« Surdétermination économique » du droit et nouvelles figures du service public

« Economics overdetermination » on Law and new faces of public service

Jacques Caillousse

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/pmp/5331>

ISSN : 2119-4831

Éditeur

Institut de Management Public (IDPM)

Édition imprimée

Date de publication : 15 septembre 2012

Pagination : 305-324

ISBN : 978-2-7430-1437-7

ISSN : 0758-1726

Référence électronique

Jacques Caillousse, « « Surdétermination économique » du droit et nouvelles figures du service public », *Politiques et management public* [En ligne], Vol 29/3 | 2012, mis en ligne le 02 février 2015, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/pmp/5331>

« Surdétermination économique » du droit et nouvelles figures du service public 02

➤ **Jacques Caillosse**

CERSA, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Résumé

Cette étude a pour objet le statut social du service public, en France, aujourd'hui. Elle prend appui sur le droit en le considérant comme une composante de l'ordre social et politique. L'hypothèse développée ici est la suivante : les changements qui affectent la conception française du service public trouvent explication dans les transformations actuelles des rapports entre le droit et l'économie. Une fois précisé le sens de ces rapports, l'analyse s'attache à décrire les formes nouvelles du service public et à mesurer la portée des mutations en cours.

© 2012 IDMP/Lavoisier SAS. Tous droits réservés

Mots clés : action publique, analyse économique du droit, droit administratif, droit communautaire, management public, ordre juridique, service public, théorie juridique.

Abstract

« Economics overdetermination » on Law and new faces of public service. This study focuses on the social status public service has within today's France. It is based on Law, regarded as a component of social and political order. The following hypothesis is developed: changes affecting the French conception of public service can be explained by the ongoing transformation of the connections between Law and Economics. After clarifying the meaning of those connections, this study endeavours to describe the new forms of public service and to measure the scope of current changes.

© 2012 IDMP/Lavoisier SAS. Tous droits réservés

Keywords: Public action, law and economics, administrative law, european community law, public management, legal system, public service, theory of law.

L'État a un patrimoine, des finances, un budget, tout un appareil économique, mais ce n'est là pour lui qu'un moyen de vivre, d'assurer ses services, et ses services, quant à eux, ont un but de police, c'est-à-dire un but politique. L'État n'est pas une association pour travailler ensemble à la production des richesses, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'être ensemble, de vivre ensemble, ce qui est essentiellement le fait politique.

M. Hauriou, note sous T.C. 9 déc. 1899
Association syndicale du canal de Gignac, Sirey,
 1900, 3^e partie, p. 49

Introduction

Il existe, à n'en pas douter, bien des façons juridiques de saisir l'objet placé sous le titre *Surdétermination économique du droit et figures nouvelles du service public*. Le mode de traitement auquel il est ici soumis est l'expression d'un choix ou, si l'on préfère, d'un parti pris. À défaut de pouvoir faire le tour des « possibles » juridiques ouverts par cet intitulé, il faut au moins exposer les raisons de l'orientation retenue. Elle n'est pas étrangère au constat qu'en cette matière le juriste peut légitimement se sentir tiraillé entre deux attitudes principales.

1. Certaines évolutions récentes de la jurisprudence administrative – elles datent pour l'essentiel de l'année 2007 (Vérot, 2007 ; Boucher et Lénica, 2007a ; Seners, 2007 ; Boucher et Lénica, 2007b ; Moreau, 2008) – ont permis au juge, en l'occurrence au Conseil d'État, de revenir sur ses méthodes d'identification du service public. La haute juridiction se donne les moyens, sans que l'on puisse parler d'un revirement jurisprudentiel, de préciser et d'enrichir la méthode par laquelle elle donne figure(s) à ce qu'elle désigne, elle, sous les mots de service public. Rien n'empêche de regarder l'objet désigné ci-dessus dans le prisme de cette jurisprudence où le juge précise les conditions dans lesquelles des acteurs privés, notamment des associations intervenant dans les champs culturel ou social, participent à des activités de service public ou plus précisément gèrent ces activités, sans même toujours le savoir ! Une abondante littérature doctrinale dit tout l'intérêt théorique, mais aussi pratique, de cette jurisprudence¹ et rien n'empêche d'en faire la matière première d'un exposé sur l'émergence de *figures nouvelles* du service public, en liaison avec le phénomène désormais majeur de *surdétermination économique* du droit. Aussi légitime soit-elle, cette lecture ne me paraît pas moins affectée par de sérieuses limites. Sans doute installe-t-elle fortement le sujet sur le terrain le mieux marqué de la réflexion juridique, celui du commentaire codé de la jurisprudence, mais elle pourrait bien être une sorte de diversion par rapport à l'essentiel : le statut social, ou mieux, sociétal, du service public aujourd'hui.

2. D'où le choix délibéré d'une autre démarche qui conduit à prendre le sujet de « plus haut » ou de « plus loin », en l'installant d'emblée dans une problématique *politique*. En effet, ce n'est pas seulement dans la jurisprudence que le service public poursuit sa mutation.

¹ Retenons par exemple, le dossier consacré au Service public par la RFDA 1/2008.

Il change dans les représentations mentales que portent des politiques publiques qui, à leur tour, sollicitent l'écriture juridique. Dans ce contexte, la question du service public prend une tout autre dimension. Elle rend visible la transformation globale de l'ordre juridique, ce que, sans trop d'artifice, on peut appeler le changement de référentiel ou de paradigme du droit applicable à l'action publique. Ce *point de vue* ne peut évidemment ignorer ce qui constitue ici le matériau de base de la réflexion juridique : la jurisprudence, qu'elle soit administrative ou communautaire, mais il permet de la regarder *en situation*, c'est-à-dire comme l'un des éléments constitutifs de l'ensemble sociopolitique dont elle fait partie intégrante, puisqu'elle en procède tout en s'y montrant agissante (Caillosse, 2008).

La réflexion que rend possible l'adoption d'un tel point de vue sera développée autour de trois questions complémentaires, dans les conditions suivantes. Le système juridique de l'action publique traverse depuis une trentaine d'années une phase de reconfiguration générale, et c'est dans ce mouvement que sont apparues les *figures nouvelles du service public*. À l'origine de ces changements il y a le réagencement des relations que l'ordre juridique entretient avec son environnement économique (sans doute pourrait-on dire de la même manière de l'ordre économique avec son environnement juridique !). C'est ce réagencement qui est en l'occurrence désigné sous la métaphore d'une *surdétermination économique du droit*. Après quelques mots d'explication sur l'usage de cette dernière (1), on s'efforcera de décrire les formes du réagencement qu'elle désigne (2), avant de mesurer la portée du phénomène (3).

1. Que faut-il entendre par « surdétermination économique » du droit ?

Les rapides éléments de réponse donnés ci-dessous à cette interrogation ne prétendent pas apporter une définition en bonne et due forme de la « surdétermination économique ». Il faut plutôt y voir quelques « variations » sur le thème ainsi évoqué. Elles sont esquissées ici afin de montrer les potentialités de la notion dans le champ juridique.

1.1. Première variation

On s'en souvient peut-être : jusqu'à la fin des années 60 les anciennes Facultés de droit furent aussi Facultés des sciences économiques. Les étudiants juristes étaient ainsi invités à suivre, dans leur cursus universitaire, des enseignements d'économie et d'histoire de la pensée économique. Il est vrai que cette apparente ouverture institutionnelle sur le monde de l'économie ne traduisait aucune sensibilité particulière des études juridiques elles-mêmes à la rationalité propre à cette discipline. En gros et malgré leur réunion matérielle sous une enseigne commune, les deux champs scientifiques apparaissaient bel et bien séparés. Depuis, après un cloisonnement brutal, le paysage académique a bien changé. C'est ainsi que depuis les années 80, nombre d'économistes ont largement investi l'univers de la juridicité, interrogeant règles, principes et autres institutions juridiques du point de vue de leur *attractivité économique*, si ce n'est de ce qu'ils considèrent comme leur « correction » juridique, puisque leur examen du droit vise à repenser la normativité juridique en fonction des commandements de la logique économique (Le Berre, 2008 ; Kirat, 1998 ; Ogus et Faure, 2002 ; Vogel, 2006 ; Deffains et Ferey, 2007 ; Domingo, 2011). Quant aux juristes

– qu'ils appartiennent à la doctrine des privatistes ou à celle des publicistes –, après une période d'attente et d'indétermination, ils se font de plus en plus nombreux à franchir le pas, en s'engageant sur les terrains de l'économie, pour y questionner la matière juridique. Ils sont d'ailleurs fortement encouragés dans cette voie, tant par la Cour de Cassation que par le Conseil d'État où l'économie du droit est devenue une préoccupation centrale. À la faveur de ces mouvements croisés, c'est tout le champ de la juridicité qui a fini par se déplacer : une nouvelle identité juridique a fini par s'imposer, où l'on peut voir les effets de la surdétermination économique du droit. Cette identité est très largement façonnée par des manières proprement économiques d'observer et de représenter la réalité des rapports sociaux. Le sujet de droit lui-même tend à devenir cet acteur rationnel agissant toujours au mieux de ses intérêts que suppose, pour l'essentiel² (Orléan, 2011), la pensée économique. Le droit tend lui-même à ne plus organiser d'échanges qu'entre des opérateurs économiques, intervenant sur des marchés concurrentiels, et pour lesquels le *calcul* (Ogien et Laugier, 2010 ; Supiot, 2010) est devenu le mode usuel de communication.

1.2. Deuxième variation

Pour mieux éclairer la métaphore que ces lignes sollicitent, partons de ces quelques remarques d'A. Supiot dans l'ouvrage *L'esprit de Philadelphie* : « *Si la compétition économique est devenue le but ultime de l'ordre juridique, c'est en raison de l'adhésion au dogme selon lequel l'accroissement de la production et du commerce est une fin en soi, et que cette fin ne peut être atteinte que par une mise en concurrence généralisée de tous les hommes dans tous les pays* ». Cette proposition constitue en quelque sorte l'horizon des présents développements. Le statut actuel du service public est très largement conditionné par le phénomène dont parle A. Supiot : le but ultime de l'ordre juridique est bel et bien la compétition économique. L'adhésion massive – il ne serait pas abusif de parler de *conversion* – des élites économiques, administratives et politiques à ce « *credo* » ne pouvait que faire bouger les bases sur lesquelles le service public a pu s'imposer, en France, comme l'un des modes majeurs d'organisation des rapports sociaux.

Le service public se trouve pris, lui aussi, dans le système d'un droit voué désormais à servir la cause de la compétition économique. Telle est en l'occurrence la surdétermination économique du droit. Le même auteur fait ainsi valoir que « *le droit (tout comme la religion, les idées ou les arts) est considéré comme un produit en compétition à l'échelle du monde, où s'opérerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence* ». Surdétermination économique du juridique donc, dès lors que les droits nationaux sont de plus en plus traités comme des produits en compétition sur le marché international des normes (*law shopping*). Les consommateurs de droit font ainsi leur choix sur le marché des normes, rendant possibles du même coup de savantes réflexions comparatives sur l'*attractivité économique des systèmes juridiques*. On sait que l'Union européenne n'est pas la dernière à pratiquer largement cette mise en concurrence des législations économiques, ou

² Cette réserve n'a rien d'innocent. Elle est imposée par les contestations que provoque pareille supposition au sein même de la théorie économique.

à incidences économiques, des États-membres. Dans cette affaire, la légendaire rigidité du droit public français ne peut qu'agir fortement sur les bases mêmes du service public et contribuer à les fragiliser³.

1.3. Troisième variation

La question du droit finit par ne plus se poser qu'à l'intérieur d'un système de rapports et de valeurs économiques que l'ordre juridique finit par intégrer, au point de devenir l'une des composantes de ce système. Sans doute se comporte-t-il en élément plus ou moins réfractaire, mais c'est à l'intérieur d'un dispositif auquel il participe en tant que tel. La surdétermination – « *surcodage* »⁴ (Sfez, 1981) faudrait-il peut-être dire – renvoie ainsi à la position que le juridique occupe dans un espace structuré par l'économie concurrentielle de marché. Donnée secondaire, le droit est mobilisé pour servir des visées économiques. Cette situation mérite de la part du juriste un examen plus attentif. Il lui faut tirer toutes les conséquences du fait que le droit – à condition de n'être pas dupe d'une formulation abstraite derrière laquelle des acteurs bien concrets sont à l'œuvre – reconnaît le principe de sa propre soumission. Mieux, cette soumission, il l'organise, il se met sous contrôle, concevant les sanctions qu'appelle le dérangement de l'ordre économique. C'est dire que le droit fait de la domination par l'économie une règle juridique à part entière. Non seulement il affirme la nécessité de sa subordination aux réalités ou aux exigences de l'économie par lesquelles la modernité est réputée advenir, mais il « *juridicise* » encore cette supériorité économique qu'il érige en norme juridique. Ainsi avec le droit de la concurrence – dont la promotion se lit dans les espaces éditoriaux en expansion qui lui sont voués – un nouvel ensemble d'exigences opposables à l'action juridique de l'administration s'est constitué, dont la progression a été saisissante. Telle est, à mes yeux, la logique de la surdétermination : le droit s'est placé lui-même sous dépendance économique, en faisant de cette dépendance une règle juridique. Il en vient à faire fonctionner l'impératif de concurrence et de soumission aux règles de marché à la manière d'un « *Hypertexte* ».

1.4. Quatrième variation

On le voit, le choix du terme de « *surdétermination* » n'obéit à aucun code confidentiel. Il suffit de prendre ce mot dans son acception première, la plus usuelle. Il appartient au vocabulaire de la verticalité et permet de désigner la position subordonnée qui revient au droit, dès lors qu'il reçoit son inspiration d'un ordre de pensée supérieur dont il se trouve désormais dépendant. Il lui faut se peser en fonction de commandements qui lui viennent d'En Haut. Ainsi doit-il faire avec un lexique qu'il reçoit du monde de l'économie ou mieux, des affaires. Celles-ci sont devenues un objet de droit singulier où le partage du droit public et du droit privé sans disparaître laisse de sa force. En bref, parler de surdétermination économique du droit, c'est prendre acte d'un véritable

³ La même problématique est applicable, on le sait, au droit des relations du travail, qu'elles relèvent de l'administration ou de l'entreprise. La dénonciation de la rigidité implique de la même façon le statut de la fonction publique et le Code du travail.

⁴ Encore que la notion de « *surcode* » ait été conçue par Lucien Sfez pour de toutes autres raisons.

réagencement structurel des rapports entre les modes juridique et économique de penser. Réagencement dans la mesure où les préoccupations économiques du moment ne peuvent aboutir que dans le droit et qu'avec du droit, mais un droit recomposé, comme purgé de sa propre histoire. Il s'agit bien de « *désactiver* » le vieux droit, sans pour autant se distraire de la juridicité. Après tout, le marché n'est-il pas lui-même une sorte de machinerie juridique ! La surdétermination n'est donc pas dénégation du droit. Elle travaille à des reclassements à l'intérieur de l'espace juridique, faisant céder le droit public devant le droit commun, celui du commerce et de l'industrie. Avec elle, il n'est pas difficile de retrouver un mouvement bien connu de recomposition juridique par lequel le droit français se « *normalise* », en se rapprochant des standards européens. Il en va ainsi globalement pour le droit du service public dont le *recodage* – au sens propre du mot – par le droit de l'entreprise est bien avancé.

2. Quelles formes la reconfiguration du service public prend-elle ?

L'élaboration de politiques publiques visant à reconfigurer les services publics est devenue une sorte de phénomène universel. Via des organisations internationales telles que la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'OCDE, des modèles de (bonne) gestion publique ont fini par s'imposer pratiquement partout, avec des succès variables, si l'on en juge notamment par certaines « expériences » africaines tragiques. Toujours est-il qu'on peut parler d'un programme de reconfiguration des services publics comme de l'un des aspects d'un mouvement global impliquant toute la sphère des activités publiques où l'on voit interagir méthodes nouvelles de gouvernance et de management. Que la dynamique de ce processus soit à peu près partout la même ne l'empêche de revêtir ici ou là des formes singulières, comme le montre notamment le cas français.

2. 1. Situation du problème

Ce particularisme national tient sans doute à une certaine dramatisation du sujet. Les politiques dites de réforme du service public sont vouées à devenir objet et enjeu de deux grands récits – rien n'empêche d'en parler comme de mythologies – qui s'affrontent systématiquement depuis les débuts du XX^e siècle, pour trouver consécration tant dans l'ordre du politique que dans celui du droit. Les représentations du service public n'en finissent pas d'osciller entre ces deux récits.

On y voit d'un côté l'expression aboutie d'une société fortement rassemblée autour d'un réseau dense de services publics qui sont autant de marques de l'interdépendance et de la solidarité sociales. Ces termes appartiennent bien sûr au répertoire duguiste dans lequel puisent, autant que de besoin, le législateur⁵ et le juge administratif (Conseil d'État, 1995). Mais d'un autre côté, derrière l'évocation du service public dit « *à la française* », il y a la dénonciation d'une administration bureaucratique et d'une société d'assistance avec lesquelles le droit et les valeurs de l'Union européenne imposent la rup-

⁵ On en a un exemple éclairant avec la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

ture. Changement de registre ! On est plutôt inspiré ici par la théorie des choix rationnels. Cette représentation dévalorisante est à l'œuvre, presque sans nuance, pendant toute une période – elle aura été décisive – dans le discours des instances européennes et surtout dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), du moins jusqu'au milieu des années 1990⁶.

Se soustraire en France aux jeux croisés de ces deux figures du débat ne relève vraiment pas de l'évidence. Elles dominent et structurent toute la littérature juridique – mais le constat vaut bien au-delà de la théorie du droit – relative aux programmes de reconfiguration du service public qui se succèdent depuis la fin des années 70. Chacune des deux thèses est organisée autour de certitudes que les acteurs intériorisent comme autant de croyances, ou, mieux encore, de dogmes. S'il est hors de question d'ignorer la compétition à laquelle se livrent les partisans de l'un ou l'autre de ces deux récits, il est impératif de s'en déprendre. De ce point de vue les évolutions juridiques auxquelles l'espace des services publics se trouve soumis depuis une trentaine d'années offre un terrain d'observation tout à fait propice. Non que ce terrain puisse prétendre lui-même à on ne sait quelle neutralité, mais toutes les transformations qui affectent la matière des services publics y laissent une trace : le droit agit à la manière d'un sismographe qui enregistre les moindres mouvements. Ceux-ci se font plus spécialement visibles lorsque l'État se met sérieusement à réfléchir sur le rendement de l'action publique, c'est-à-dire lorsque cette question devient objet de politique publique. L'introduction de la RCB dans certains secteurs d'activité étatique est ainsi emblématique d'une volonté de faire bouger les standards de la « *bonne administration* ». L'idée fait son chemin, selon laquelle la meilleure manière de faire et penser l'administration n'est plus tant à chercher du côté du droit que de celui du management. Disons-le autrement : ce que l'on attend du service public, de tout service public, ce n'est pas seulement une aptitude à agir conformément aux règles que le droit lui impose, mais une capacité à s'interroger sur ses propres performances. Cette problématique du rendement de l'action publique trouve sa première expression juridique marquante dans l'évolution des formes de contrôle pratiquées par le Conseil d'État. La fameuse jurisprudence dite du bilan coûts/avantages inaugurée en mai 1971 dans le droit de l'expropriation et qui s'est ensuite propagée, notamment *via* le droit de l'urbanisme, fait fonction d'*événement inaugural* (Caillousse, 2010). Ici, le juge se prononce sur la régularité juridique d'une décision administrative en évaluant, au travers d'un bilan coûts/avantages fort codé, son impact socio-économique. C'est ainsi que la légalité d'une déclaration d'utilité publique, dans le cadre d'une procédure d'expropriation, s'apprécie – elle se mesure – au regard de la rentabilité globale du projet justifiant le recours à l'expropriation. Par là un nouveau mode de jugement du service public se prépare, qui prend appui sur/dans l'économie⁷. Cette manière nouvelle de penser la juridicité s'est depuis généralisée. Elle est au principe d'un mouvement général de réforme du service public – sa reconfiguration – qui implique tout à la fois son périmètre et son régime juridique.

⁶ C'est bien d'ailleurs en réaction à cette disqualification du service public que fut écrit le Rapport public précité du Conseil d'État.

⁷ Curieusement, la doctrine des juristes va, à de rares exceptions près, ignorer ce changement de registre. Elle raisonne presque exclusivement sur la question de savoir si le juge n'excède pas ici ses pouvoirs, en se livrant à une sorte de contrôle de l'opportunité des décisions administratives.

2. 2. À propos du périmètre du service public

Examinons la question à la lumière de ce mouvement général qui, des années 80 à nos jours, se présente sous les formes variées de la modernisation de l'État, de l'administration ou du service public⁸. Les dénominations changent ; le processus reste fondamentalement inchangé, même s'il connaît, c'est vrai, ces derniers temps, une accélération brutale du fait de la RGPP⁹. Il s'agit de rectifier le périmètre de l'État et de l'action publique, c'est-à-dire du service public dans son acception la plus large. Au-delà d'expressions variables, une même volonté s'énonce, qui consiste à rabattre les institutions constitutives de l'État sur les fonctions les plus marquantes de son identité, celles qu'on dit volontiers « régaliennes », sans trop d'ailleurs s'interroger sur leur contenu précis. Notons-le : ce mouvement général qui se justifie au nom d'un État modeste identifié à la Modernité (Crozier, 1987), et en invoquant – formule pratiquée jusqu'à satiété – le mieux d'État par le moins d'État ; ce mouvement qui se légitime par ailleurs en convoquant les acquis de la démocratie et des droits de l'Homme, est absolument global, du moins dans l'aire géopolitique de l'Occident où, dans l'ensemble, les États théorisent leur propre repli. La manière dont celui-ci s'accomplit est évidemment fonction des histoires nationales et des mémoires institutionnelles (Legendre, 2006). On sait à quel point les voies du changement sont conditionnées parce que la sociologie de l'action publique regroupe sous l'image de la « *path dependency* » (Muller et Surel, 1998). La force de la tradition étatiste française, la part considérable qui revient au droit public dans le système de régulation des rapports sociaux, tout cela pèse sur les politiques de réforme et éclaire les difficultés auxquelles elles se heurtent, notamment sur le terrain social.

Concrètement, comment s'est traduite en France la volonté de réduire le périmètre de l'État et de ce fait – car il s'agit d'un seul et même mouvement – du service public ? Le sujet étant bien connu, le rappel de quelques exemples devrait suffire. La mise en œuvre la plus visible de ce programme se lit pour commencer dans le processus de contraction du secteur public. La réduction de la liste, jadis impressionnante, des entreprises publiques est de ce point de vue on ne peut plus édifiante¹⁰. C'est le même programme qui se poursuit, par d'autres moyens, avec la recherche d'une conception renouvelée des propriétés publiques¹¹. Ainsi s'affirme un souci récurrent¹² de revoir à la baisse l'espace soumis aux exigences

⁸ V. notamment les circulaires des 23 février 1989 (dite circulaire Rocard), JO 24 février 1989 et 26 juillet 1995 (dite circulaire Juppé), JO, 28 juillet 1995.

⁹ V. la première synthèse proposée sur cette question par la RFAP 136/2010.

¹⁰ Certes, aucune confusion ne doit être faite entre les notions juridiques de secteur public et de service public : il existe des entreprises publiques dont l'activité n'est pas assimilable à un service public, et la gestion des activités de service n'est pas toujours le fait, loin s'en faut, d'entreprises publiques. L'indépendance des concepts juridiques n'empêche pas que dans les faits, ou plutôt dans l'histoire, la tendance dominante ait été à la confusion. C'est même l'une des raisons principales pour lesquelles la conception française du service public se trouvait en décalage par rapport aux modèles diffusés par le droit communautaire.

¹¹ V. en ce sens les débats relatifs à la réforme du droit des propriétés publiques, dossier *Propriété publique-Domaine public* de la RFDA 5/2006.

¹² Le thème de l'incompatibilité entre le droit de la domanialité publique et les exigences de l'économie ne date évidemment pas d'hier. V. par exemple les Actes du Colloque *Domaine public et économie*, 20-21 septembre 1990, n° hors série des Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, octobre 1991.

de la domanialité publique, parce que son inaliénabilité le tient à l'écart des injonctions du marché. Avec la mise en réforme persistante du système juridique propre à la fonction publique, c'est encore ce même projet de contraction que sert le droit. Aujourd'hui il ne suffit plus de réduire le champ d'application des *règles statutaires*, les plus emblématiques de la conception française de l'État et du service public, au bénéfice de *pratiques contractuelles* plus proches du modèle de l'entreprise (Silicani, 2008). Avec la RGPP le gouvernement s'est donné pour objectif le non-remplacement d'un fonctionnaire sur deux partis à la retraite. Au-delà de ces exemples significatifs, il conviendrait d'évoquer une multitude de réformes ponctuelles, toutes animées de la même ambition : redessiner le vieux tracé des frontières séparant les fonctions d'administration et d'entreprise, parce que trop favorable aux premières, il est jugé contre-productif.

2. 3. Sur le régime juridique du service public

Dans le genre d'État de droit dont nous sommes en France les héritiers, la réduction matérielle du périmètre du service public n'est certainement pas le seul événement décisif que l'on peut facilement imputer au phénomène de surdétermination économique de la production juridique. Aussi remarquable est la mutation en cours du régime juridique applicable aux activités de service public. Dans un pays où la gestion du partage public/privé a joué dans l'histoire institutionnelle comme dans la vie politique le rôle structurant que l'on sait (Caillousse, 1996), l'insertion progressive des activités de service public dans la sphère de la régulation marchande constitue en tant que tel un fait politique édifiant. Ce processus qui, répétons-le, est l'un des marqueurs les plus visibles de la période 1980-2011, n'a pu s'accomplir qu'en empruntant des formes juridiques indissociables du grand récit de la modernisation de l'État et du renouveau du service public. Aussi diverses et variées soient-elles ces formes juridiques peuvent être ramenées à quatre qui dessinent entre elles des combinaisons multiples. C'est dans ces mouvements que se construisent les figures nouvelles du service public.

Parmi ces formes – c'est de leur usage que dépendent les figures du service public – une place particulière revient à la *privatisation* (Devolvé, 2006). Dans le discours de la réforme de l'État en général prévaut cette idée en forme de certitude que le management – combien même il se qualifie de public – n'est pas fondamentalement compatible avec un droit public que l'on persiste ici à tenir pour réfractaire à la logique de la performance (Caillousse, 2000). On ne s'étonnera donc pas de voir reculer le droit administratif dans sa version la plus classique, celle d'un droit reconnu comme exorbitant du droit commun, ou « *à part* », pour parler comme G. Vedel, au bénéfice du droit du commerce et de l'industrie, ou, toujours selon la terminologie vedélienne : du droit de « *tout le monde* »¹³. L'universitaire ne manquera pas de constater que c'est au cours de cette période où la part du droit privé augmente substantiellement dans l'ensemble du corpus juridique propre aux services publics toutes catégories confondues, que les facultés de droit voient partout basculer, au détriment des derniers, le rapport des forces entre « *privatistes* » et « *publicistes* » !

Autre forme à laquelle la surdétermination économique du droit va assurer une belle fortune : la *régulation* (Timsit, 1996 ; Timsit, 2004). Il en est question à chaque fois que l'État décide de se mettre à distance de ses propres fonctions constitutives. Il faut dire qu'il

¹³ Voir Vedel G. (1980), *Préface* à la 7^e édition de son *Droit administratif*, PUF, col. « *Thémis* », Paris.

est sérieusement poussé à pratiquer ce genre de dédoublement par le droit d'une Union européenne qui en fait volontiers la condition d'une « *bonne gouvernance* ». Plutôt que d'agir directement, l'État se retranche derrière des agences ou autres autorités que l'on dit indépendantes. Même si elles ne s'y limitent pas, loin s'en faut, la profusion de ces institutions dans le domaine de l'économie de marché est l'un des traits dominants de la période qui nous retient ici (1980-2011). Il faut dire qu'en cette matière le seul démantèlement des grands monopoles publics sur lesquels se trouvait largement indexée la conception française du service public a provoqué la création de nombre d'autorités administratives indépendantes¹⁴. En tant que telle la régulation n'assure pas la sortie des limites du droit public, même si le contentieux provoqué par certaines de ces autorités a d'emblée été soustrait au contrôle de la juridiction administrative pour être placé sous le regard du juge judiciaire ; pour autant, avec elle, les manières classiques de penser la singularité du droit administratif – dans son acception la plus courante – atteignent leurs limites. C'est un autre cycle qui s'ouvre.

La reconfiguration du droit applicable au service public passe encore par les chemins que trace le *contrat*. Dans la topographie administrative renouvelée qui vient d'être décrite, la mise en forme contractuelle des activités de service public n'a rien qui puisse étonner. Elle relève même d'une sorte de nécessité, celle qu'imposent les principes de bonne gestion de l'État managérial. À dire vrai c'est toute la réforme de l'administration qui contribue à l'élargissement de l'espace public contractualisé. La remarque vaut aussi bien pour le traitement juridique des relations du travail dans les services publics (Touzel-Divinat, 2010 ; Marc et Struillou, 2010), que pour le droit régissant les rapports entre l'État et les collectivités territoriales – comme d'ailleurs les relations entre ces dernières – dans le cadre de la décentralisation (Faure, 2011). Cette ample contractualisation de l'action publique (Caillousse, 2006 ; Gaudin, 1999) ne se traduit pas nécessairement par le reflux du droit public, mais par un changement certain de son identité, qui contribue à son rapprochement tendanciel avec le droit commun tant il est vrai, comme le disait L. Duguit, que « *Parler de contrat et de contrat de droit public c'est parler de choses qui n'existent pas ; et, par conséquent, on ne peut pas les opposer, pas plus et pour les mêmes raisons qu'on ne peut parler d'actes de gestion et d'actes d'autorité et les opposer les uns aux autres. Il y a des contrats passés par l'État et des actes faits par lui qui ne sont pas des contrats. Mais opposer les contrats de droit public aux contrats de droit privé, c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagements régulièrement pris. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat*¹⁵ » (Duguit 1930).

Reste à évoquer les effets décisifs du droit de la *concurrence* sur les anciennes représentations du service public. Ainsi que l'observe le Conseil d'État : « *L'idée de concurrence, porteuse des valeurs sociales de liberté et de rationalité économique, s'est en fait propagée*

¹⁴ La littérature des juristes sur la question est considérable. V. en particulier les actes du colloque *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ?* RFDA 5/2010.

¹⁵ Voir encore, du même auteur, même ouvrage (1927, tome I^{er}, 699), ces autres remarques sur le sujet : « *Cette distinction ne conduit à rien de moins qu'à dire que l'État n'est pas lié de la même manière par un contrat de droit public que par un contrat de droit privé : conséquence absolument inadmissible. C'est encore une de ces théories inventées par des légistes pour donner une apparence de valeur juridique aux prétentions régaliennes des gouvernants* ».

comme une onde et a heurté d'autres valeurs telles que l'égalité, la solidarité et la sécurité portées par les collectivités publiques dans tous les pays de la communauté européenne, faite de façon non homogène, et traditionnellement résumées en France dans l'idée de service public » (Conseil d'État, 2002). On peut, si l'on veut, dater l'origine de cette grande mutation, en la faisant remonter à cette jurisprudence devenue célèbre et que l'on connaît désormais sous le nom de « *Million et Marais* » (Guézou, 1998). Pour prendre pleinement la mesure de ce qui se joue derrière le discours lisse et si codé du Conseil d'État, un bref détour par les conclusions prononcées dans ces affaires par le commissaire du gouvernement J.-H. Stahl n'est pas inutile. S'adressant à la Section du contentieux du Conseil d'État, il éclaire par ces quelques remarques la solution juridique qu'il lui propose d'adopter : « *Les mutations technologiques et économiques, l'ouverture des économies de marché, le droit communautaire de la concurrence conduisent de toute façon, croyons-nous, à repenser les relations du service public et d son environnement concurrentiel. Le débat est déjà ouvert et nous croyons qu'il importe que vous puissiez y mêler votre voix. Pour cela encore faut-il que vous acceptiez d'ajouter à votre compréhension traditionnelle du service public, centrée sur l'utilisateur, une autre dimension des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence* » (Stahl, 1997). En d'autres mots, il y a une invitation faite au juge à se déprendre de manières de voir le service public qui se sont constitué sous l'influence de la doctrine du guiste. Au lieu de continuer à penser la question du service public dans le prisme de l'utilisateur, il importe maintenant d'ouvrir la focale, pour en reprendre l'examen du *point de vue de l'entreprise*.

Cette réorientation « *stratégique* », le même commissaire du gouvernement en exposera plus précisément les prolongements théoriques, quelques années plus tard, en affirmant dans ses conclusions sur une affaire *Société EDA* jugée par le Conseil d'État le 26 mars 1999 : « *il vous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome des notions du droit de la concurrence* » (Stahl, 1999). La suite ne le démentira pas : le Conseil d'État a bel et bien choisi de rompre avec d'anciennes méthodes de jugement qui le portaient à garder le fonctionnement juridique du service public à l'abri des règles de la concurrence. Désormais c'est l'essentiel des activités publiques qui tendent à être justiciables d'un droit conçu pour servir et contrôler une économie concurrentielle de marché¹⁶. Certes la transposition de ce corpus juridique dans l'univers du service public ne s'est pas faite sans « *arrangements* ». C'est pourquoi on a pu justement parler d'un « *droit public de la concurrence* » (Bazex, 1998). Reste que ce droit-là, aussi public soit-il, est désormais fortement indexé sur le modèle de l'entreprise. Et, c'est de ce changement de bases, que la reconfiguration du service public est largement tributaire.

On le voit, les évolutions qui ont eu lieu tout au long de ces trente dernières années n'ont pas fait sentir leurs effets sur le seul plan de la technologie juridique. Les changements de référentiel de l'action publique affectent l'*univers mental* du droit. L'espace juridique où se déploient les rapports sociaux qui portent le service public et dont en même temps celui-ci dépend, n'est plus le même. S'il y est toujours question de droit administratif et

¹⁶ La réalité de ce mouvement tendanciel n'est guère contestée. Cela n'empêche pas que puisse persister, jusque dans la jurisprudence du Conseil d'État, une volonté de résister à la marchandisation du service public. Ainsi voit-on le juge lui assurer une sorte de « *sanctuarisation* », en continuant de le mettre à l'abri des règles de la concurrence. V. pour exemple, CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA, 2006, 1584, chronique Landais C. et Lénica F. Au cœur de cette jurisprudence, il y a l'idée qu'il existe certains besoins d'ordre public que la seule initiative privée ne peut sérieusement satisfaire.

de service public, ces mots s'appliquent désormais à des objets en pleine métamorphose. Les nouvelles figures du service public doivent donc se lire comme autant de symptômes de transformations plus profondes, mettant en jeu jusqu'au statut sociopolitique du droit.

3. Quelle(s) signification(s) la reconfiguration du service public revêt-elle ?

Répondons en une formule à cette question : il y a au principe même du phénomène évoqué ci-dessus un *déplacement* des manières juridiques de penser le monde. Autant dire qu'une autre culture juridique est en train de s'affirmer, en même temps que s'imposent, dans les faits et les valeurs, les effets cumulés de la construction européenne et de la mondialisation (Arnaud, 2003). On en saisira mieux la singularité en faisant retour sur celle qu'elle tend à recouvrir, sans pour cela la faire disparaître. Car le vieux fonds romano/canonique dans lequel notre système juridique a longtemps puisé ses ressources demeure « *en mémoire* ». Qu'il soit encore là et toujours actif, la grande ligne de partage public/privé qui continue de traverser notre droit en est, parmi d'autres, un bon indicateur. En bref, les transformations que l'on s'emploie ici à décrire prennent tout leur sens dans les interférences et autres brouillages que provoquent ces mouvements entre deux cultures juridiques (Dubouis, 1999). Pour *situer* la nouvelle donne juridique qui advient avec la surdétermination économique du droit, une rapide présentation des principaux éléments constitutifs des deux cultures juridiques en compétition s'avère nécessaire.

3. 1. Deux cultures juridiques en compétition

Évitons surtout de dramatiser les différences, malgré tout bien réelles, entre la conception française du service public – le fameux « *service public à la française* » – et les autres, celles qui partout ailleurs en Europe ont pu être consacrées (Marcou et Moderne, 2001). L'essentiel consiste plutôt à résister à ces tendances lourdes qui, en doctrine, travaillent à les occulter ! C'est un fait : sur la question jadis si disputée du service public, de substantiels rapprochements ont fini par se produire entre le droit français et celui de l'Union européenne, en raison notamment d'infléchissements mutuels dans les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de justice. Mais aussi sensibles soient-elles, ces évolutions croisées ne parviennent pas à faire oublier des différences persistantes dans les conceptions du droit, dans les modes juridiques de représentation du monde. Or, ces écarts ne sont pas sans conséquences : ils éclairent nombre de difficultés, justifient réticences d'un côté, frustrations de l'autre. Sans mesure préalable de ces divergences, on apprécie mal la portée véritable des rapprochements en cours.

Divergences

Il faut en gros attendre le milieu des années 90 pour que se fasse vraiment sentir au sein de la jurisprudence communautaire quelque chose comme une sensibilité au service public. Entendez : le service public au sens que l'on donne d'ordinaire en France à cette notion. Un tel constat ne saurait d'ailleurs surprendre. Le droit communautaire ne peut réfléchir qu'une *forme* juridique moyenne ; celle qui se construit à partir de l'état des lieux juridiques qu'offre l'ensemble du territoire européen. Or, dans cet espace la singularité de

l'expérience juridique française n'est pas douteuse. Et on voit mal pourquoi elle devrait être assumée comme telle par l'ordre juridique d'une Europe ouverte à d'autres traditions et influences, anglo-saxonnes notamment.

En l'occurrence, cette référence à la singularité française est dépourvue de toute intention normative. Elle est une manière de faire renvoi à une histoire particulière du service public qui dépasse largement les limites de la sphère juridique (Barret-Kriegel, 1985). On peut dire de cette notion qu'elle aura été une sorte de *marqueur* de notre culture politique nationale. Autour du service public, un véritable corps de doctrine s'est constitué, dont les Facultés de droit et le Conseil d'État ont assuré la prospérité intellectuelle. Au-delà du rayonnement théorique de sa notion, le service public a longtemps bénéficié de représentations très valorisantes : il est vu comme un modèle dans lequel s'accomplit l'interdépendance sociale si chère à Duguit. Même si cette « *posture* » n'a bien sûr jamais fait l'unanimité, elle a été très largement adoptée ou admise, à droite comme à gauche, parmi les élites politiques et économiques comme dans les milieux de la recherche. C'est bien pourquoi l'indifférence persistante des institutions communautaires et de leur droit – lorsque celui-ci, à la suite de « *l'arrêt Nicolo* »¹⁷ (Frydman, 1989), irriguera en profondeur l'ordre juridique national – à ce mythe national suscitera une véritable réaction en défense du « *service public à la française* » (Stirn, 1993 ; Chevallier, 1996 ; Vedel, 1995). Les notions alors les plus usuelles du droit communautaire, qu'il s'agisse du service universel ou du service d'intérêt économique général, ne « *fonctionnent* » pas seulement comme autant de succédanés du service public – au sens que lui donne la tradition française – ; elles réfléchissent une tout autre analyse des rapports entre l'État, l'entreprise et le marché. Pour le dire d'un mot, ici, le service public qui se pratique en France ne saurait exister qu'à titre de tolérance. Celle que peuvent justifier des exceptions à une « *loi* » qui est tout à la fois norme juridique et modèle économique : la loi de l'économie concurrentielle de marché. Dans le périmètre de l'Europe communautaire – comme dans celui de l'Union – le droit commun est le droit de la concurrence. On y voit agir, d'abord et avant tout, ces opérateurs économiques que sont les entreprises. Tel n'est pas le paysage que découvre et donne *alors* à voir le droit français, marqué par une bipolarité qui, du moins à l'époque où nous nous situons, fait encore une place de choix au droit public. Or, ce droit-là, appliqué à l'action publique, permet de justifier, autant que de besoin – des besoins mesurés par les autorités politiques, sous le contrôle des juges administratif et/ou constitutionnel – d'éventuelles soustractions à la loi du marché. Le service public est lui-même ainsi pensé : un procédé destiné à placer certaines activités à l'écart de la logique marchande. À l'occasion d'un grand colloque organisé à Rouen en mai 1980, sur *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*, à l'initiative de la FNSP, du journal Le Monde et d'EDF notamment, M. Combarous, alors Président de la Section du contentieux du Conseil d'État donnait du service public la définition suivante : « *Aujourd'hui est service public une activité qui est considérée par la puissance publique comme présentant un intérêt général suffisant pour que cette activité soit assumée, directement ou indirectement, par la collectivité publique et soustraite à l'initiative privée et aux lois du marché* » (Combarous, 1980).

Pareille approche est difficilement transposable en droit communautaire pour lequel les entreprises en charge d'un SIEG ne peuvent bénéficier de dérogations au droit de la

¹⁷ Reconnaissant alors la supériorité de la norme communautaire sur la loi française postérieure à sa propre édicition, le juge modifie de façon déterminante le système des sources du droit administratif.

concurrence que dans les limites qui permettront le retour à la libre concurrence. En aucune façon il n'est abusif d'affirmer qu'ici règne, pour le moins jusqu'au début des années 90, une réelle méfiance à l'égard d'activités – celles du service public – que l'on cherche à « rabattre » sur le marché, alors qu'en France ces mêmes activités continuent, tant bien que mal, de faire fonction de vitrines sociales et disposent, pour cette raison, d'un statut juridique « gratifiant ». Cette opposition, nombre de faits et d'événements permettraient de la rendre visible. Les juristes retiendront la publication d'un document emblématique, le rapport publié en 1994 par le Conseil d'État sous le titre *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, où l'écart doctrinal entre la tradition juridique française et les choix propres au droit communautaire est souligné comme il l'avait rarement été jusqu'alors. D'autres, politistes et sociologues en particulier, regarderont plus volontiers du côté du mouvement social de l'hiver 90 : la défense du « service public à la française » en fut la revendication emblématique. Ce fut aussi le moment où de nouvelles représentations juridiques allaient s'imposer.

Convergences

Entre la jurisprudence du Conseil d'État français et celle de la Cour de justice de l'Union européenne, rien n'interdit maintenant de parler de fécondations croisées. La première s'est grandement ouverte au droit de la concurrence, et celui-ci fait désormais partie du système des règles auxquelles l'action juridique des administrations se trouve normalement soumise. Le point de départ de cette réorientation des contrôles juridictionnels est situé pour l'essentiel dans la série d'arrêts rendus par la Section du contentieux le 3 novembre 1997 – ce qu'il est convenu d'appeler la « jurisprudence Million et Marais » – et dont il a été question ci-dessus. Depuis quatorze ans, les effets de cette jurisprudence ont profondément marqué la structure du droit applicable à l'action publique. Qu'il s'agisse de saisir les décisions qui en commandent la mise en œuvre, ou d'en suivre le cheminement une fois ces décisions édictées, c'est le rapport global qu'entretient la fonction administrative avec la juridicité qui a changé.

De son côté la Cour de Luxembourg ne tient plus non plus tout à fait le même discours. Elle a fini, elle aussi, par prendre en compte dans ses manières de juger des préoccupations sociales, ou plutôt sociétales, où l'on peut discerner certaines des marques distinctives de la conception française du service public. Le travail de réécriture du Traité de Rome mené par ailleurs, à défaut de la rendre nécessaire, n'a sans doute pas été totalement étranger à une réorientation juridique qui a pris principalement trois formes. La plus visible a servi de cadre à une plus grande compréhension pour d'éventuelles dérogations à l'impératif concurrentiel. Des décisions rendues par la Cour de justice tout au long de la décennie 90 ont été abondamment commentées pour cette raison : on y voit le modèle de la concurrence fonctionner en situation et rendre ponctuellement raison à des exigences de service public¹⁸ (Hamon, 1993 ; Darmon, 1994). On relèvera ensuite l'attitude plus conciliante du juge communautaire, initiée par une décision du 29 juillet 2003, Altmark Trans (Lorieux et Thouvenin, 2003 ; Bracq, 2004 ; Boissard, 2004), dans un domaine fort conflictuel : le

¹⁸ Citons quatre décisions rendues par la Cour en octobre 1997, à la requête de la Commission, sur la question sensible du monopole de la production et de la distribution d'électricité (v. le dossier spécial consacré à ces décisions par la *Revue juridique de l'électricité et du gaz*, février 1998).

traitement réservé aux subventions d'État au bénéfice des entreprises de service public (AJDA, 2004). La manière juridictionnelle de procéder au calcul de ces subventions montre une de plus grande attention aux financements spécifiquement induits par les contraintes de service public. Enfin, certains travaux doctrinaux ont justement mis en valeur l'importance d'une troisième forme d'infléchissement du discours propre au droit communautaire : sa sollicitation plus systématique et plus généreuse de la catégorie d'intérêt général (Boutayeb, 2003). En prenant une plus grande densité juridique, à partir des notions de « *service d'intérêt économique général* » ou de « *service d'intérêt général* », l'intérêt général du droit communautaire va contribuer à faire quelque peu sortir ce dernier de son registre de prédilection : l'économie concurrentielle de marché. Ce mouvement crée dans le système européen du droit une certaine *disponibilité* à l'émergence de figures juridiques échappant à la surdétermination économique. Ainsi qu'on a pu l'écrire, en visant en l'occurrence la Commission : « *par ce travail d'appropriation par une des autorités communautaires, les exigences concurrentielles et libérales du droit communautaires se sont tempérées et modelées au contact des exigences internes de l'intérêt général* » (Boutayeb, 2003 : 598). Or, de la même manière, l'intérêt général intervient dans la jurisprudence de la Cour de justice pour faire place « *à des contraintes indépendantes des exigences économiques* » (Boutayeb, 2003 : 601).

Telle est la configuration juridique dans laquelle la question du service public se trouve à présent relancée. Il y a donc là une nouvelle donne qui s'impose à l'examen.

3. 2. Nouvelle donne

Le chemin parcouru en une trentaine d'années est considérable. Observée du côté du droit, et seulement de celui-là, l'évolution se lit en particulier au travers de trois phénomènes. Avec eux, on voit se déplacer certaines des frontières intérieures du droit. Mais ce ne sont là qu'indices de changements autrement profonds.

Premier phénomène

Au sein même de la catégorie « *service public* » on voit s'estomper une frontière : celle qui traditionnellement permettait de faire le départ entre services publics administratifs et service publics industriels et commerciaux. Certes, en droit positif, ces deux sous ensembles institutionnels n'ont pas disparu. Le Code général des collectivités territoriales, pour ne citer que cet exemple, continue d'afficher des différences non négligeables dans les modes de financement de ces deux types de services publics. Il serait par ailleurs déraisonnable d'affirmer que la jurisprudence serait insensible à cette différenciation juridique. Mais le problème est ailleurs : tout ce qui, dans les limites du service public, servait à soutenir le partage entre droit commun et droit spécial, est en cours de révision. C'est que derrière la distinction entre les services proprement administratifs et les services industriels et commerciaux, une autre démarcation est à l'œuvre, celle dont dépend l'opposition entre l'ensemble des fonctions constitutives de l'Administration publique d'une part et celles qui caractérisent l'Entreprise privée d'autre part. Dès lors que cette dernière sert de référence, ou plutôt de modèle à la modernisation de la première, il devient logique d'estimer qu'à terme, les conditions mêmes de possibilité d'une séparation entre service public administratif et service public industriel et commercial deviendront problématiques (Melleray, 2005 ;

Sellier, 2005). Eloigné de la pratique française de cette séparation, le droit communautaire ne peut que contribuer à sa banalisation. S'il distingue pour sa part, au sein de la catégorie des services d'intérêt général¹⁹, entre les services marchands et les autres, il érige l'entreprise en prisme de lecture de l'ensemble des activités de service. On peut donc s'attendre à un certain déclin de la notion de service public administratif au profit du service public industriel et commercial. Une telle évolution est dans l'ordre des choses puisque c'est l'action publique tout entière qui se recompose à partir de ce qu'en analyse des politiques publiques on a appelé le *référentiel de marché* (Jobert, 1987). C'est ainsi, par une certaine ironie de l'histoire, que la modernité administrative semble retrouver²⁰, sans le dire, un vieux système de classement juridique des activités socio-économiques, celui qu'empruntait déjà Hauriou pour contenir les poussées du « *public* »²¹, ou encore que pratiquait le commissaire du gouvernement Matter pour « *délégitimer* » les interventions étatiques dans un champ d'activités qui étaient, à ses yeux, réservées « *par nature* » à l'entreprise privée²².

Deuxième phénomène

De plus en plus tributaire de son indexation sur l'économie concurrentielle de marché, le droit administratif français est en train de vivre une véritable mue. Son actuelle surdétermination économique ne peut que compromettre d'anciennes *manières de penser* le partage public/privé qui furent aussi – mieux vaut ne pas l'oublier – des *manières de faire*. L'une des finalités de ce droit, pendant tout le temps de ce qu'on peut appeler son « *accumulation primitive* », grosso modo la période 1875-1920, aura été de soustraire autant que de besoin – ce besoin-là est bien évidemment affaire de choix politiques – l'action publique aux jeux du marché²³. Regardons, du point de vue du droit, ce qui se passe aujourd'hui avec la RGPP. Avec les révisions auxquelles les acteurs publics sont tenus de procéder, la matière constitutive de ce qu'était le droit administratif ne peut aller qu'en se réduisant. Tout se tient en effet. Or, il s'agit bien avec la RGPP de sortir d'une histoire administrative dont le droit administratif est une composante essentielle. Personne n'ignore que ce droit a été en France le support et le vecteur juridiques d'une extension considérable de la sphère publique – celle-là même contre laquelle Hauriou s'insurgeait en 1899 – au détriment de l'Entreprise. Et l'acception fort généreuse du service public qu'a pratiquée le Conseil d'État dans sa jurisprudence n'a sans doute pas été étrangère au succès de cette représentation des rapports sociaux. On ajoutera à cela que ce même droit administratif a longtemps servi à la légitimation d'une action publique peu soucieuse d'interrogations sur ses propres performances (Albert, 2010). Il se trouve que tels sont précisément les principaux axes des politiques de modernisation du service public. Elles ambitionnent tout à la fois de réduire le périmètre de l'action publique, au bénéfice de la régulation marchande, et d'en soumettre les acteurs aux commandements de la performance. Autant dire que la *déconstruction* du droit administratif est l'une des conditions du succès de la RGPP.

¹⁹ V. sur cette notion, la communication de la Commission, *Les services d'intérêt général : un nouvel engagement pour l'Europe*, en date du 20 novembre 2007.

²⁰ On trouvera infra dans les développements consacrés au 3^e phénomène l'explication de cette réserve.

²¹ Cf. supra la citation d'Hauriou placée en épigraphe du présent travail.

²² V. les conclusions restées célèbres qu'il prononça lors de l'affaire dite du « *Bac d'Eloka* », TC, *Société commerciale de l'ouest africain*, Sirey, 1924, 3^e partie, p. 4.

²³ Cf. supra la définition du service public donnée par M. Combarrous.

Troisième phénomène

Reste, pour finir, à dissiper un possible malentendu concernant la révision de la frontière entre l'Administration et l'Entreprise. Le nouveau tracé n'a nullement pour effet de confiner la première dans des activités qui seraient nécessairement étrangères au champ de l'économie. Bien au contraire. Le changement se lit jusque dans la mutation économique de l'administration elle-même. Cette dernière - à condition de l'entendre dans son sens fonctionnel plutôt qu'organique, c'est-à-dire en tant que fonction sociale de l'État - se fait, elle aussi, de plus en plus entreprise. C'est en tout cas ce qui ressort des représentations qu'en livre aujourd'hui le droit administratif. Gardons-nous de croire que l'implication économique des personnes publiques serait, en tant que telle, contrariée. Rien juridiquement ne l'empêche, à partir du moment où les institutions publiques concernées se comportent à la manière d'entreprises intervenant sur un marché et soumises au droit de la concurrence. Voilà, dira-t-on peut-être, un phénomène qui n'a rien de bien nouveau ! Une vieille jurisprudence administrative n'admet-elle pas la possibilité pour un service public d'étendre et de diversifier ses activités, à condition de le faire dans le prolongement de son action principale, à titre de complément matériel ou fonctionnel ? Mais, maintenant, il en va tout différemment.

Le lien de nécessité entre le principal et l'accessoire n'a cessé de se distendre, favorisant des interventions beaucoup plus amples et plus modulées dans les échanges économiques. Ce que montre l'analyse du droit positif - lequel ne saurait bien entendu saisir qu'une part de la réalité administrative - c'est que les personnes publiques n'ont pas été « mises sur la touche » du fait du travail de réduction auquel la notion d'administration s'est trouvée soumise. En tant que personnes publiques toujours soumises au droit administratif, elles ont même vu leur capacité d'intervention économique accrue (Clamour, 2007). Les développements qu'on vient de lire en donnent peut-être l'explication : si le droit administratif a opéré sa propre mue, c'est pour mieux servir les exigences, publiques celles-là, d'une économie de marché. Et cette dernière semble même produire en l'occurrence des effets d'ennoblissement de la discipline !

Conclusion

Avec l'élargissement de l'économie concurrentielle de marché, les équilibres sociaux auxquels l'intérêt général donne forme et consécration juridiques ne sont plus les mêmes. Le droit administratif ne pouvait qu'enregistrer cette mutation. Il l'a fait, à sa manière, en subordonnant au droit de la concurrence des activités publiques qui échappaient jusqu'alors à son attraction. Prenant cette mutation en charge, la jurisprudence du Conseil d'État a inscrit l'action publique dans le mouvement général des échanges marchands. Ce que le juge affirme lui-même, qui parle d'un plus profond « ancrage dans un système d'économie de marché » (Conseil d'État, 2002). Reste qu'en France, changer les lignes du partage Administration/Entreprise n'est pas une opération ordinaire, et tous ceux qui en ont la charge doivent faire avec les legs d'une longue et lourde histoire institutionnelle. Voilà pourquoi les changements en cours ne peuvent s'analyser comme une redistribution de grands rôles sociaux, qui se ferait au seul bénéfice des entreprises privées. Comme si ces dernières n'avaient plus qu'à investir un espace « libéré » par les administrations publiques qui en assuraient la gestion en y portant les exigences de l'intérêt général ! Un examen plus attentif de la jurisprudence - sachant qu'elle ne saisit que la partie litigieuse de la fonction administrative - montre

une réalité beaucoup plus nuancée : on y voit des acteurs publics faisant un savant usage de toutes les figures de l'intérêt général – depuis sa dimension nationale, jusqu'à ses expressions locales – pour promouvoir leur propre identité économique. Ainsi qu'on a eu l'occasion de l'écrire ci-dessus, le nouveau droit de l'action publique se construit, au nom du « *principe de réalité* », dans la reconnaissance des *exigences* ou encore des *nécessités* de l'économie. Avec cette surdétermination économique du droit, les notions d'administration et de service public donnent accès à *l'action publique marchande* (Clamour, 2006).

Bibliographie

- Actes du colloque Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? *Revue française de droit administratif* 5/2010, 873-937.
- Actualité juridique Droit administratif, (2004), Dossier : *Le financement du service public face au droit communautaire*, 1011 et s.
- ALBERT N. (dir.), (2010). *Performance et droit administratif*, Litec, Paris.
- ARNAUD A-J., (2003). *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris.
- BARRET-KRIEGLER B., (1985), *L'État et la démocratie. Rapport à F. Mitterrand*, La Documentation française, Paris.
- BAZEX M., (1998). *I*, *Revue française de droit administratif* 4/1998, 781-800.
- BOISSARD B., (2004). Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 29 juillet 2003, *Altmark Trans*, *Revue du droit public* 4/2004, 1173 et s.
- BOUCHER J. et LÉNICA F., (2007a). Chronique sous Conseil d'État, Section, 22 février 2007, Association du personnel des établissements pour inadaptés, *Actualité juridique Droit administratif* 15/2007, 793-798.
- BOUCHER J. et LÉNICA F., (2007b). Chronique sous Conseil d'État, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, *Actualité juridique Droit administratif* 19/2007, 1020-1025.
- BOUTAYEB C., (2003). Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire, *Revue trimestrielle de droit européen* octobre-décembre, 587-614.
- BRACQ S., (2004). Note sous Cour de justice des communautés européennes, 29 juillet 2003, *Altmark Trans*, *Revue trimestrielle de droit européen* janvier-mars, 53 et s.
- CAILLOSSE J., (1996). Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, *Actualité juridique Droit administratif* 12/1996, 955-964.
- CAILLOSSE J. et HARDY J., (2000). *Droit et modernisation administrative*, La Documentation française, Paris.
- CAILLOSSE J. (2006), Interrogations méthodologiques sur le tournant contractuel de l'action publique, In *Mélanges en l'honneur du prof. P. Guibal* Vol. 2, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 469-492.
- CAILLOSSE J., (2008). *La constitution imaginaire de l'administration. Recherches sur la politique du droit administratif*, PUF, Paris.
- CAILLOSSE J., (2010). Droit et évaluation, *Revue française des affaires sociales* 1-2/2010, 353-367.
- CHEVALLIER J., (1996). La réforme de l'État et la conception française du service public, *Revue française d'administration publique* 77/1996, 189-205.
- CLAMOUR G., (2006). *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Paris.
- CLAMOUR G., (2007). Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques, *JCP Administrations et collectivités territoriales* 44/45, 2286.
- COMBARNOUS M., (1980). *L'approche juridique*, In *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*, Actes du colloque de Rouen, Dossiers et documents du Monde, octobre 1980, 10-13.

- CONSEIL D'ÉTAT, (1995). Rapport public, Service public, services publics : déclin ou renouveau ? EDCE 46, La Documentation française, Paris.
- CONSEIL D'ÉTAT, (2002). Rapport public, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE 53, La Documentation française, Paris.
- CROZIER M., (1987). *État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changement*, Fayard, Paris.
- DARMON, (1994). Conclusions sur CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almélo, *Rec.* 1994/1.
- DEFFAINS B. et FEREYS S., (2007). Théorie du droit et analyse économique, *Droits* 45/2007, 223-254.
- DELVOLVÉ P., (2006). *La privatisation du service de l'État*, *Pouvoirs* 117/2006, 107-119.
- DOMINGO M. (2011), Droit et économie : les prémices d'une collaboration féconde, *Recherche Droit et Justice* 36.
- DUBOIS L., (1999). Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? In *Mélanges P. Ardant*, Paris, 443-452.
- DUGUIT L., (1930). *Traité de droit constitutionnel*, Éd. de Boccard, Paris.
- FAURE B., (2011). *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris.
- FRYDMAN P., (1989). Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, Nicolo, *Revue française de droit administratif* 5/1989, 813-824.
- GAUDIN J.-P., (1999). *Gouverner par contrat*, Presses de sciences Po., Paris.
- GUÉZOU O., (1998). Note sous Conseil d'État, Section, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Actualité juridique Droit administratif* 3/1998, 247-253.
- HAMON F., (1993). Note sous CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, *Actualité juridique Droit administratif*,
- HAURIOU M., (1900). Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal de Gignac, *Sirey* 1900, 3^e partie, 49-53.
- JOBERT B. et MULLER P., (1987). *L'État en action*, PUF, Paris.
- KIRAT T., (1998). Les lois sont-elles efficientes ? Réponses de l'analyse économique du droit, *Problèmes économiques*, 18-23.
- LANDAIS C. et LÉNICA F., (2006). Chronique sous Conseil d'État, 31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris, *Actualité juridique Droit administratif* 29/2006, 1592-1595.
- LE BERRE C., (2008). La logique économique dans la définition du service public, *Revue française de droit administratif* 1/2008, 50-57.
- LEGENDRE P., (2006). *Sur la question dogmatique en Occident II*, Fayard, Paris.
- LORIEUX M.-P. et THOUVENIN J.-M., (2003). Note sous Cour de justice des communautés européennes, 29 juillet 2003, Altmark Trans, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* 604/2003, 622 et s.
- MARC E. et STRUILLLOU Y., (2010). Droit du travail et droit de la fonction publique. Des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle, *Revue française de droit administratif* 6/2010, 1169-1186.
- MARCOU G. et MODERNE F., (2001). *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, L'Harmattan, Paris.
- MATTER J., (2004). Conclusions sur tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, *Sirey* 1924, 3^e partie, 34-38.
- MELLERAY F., (2005). Service public administratif/service public industriel et commercial : survivance ou jouvence ? *ENA Mensuel* 335, 9-10.
- MOREAU D., (2008). Note sous Conseil d'État, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné-Cité, *Revue juridique de l'entreprise publique* avril, 27 et s.
- MULLER P. et SUREL Y., (1998). *L'analyse des politiques publiques*, Montchrestien, Paris.
- OIGEN A. et LAUGIER S., (2010). *Pourquoi désobéir en démocratie ?* La Découverte, Paris.
- OGUS V.-A. et FAURE M., (2002). *Économie du droit. Le cas français*, Éd. Panthéon-Assas, Paris.

- ORLÉAN A., (2011). *L'empire de la valeur*, Seuil, Paris.
- SELLIER B., (2005). L'érosion de la distinction SPA-SPIC, *Actualité juridique Droit administratif* 417-422.
- SENNERS F., (2007). Conclusions sur Conseil d'État, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, *Revue française de droit administratif* 4/2007, 812-819.
- SFEZ L., (1981). *Critique de la décision*, presses de la FNSP, Paris.
- SILICANI J.-L., (2008). *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La Documentation française, Paris.
- STAHL J.-H., (1997). Conclusions sur le Conseil d'État, Section, 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, *Revue française de droit administratif* 6/1997.
- STAHL J.-H., (1999). Conclusions sur Conseil d'État, Section, 26 mars 1999, Société Eda, et, Société Hertz France et autres, *Actualité juridique de droit administratif* 5/1999, 427-434.
- STIRN B., (1993). La conception française du service public, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* juin, 299-305.
- SUPIOT A., (2010). *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, Paris.
- TIMSIT G., (1996). Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation, *Revue française d'administration publique*, 375 et s.
- TIMSIT G., (2004). La régulation. La notion et le phénomène, *Revue française d'administration publique*, 375 et s.
- TOUZEIL-DIVINAT M., (2010). Travaillisation ou privatisation de la fonction publique ? *L'Actualité juridique. Fonctions publiques* 5/2010, 228-233.
- VEDEL G., (1980). *Droit administratif*, PUF, Paris.
- VOGEL L., (2006). *L'économie*, serviteur ou maître du droit ? In *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 605-614.
- VÉROT C., (2007). Conclusions sur Conseil d'État, Section, 22 février 2007, Association du personnel des établissements pour inadaptés, *Jurisclasseur périodique, série A*, 2066.