'intéressé d'une garantie ou a pu influencer le sens d'une décision.

De par ses rigidités nécessaires en démocratie et en raison des risques que peut représenter pour la sécurité juridique le recours non maîtrisé au droit, sa capacité à porter les mutations de l'Etat est ainsi sujette à caution.

*

Ainsi, le droit ne peut être l'instrument de la mutation de l'Etat qu'à condition d'assurer une bonne articulation entre ses diverses formes et de garantir la sécurité juridique (II B).

L'utilisation du droit comme instrument des mutations de l'Etat suppose l'encadrement et l'articulation entre les différents procédés.

Certains domaines doivent en effet échapper aux outils de contractualisation, comme l'a déjà rappelé le juge. Il en va ainsi de la police administrative (CE 1932 Ville de Castelnau) ou de l'organisation du service (CE 1961 Barbaro). Dans d'autres domaines, le droit souple gagnerait à être articulé avec le droit dur à l'image de la déontologie, où le développement d'une « culture de la déontologie » appelé de ses vœux par Jean-Marc Sauvé (discours de 2014 sur les écoles de formation administrative) nécessite en corollaire le renforcement de l'effectivité du pouvoir de sanction.

S'agissant de l'action économique de l'Etat, elle pourrait gagner en efficacité avec la définition par France Stratégie d'une Stratégie nationale (droit souple) déclinée ensuite notamment par le biais des contrats de plan Etat-régions, comme le suggère l'étude annuelle 2015 du Conseil d'Etat.

En parallèle, le rôle régulateur du juge doit être renforcé avec la mutation de l'Etat pour assurer la sécurité juridique.

Ce rôle est assuré par l'obligation faite si nécessaire de prendre des mesures transitoires pour l'administration (CE 2006 KPMG), ou par l'intégration de l'exigence de sécurité juridique pour le juge lui-même. Il en va ainsi de la modulation dans le temps des effets de ses jurisprudences (CE 2007 Tropic Travaux) ou de ses annulations (CE 2004 Association AC !). Il en va de même de la corrections des malfaçons rédactionnelles des actes réglementaires par publication au JO d'une interprétation rectificative (CE 2013 France nature environnement). Enfin, le juge assure le contrôle des actes de droit souple des AAI aux « effets notables » (CE 2016 Numéricable).

Cela suppose toutefois de poursuivre le renforcement des moyens du juge pour accompagner les mutations de l'Etat, amorcé par le décret de 2010 ouvrant la possibilité d'avoir recours à un amicus curiae (CE 2011 Kandyrine) ou à un avis technique (CE 2012 Direct Energie).

Enfin, l'Etat doit lui-même intégrer l'exigence de sécurité juridique et de qualité du droit à ses mutations.

L'élaboration des normes gagnerait ainsi en qualité avec le développement d'une « culture de l'expérimentation » permise par l'article 37-1 de la Constitution au législateur et par l'article 72 aux collectivités locales, pour reprendre les termes du rapport annuel 2015 du Conseil d'Etat.

Au stade de l'entrée en vigueur et de l'application des normes, les efforts entrepris par la circulaire de 2011 limitant l'entrée en vigueur des actes administratifs à 4 dates annuelles doivent être poursuivis. Le respect de la Charte dite « Sapin » (2014) limitant la petite rétroactivité participerait de cet objectif, de même que l'extension des procédures de rescrit à l'ensemble des impôts et au droit de la concurrence comme le propose l'étude 2013 du Conseil d'Etat sur les rescrits.

L'effort de l'Etat doit aussi porter sur la simplification du stock de normes, engagée par la relance depuis 1989 de la codification, qui pourrait s'étendre dans les mois à venir à la commande publique et, à plus long terme à la fonction publique.

Il est à cet égard pertinent de souligner que les mutations de l'Etat se font en ce sens, avec la création d'un secrétariat à la réforme de l'Etat et du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique qui a fait de la simplification un chantier majeur.

* * *

Le droit est historiquement le vecteur de la mutation de l'Etat, comme l'illustre déjà en 1926 la suppression de 106 sous-préfectures par le décret Poincaré. Avec l'irruption du droit européen, le droit est même devenu un moteur à l'origine de certaines mutations.

Il en résulte un mouvement de modernisation positif pour l'Etat et qui rejaillit également sur le droit avec le développement de procédés nouveaux. Si la capacité du droit à être l'instrument des mutations de l'Etat est en cause au regard de ses rigidités et de l'insécurité juridique qu'il suscite, elle peut toutefois être préservée si les écueils du « désordre normatif » (Bernard Stirn) sont évités.

En dernière analyse, il doit être rappelé que le droit ne peut pas porter seul les mutations de l'Etat : comme le soulignait la Cour des Comptes dans son rapport de 2011 sur la LOLF, la volonté politique demeure irremplaçable.