

Jacques Caillosse,

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

SERVICE PUBLIC ET CONCURRENCE

Le service public entre deux mythologies

L'idée de concurrence, porteuse des valeurs sociales de liberté et de rationalité économique, s'est en fait propagée 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, fut-ce de façon non homogène, et traditionnellement résumées en France dans l'idée de service public.

Collectivités publiques et concurrence, Rapport public du Conseil d'Etat, ED n° 53, La Documentation française, 2002, p. 220

Le service public, de nos jours, comme à l'origine de la III^e République, apparaît comme un scandale dans la mesure où il s'oppose à l'idéologie dominante et défend devant celle-ci la valeur de ce qui fait l'être humain.

J.-M. RAINAUD, *La crise du service public*, PUF, Que sais-je ?, 1999, p.126

Parlons tout d'abord des pièges auxquels expose pareil sujet. Il en est au moins deux, de nature fort différente, mais aussi redoutables l'un que l'autre. On retrouvera tout d'abord, jusque dans l'énoncé du titre, l'un des standards de la doctrine des juristes (1). Se lancer dans une énième tentative d'écriture sur ce thème n'est donc pas sans risques. Le principal d'entre eux

n'est pas le moindre : la répétition (2). Si tout n'a pas déjà été dit – ce dont il est permis de douter –, la marge de manœuvre laissée par le corpus doctrinal est on ne peut plus étroite ! Il faut donc « ruser » avec le discours des auteurs, tout en ne l'ignorant pas. Et pour cause ! Le sujet vaut aussi par le travail de construction doctrinale auquel il est soumis. Toute cette littérature juridique est édifiante : elle fait

résonner bien d'autres interrogations et débats. L'épaisseur technique de la langue du droit ne suffit pas à isoler les juristes du champ politique où ils interviennent, à leur manière. Soit parce qu'ils le font en pleine connaissance de cause, soit parce que leurs discours s'y font entendre malgré eux et qu'ils sont voués, de ce fait, aux opérations de « recodage » politique. Ces remarques laissent entrevoir la nature d'un autre risque.

Le sujet nous installe en pleine situation conflictuelle. A la question de la mise en rapport juridique du service public et de la concurrence, il n'existe pas de réponse unanime. La seule chose sur laquelle un consensus peut être établi concerne le fait même de cette mise en rapport. Au-delà s'affirment des points de vue contrastés, sinon contradictoires. Les thèses en présence sont trop connues pour qu'il soit besoin de les développer ici. Là où certains voient dans les exigences pressantes du droit de la concurrence une logique fatale de déconstruction du service public, d'autres découvrent les chances de son renouveau (3). Autant dire que l'argumentation juridique, aussi savante soit-elle, est comme condamnée à corroborer une prise de position politique, entendez par là un jugement sur le monde tel qu'il est ou devrait être. Il n'y a pas lieu de s'en étonner, encore moins de s'en offusquer, dès lors que la notion de service public appartient elle-même à l'univers du politique avant de jouer dans l'espace de notre droit public la fonction organisatrice que l'on sait (4).

Telle est la difficulté centrale de l'exercice envisagé ici : que peut-on dire sur la question du service public, du point de vue du droit, sans faire œuvre politique ? Une interrogation que l'on peut encore formuler dans les termes suivants : est-il concevable de parler du droit du service public, sans se lamenter sur le sort du service public dit « à la française » – posture d'autant plus pathétique qu'il ne peut désormais s'agir que d'une figure du passé – ou

(1) Sur la mise en valeur de la dimension mythique du service public, v. parmi d'autres contributions, L. Nizard, *A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales*, Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann, Cujas, 1975, p. 91-98 ; J. Chevallier, *Le service public*, PUF, col. Que sais-je ?, 5^{ème} éd. 2003 ; J. Caillosse, *Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ?*, in J.-J. Pardini et C. Deves (dir.), *La réforme de l'Etat*, Bruylant, 2005, p. 177-199.

(2) D'autant que la présente contribution fait suite à une série d'articles publiés entre 1991 et 2005 (*Service public : le désespoir du juriste*, Pouvoirs locaux, octobre 1991, p. 27-34 ; *Le service public est mort ! Vive le service public !*, Rapport de synthèse, in S. Decretion (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p.399-417 ; *La méthode juridique d'identification du service public*, in D. Guerraoui, N. El Aoufi et J. Barreau, *Le devenir du service public. Comparaison France-Maroc*, éd. Toubkal et L'Harmattan, 1999, p. 65-87, ainsi que l'article cité ci-dessus). Tout en procédant d'une

démarche singulière, c'est du moins l'idée que je m'en fais, les développements qu'on va lire ne peuvent bien sûr pas s'en écarter totalement. Bref, la parenté intellectuelle entre le texte soumis à la réflexion des lecteurs de « Droit ouvrier » et ceux évoqués ci-dessus ne saurait être totalement fortuite.

(3) V. la version que propose de cette problématique Y. Gaudemet, *Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès*, Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 473-485.

(4) Cette double nature de la notion de service public est d'ailleurs, dans l'ensemble, reconnue par la doctrine. Cf. parmi d'autres, ces remarques de J. Moreau, *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 316 : « Le service public est moins une notion juridique que politique, dont la charge affective – positive ou négative – demeure, mais dont le maniement pratique doit s'entourer d'une certaine circonspection ».

sans vanter les vertus d'un droit de la concurrence dont chacune des avancées est saluée comme le seraient les progrès de la civilisation ? Il n'est pas évident de se soustraire à ces deux formes de la rhétorique doctrinale, d'autant qu'elles réfléchissent des courants de pensée qui structurent le champ politique. Pour y parvenir – du moins pour tâcher d'aller en ce sens – il n'existe qu'une seule méthode. Elle consiste à faire comme si ces deux thèses étaient constitutives d'une même réalité et susceptibles, pour cette raison, d'être soumises à la même visée. Partons donc de ce fait banal et difficilement récusable dont procède chacune des deux thèses évoquées ci-dessus, même si elles justifient des conclusions opposées : au cours des vingt dernières années, le droit du service public – et, au-delà de celui-ci, la réalité institutionnelle des services publics – a connu des transformations décisives. Pour en rendre

compte on peut parler de l'avènement d'une nouvelle topographie juridique. Telle est donc la première tâche qui revient au juriste : établir une sorte d'état des lieux des changements observables (I). Une fois décrits les principaux mouvements à l'œuvre, il est en mesure de s'interroger sur leur signification juridique (II). C'est autour de ce programme minimum que s'ordonnent les développements qui vont suivre : s'ils permettent d'établir que nous avons d'ores et déjà changé de monde juridique, ils laissent à d'autres le soin de définir ce qu'il faut en penser. Cette question là ne peut qu'être l'objet d'un tout autre débat. Encore faut-il pour y intervenir en déterminer les conditions de possibilité. Admettons que le texte présenté ici participe, à sa mesure, du travail nécessaire à l'établissement de ces conditions.

I. - Sur le changement juridique : un état des lieux

Comme l'indique son titre, cette partie est d'ordre topographique. Elle a pour seul objet de décrire les transformations qu'a subies le paysage juridique après que la jurisprudence administrative, lors du traitement de trois affaires jugées le 3 novembre 1997 par la Section du contentieux (5), a expressément organisé la mise en rapport, ou plus exactement peut-être la *mise en tension*, du droit du service public avec les exigences juridiques propres à une économie concurrentielle de marché. Il faut voir dans cette jurisprudence appelée désormais « Million et Marais », une sorte d'événement inaugural, au sens où, avec lui, c'est une histoire du droit administratif qui s'achève, tandis qu'une autre commence (6). On mettra d'autant mieux en valeur les nouvelles formes juridiques, qu'on aura préalablement reconstitué le terrain sur lequel elles ont fini par s'affirmer.

I-1. Retour sur la configuration initiale

On ne feindra pas de croire que les questions agitées ici seraient des objets totalement inédits. Le principe même d'une lecture économique de l'action publique n'a rien de radicalement nouveau. Les commentateurs rageurs d'Hauriou sous la fameuse « affaire du canal de Gignac » (7), ou encore les conclusions prononcées, dans le plus pur style libéral, par le commissaire du gouvernement Matter au soutien de l'idée d'un service public industriel et commercial dans l'affaire « Société commerciale de l'ouest africain » (8) sont des illustrations classiques et indémodables d'un traitement économique du droit appliqué aux fonctions administratives, dans l'acception la plus large de l'expression. On pourrait de la même manière convoquer ici l'imposante jurisprudence se rapportant à ce que l'on continue d'appeler le « socialisme municipal ». Beaucoup plus près de nous, lorsqu'au début des années 80, les gouvernants nouvellement portés au pouvoir décidèrent d'engager une politique dite de « rénovation du service public », ils se heurtèrent à une contestation d'une rare vigueur à laquelle la doctrine des juristes les plus libéraux ne manqua pas de donner une expression juridique (9) : on en revint à opposer les exigences de la liberté du commerce et de l'industrie à la promotion d'un service public perçu comme fondamentalement attentatoire aux libertés publiques (10).

On ne saurait pour autant faire usage de cette vieille tradition libérale du droit pour mettre en doute la réalité de transformations qui affectent maintenant jusqu'aux *paradigmes* du droit administratif. Présentée comme une sorte de « marqueur » de ce nouveau cours qu'emprunte désormais le droit de l'action publique, la jurisprudence « Million et Marais » du 3 novembre 1997 s'inscrit elle-même dans un processus beaucoup plus global dans lequel le droit de l'Union européenne joue un rôle d'entraînement

(5) Sur ces affaires abondamment commentées on lira surtout les conclusions décisives de J.-H. Stahl, RFDA, 1997, p. 1228 à 1243.

(6) V. par exemple en ce sens ces propos de G. Clamour (*Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques*, JCP éd. « administrations et collectivités territoriales », n° 44/45, 2007, n° 2286, p. 48) : « La jurisprudence issue de l'arrêt Million et Marais entame véritablement la novation d'un droit public économique classique en un droit public de l'économie de marché, toujours attentif aux assises individuelles de la concurrence par la garantie des séculaires libertés économiques, mais aussi protecteur de cet intérêt public objectif qu'est le bon fonctionnement du marché ».

(7) Cf. M. Hauriou, note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, Notes d'arrêts, éd. La mémoire du droit, 2000, tome 1, p. 413 à 422.

(8) Cf. conclusions Matter sur TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, Sirey, 1924, 3, p. 34 et s.

(9) Sur l'usage du droit administratif dans l'espace public au cours de cette période, cf. J. Caillosse, *Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème, à la lumière du « changement »*, La Revue administrative, 1982, p.361 à 368.

(10) V. plus spécialement l'étude de P. Delvolle, *Service public et libertés publiques*, RFDA, 1985, p. 5 et s., et la réplique d'E. Pisier, *Service public et libertés publiques*, Pouvoirs, 1986, n° 36, p. 143 à 154. V. aussi S. Regourd, *Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours*, RDP, 1987, p. 5 à 48.

capital. Que la prise en compte de la concurrence, à travers l'invocation de la liberté du commerce et de l'industrie, ne soit pas pour le Conseil d'Etat de pratique récente (11) ne change rien à l'affaire : le droit administratif est en pleine phase de réécriture (12). Pour comprendre le sens et la portée de ce qui se joue dans les formes que prend désormais la combinaison droit de la concurrence-droit du service public, il faudrait se donner les moyens de remonter à la période au cours de laquelle ce dernier s'est construit et imposé. A défaut de pouvoir répondre ici aux exigences d'une pareille démarche, rappelons quel rôle fut assigné en France au service public : il n'y fut pas seulement considéré comme la *clé de voûte*, ou la *pierre angulaire* du droit administratif, la *notion cardinale* dont, au fond, tout dépendait, qu'il s'agisse de définir le champ d'application des règles exorbitantes du droit commun, ou de délimiter le territoire du juge adminis-

tratif (13) ; il prit encore, au-delà de cette fonction proprement juridique, une place de choix dans le système de légitimation de l'action publique tout entière.

Dans son acception moderne, telle qu'elle s'affirme à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, le service public est donc investi de fonctions pour le moins sensibles qui relèvent du politique autant que du juridique. Pour le dire vite : voilà une notion juridique qui est pensée tout de suite dans le cadre d'un programme politique visant l'Etat lui-même. Léon Duguit, dont on sait combien l'implication dans cette histoire fut déterminante, ne conçoit le service public qu'en tant qu'élément d'une théorie générale de l'Etat qui, retournée contre son propre auteur (14), servira la cause de l'Etat-providence. Il va s'agir ni plus ni moins, par le service public, de soustraire une part variable mais significative des rapports socio-économiques à la logique du marché. C'est, en définitive, le projet dont la soumission, totale ou partielle, de ces rapports à un droit exorbitant du droit commun permet l'aboutissement. Cette finalité qui est, en France, constitutive de la notion même de service public, notons-le, demeure à l'œuvre dans la jurisprudence du Conseil d'Etat jusqu'à une période récente. En 1980, à l'occasion d'un important colloque sur « le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui » (15), M. Combarous, alors président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, pouvait encore donner de la notion une définition dont l'énoncé permet de prendre toute la mesure du chemin parcouru depuis par la juridiction administrative suprême : « *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* ».

C'est bien parce qu'en raison des avancées du droit de la concurrence – qu'elles trouvent leurs sources dans des textes nationaux ou dans le droit de l'Union européenne – il va falloir soumettre l'activité juridique des services publics à une lecture totalement renouvelée – il a été affirmé plus haut que nous avons changé de monde juridique ! – que le débat social sur le sujet connaîtra une intensité exceptionnelle : au-delà de la question du service public proprement dit, c'est une autre représentation du partage administration-entreprise que l'on a vu s'imposer. Bref, un autre modèle de société, ou si l'on préfère un autre *imaginaire juridique*, est au travail dans les mots formellement inchangés du droit.

1.-2. Quelle nouvelle donne ?

Au sein de l'imposant corpus doctrinal qui porte notre sujet de préoccupation, les positions ont beaucoup bougé, surtout depuis une dizaine d'années. Revenir sur les contenus comme sur les raisons de cette évolution serait ici hors de propos. Mieux vaut s'en tenir à la description du paysage juridique actuel. Mais sans doute faut-il savoir comment sa stabilité – sans doute reste-elle bien relative – a été acquise, afin d'éviter toute théorisation hâtive. Il a fallu « désactiver » les récits mythologiques rivaux qu'alimentait la matière juridique. La manière dont a cheminé ce processus est connue.

D'un côté les défenseurs les plus passionnés de la cause du « service public à la française » n'ont pu qu'accepter l'ouverture de ce dernier aux exigences juridiques de la concurrence (16). On pourrait, dans une certaine mesure, voir se réfléchir ce mouvement-là jusque dans le discours du Conseil d'Etat lui-même : entre le Rapport public 1994, et celui de 2002, il y a eu tout le temps d'un véritable « réajustement » doctrinal : d'une lecture dramatisée des incidences probables du droit communautaire sur les conceptions et les pratiques françaises du service public, à la reconnais-

(11) V. le travail de mise en perspective qu'accomplit en cette matière le Conseil d'Etat dans son Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, n° 53, La doc. française, 2002.

(12) V. sur ce thème, J. Caillousse, *Le droit administratif saisi par la concurrence ?*, AJDA, 2000, p. 99 à 103.

(13) Cette lecture consistant pour l'essentiel à indexer le droit administratif sur le service public ne fit jamais l'unanimité en doctrine (v. tout spécialement les travaux de C. Eisenmann regroupés dans les *Cours de droit administratif*, LGDJ, 2 tomes, 1982). Elle ne fut pas moins assez largement dominante et continue d'ailleurs, dans une certaine mesure, d'inspirer la littérature académique.

(14) V. sur ce « retournement », la thèse de E. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972.

(15) Les Actes de ce colloque ont fait l'objet d'un cahier spécial, publié comme supplément aux *Dossiers et documents du Monde*, octobre 1980.

(16) Le choix de cette formulation ne doit évidemment rien au hasard. Certes, une part de l'action publique continue d'échapper à la logique des qualifications économiques et demeure par là-même hors de portée du droit de la concurrence. Mais il s'agit là d'une sorte d'« isolat » que l'on a pu décrire par comparaison à la résistance d'un célèbre village gaulois, perdu aux marges de l'Empire romain ! V. P. Terneyre et E. Glaser, *L'impact des règles de la concurrence sur les actes et les comportements de l'Administration*, JCP, éd. « Administrations et collectivités territoriales », 2007, n° 44-45, p. 26 à 30.

sance des effets bénéfiques de la construction européenne sur la modernisation des formes de l'action publique.

De l'autre côté, celui où agissent les artisans du droit communautaire et tous ceux qui, dans le débat doctrinal, en ont fait un instrument de disqualification du service public « à la française », les positions ont elles aussi bougé. Le discours communautaire lui-même – l'expression permet de désigner tout à la fois le droit proprement dit et le travail d'explicitation qui l'escorte – sur ce qu'on peut appeler le statut de la concurrence a subi des inflexions progressives. Au cours de ce mouvement dont rien ne dit qu'il serait achevé, c'est sur sa propre indifférence première au service public qu'il revient (17).

Résumons-nous : le monde juridique dans lequel le juriste accomplit aujourd'hui son office est caractérisé par ces deux mouvements croisés. Ceux-ci s'influencent mutuellement pour former la trame d'une sorte de tissu juridique commun. C'est bien l'usage de ce dernier qui conditionne, à présent, la production du savoir tenu pour légitime. Sa description peut être entreprise à partir de la double évolution dont il porte les marques.

I.-2.1. En quoi et comment le droit de la concurrence finit-il par conditionner le droit français du service public ?

Il faut attendre la fin des années 90 pour que le Conseil d'Etat produise la jurisprudence dont il n'est pas

abusif de dire qu'elle a changé l'économie du droit administratif. On évoquera ici les décisions les plus marquantes : celles qui sont au principe d'une nouvelle manière de penser la ligne de partage entre le monde du service public et celui de l'entreprise, ou si l'on tient aux « grands mots », les rapports de l'Etat et du marché. Entrent notamment dans cette catégorie les trois décisions, déjà évoquées, rendues le 3 novembre 1997 par la Section du contentieux et que l'on connaît depuis sous l'appellation « jurisprudence Million et Marais » (18), ainsi que l'arrêt produit par la même formation de jugement, le 26 mars 1999, à la requête de la société EDA (19).

Jusqu'à l'affaire « Million et Marais », l'état du droit positif était fixé par une décision du Tribunal des conflits en date du 6 juin 1989, connue sous le nom de « Ville de Pamiers » (20). Dans le cadre posé par cet arrêt le Conseil d'Etat avait développé un raisonnement que l'on peut ainsi résumer : l'édition d'un acte administratif ne saurait constituer par elle-même une activité de production, de distribution et de service ; il n'est donc pas concevable d'en admettre la contestation au regard d'un texte, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui ne vaut que pour ce type d'activités. Par le jeu qu'ouvrait pareille *interprétation* rien n'interdisait par exemple de considérer l'institution contractuelle d'un monopole de distribution de l'eau dans une commune comme dépourvue d'effets directs sur l'état des relations marchandes. D'où une jurisprudence affirmant toute la singularité de la puissance publique, laquelle est d'autant plus fondée à se soustraire à l'application de l'ordonnance de 1986, que ses traductions juridiques ne sont pas jugées susceptibles de fausser les règles de la libre concurrence.

C'est avec cette représentation des choses que vont rompre les arrêts du 3 novembre 1997 en faisant entrer les dispositions du texte de

1986 dans le système de contrôle de la légalité des actes administratifs : autant dire qu'à compter de cette date, la validité de l'action administrative dépend aussi de la capacité de ses responsables à ne pas compromettre une libre concurrence devenue norme juridique. La réorientation de la jurisprudence est parfaitement éclairée par les conclusions de J.-H. Stahl. « *Votre vision du service public, fait-il observer à la Section du contentieux, d'abord centrée sur l'usager ne prend qu'accessoirement en considération l'impact que peuvent avoir les modalités d'organisation du service sur le milieu économique extérieur* ». Or, poursuit-il, « *concéder un service public, c'est-à-dire confier à un opérateur des droits exclusifs, ne nous paraît en effet pas complètement indifférent au droit de la concurrence : la décision administrative n'est pas exempte de conséquences sur la situation des autres entreprises qui interviennent dans le même secteur que le concessionnaire. Réserver à un opérateur le droit d'intervenir sur un marché déterminé affecte nécessairement, croyons-nous, le libre jeu de la concurrence* » (21).

En faisant sien ce raisonnement, le Conseil d'Etat se détourne donc de ce qui était au principe même de la jurisprudence « Ville de Pamiers ». Selon celle-ci en effet l'acte de dévolution d'un service public devait être tenu à l'écart des exigences propres au droit de la concurrence, parce qu'en tant que tel il ne pouvait compromettre cette dernière d'aucune façon. Avec ce découpage juridique de la réalité – c'est là bien sûr tout le travail d'une *qualification* juridique dont on voit, une fois de plus, combien elle n'est jamais nécessaire –, la jurisprudence pouvait faire semblant d'ignorer que les services publics évoluent dans un environnement concurrentiel. Cette position intellectuelle a pu être tenue tant qu'elle était en accord avec une configuration socio-économique mais aussi idéologique qui lui donnait sens. Elle était devenue pour le moins vulné-

(17) V. en ce sens la récente *communication* de la Commission : *Les services d'intérêt général : un nouvel engagement pour l'Europe*, en date du 20 novembre 2007.

(18) Cette jurisprudence a fait dernièrement l'objet d'un colloque dont les actes ont été publiés sous le titre *Dix ans après l'arrêt Million et Marais : et après ?*, par le JCP, éd. Administrations et collectivités territoriales, 2007, n° 44-45.

(19) V. CE, Section, 26 mars 1999, *Sté EDA*, conclusions J.-H. Stahl, AJDA, 1999, p. 427 à 435, note M. Bazex, même revue, p. 435 à 438.

(20) V. TC, 6 juin 1989, *Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris, RFDA*, 1989, p. 457 et s., conclusions B. Stirn.

(21) Conclusions précitées, p.1233.

table : d'autant que les développements spectaculaires du droit communautaire de la concurrence – pour ne parler que de ceux-là – avaient sérieusement contribué à l'ébranler. Continuer à lire la réalité juridique de l'action publique à travers des conceptions du partage administration/entreprise démenties par les pratiques sociales n'était plus possible.

Rendu sur les conclusions du même J.-H. Stahl, l'arrêt « Société EDA » va permettre au Conseil d'Etat d'élargir le champ des « révisions » aux actes juridiques pris dans le cadre de la gestion administrative du domaine public. Le changement de regard porté par le juge sur l'action publique est ici d'autant plus significatif qu'il est opéré dans une matière, la gestion domaniale, qui passait jusqu'alors pour offrir une sorte de modèle d'activité de pure administration, indifférente sinon réfractaire aux règles de la concurrence. On ne saurait mieux le faire voir qu'en rappelant ce qu'était traditionnellement la position du juge administratif en pareilles circonstances. Elle a été ainsi exposée dans l'arrêt « Société nationale d'éditions cinématographiques » du 20 décembre 1957 (22) : « *Considérant qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les*

conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation, que ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de la presse, ni les règles établies pour la surveillance et le contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence, ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion ». La jurisprudence « Million et Marais » ne pouvait qu'avoir raison de cet argumentaire appartenant à une histoire périmée du droit administratif : déterminé à se prononcer, en s'« appropriant » le droit de la concurrence, sur les effets économiques des décisions administratives, le Conseil d'Etat pouvait difficilement demeurer insensible aux implications économiques des actes de gestion domaniales. La décision du 26 mars 1999 est en cela tout à fait logique, qui déclare : « *Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire des dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* ».

Si l'on estime ici cette décision spécialement éloquente, c'est qu'elle introduit une *forme nouvelle* dans la jurisprudence. Nous ne sommes déjà plus en effet dans l'hypothèse des arrêts du 3 novembre 1997. La différence, J.-H. Stahl la décrit ainsi : « *l'illégalité ne viendrait pas ici de ce que l'acte administratif aurait pour effet de placer le partenaire de l'administration en situation d'abuser d'une position dominante, mais bien de ce que l'acte traduirait, de la part du gestionnaire du domaine lui-même, un abus de position dominante* » (23).

Voilà qui change tout en effet. Il s'agit bien d'obtenir du gestionnaire du domaine public qu'il ne porte pas atteinte au libre jeu de la concurrence. Cela revient donc à traiter la personne publique – en l'occurrence « Aéroports de Paris » – à la manière d'une entreprise privée, comme cela se fait couramment en droit communautaire. Tel est à nos yeux l'essentiel : le commissaire du gouvernement commence par dire qu'en l'espèce, ce n'est pas le droit communautaire mais l'ordonnance de 1986 qui a seule vocation à s'appliquer, mais lorsqu'il lui faut interpréter cette dernière, il le fait bien par référence au droit communautaire. Pris pour horizon du travail d'interprétation, celui-ci invite à dissoudre la vieille opposition entre l'administration publique et l'entreprise privée, pour traiter la première dans les termes valant pour la seconde. Au bout du compte, en mettant lui-même en œuvre le droit de la concurrence, le juge administratif défend son territoire – à moins qu'il ne l'étende ? (24) – face au Conseil de la concurrence et au juge judiciaire. Mais pour ce faire, il lui faut assimiler administration et entreprise.

I.-2.2. En quoi et comment le service public finit-il par imposer une part de sa logique au droit communautaire ?

En droit communautaire aussi une évolution équivalente s'est produite. Elle est plus spécialement sensible dans la jurisprudence de la Cour de justice. Inventant de nouveaux modes de jugement, elle va ouvrir, au bénéfice des autorités publiques, des marges de manœuvre leur permettant une gestion plus souple des contraintes issues des règles de la concurrence. Il en résulte une certaine disponibilité aux finalités du service public, telle que notre culture juridique les a toujours conçues (25). Cette évolution n'est pas niabile. Son analyse doit pourtant demeurer prudente : pas plus qu'en France l'ouverture *juridique* du droit de l'action publique aux exigences de la concurrence n'a mis fin au

(22) V. sur cette décision les conclusions Guldner, S., 1958, p. 73 et s. V. aussi, reprenant à l'identique la même motivation, CE., Section, 29 avril 1966, *Sté d'affichage Giraudy*, note C. Klein, JCP, 1966, n° 14746.

(23) Conclusions précitées, p. 432.

(24) C'est bien pourquoi cette jurisprudence est soumise à plusieurs lectures. Une part de la doctrine déplore en effet la manière dont le juge administratif perturbe la distribution de rôles juridictionnels voulue par le législateur en 1986. V. en ce sens Y. Gaudemet, *Conflit de compétence et droit de la concurrence. Sur une équivoque*, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 121 à 129, et, note sous CE, Section, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, RDP, 1998, p. 256 à 265.

(25) Cf. L. Dubouis, *Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ?*, Mélanges P. Ardant, LGDJ, 1999, p. 443 à 452.

conflit des représentations fantasmatiques du service public, la sensibilité actuelle du discours communautaire aux « valeurs » du service public n'en change nullement les paradigmes. Le droit de l'Union européenne demeure dominé par le même souci de faire prévaloir la logique économique sur toute autre forme de rationalité. C'est bien pourquoi le service public au sens où il a pu se construire et s'imposer en France demeure ici suspect. Comme si le fait même de son existence introduisait une rupture dans la « normalité » : l'économie concurrentielle de marché. Il reste donc une sorte d' "Autre" que l'on tolère pour autant qu'il fasse les

preuves de sa nécessité (26). C'est précisément sur la question des modes de preuve que le droit communautaire a intégré ces dernières années des novations significatives. Tel est le fait juridique majeur dont il est temps de parler maintenant : on peut y voir, pour l'essentiel, la résultante d'une triple évolution.

Il y a en tout premier lieu la plus grande compréhension dont font preuve désormais, globalement, la Commission et la Cour de justice à l'égard des activités de service public. Disons, pour faire bref, qu'au lieu de regarder, comme ce fut longtemps le cas, le rapport service public/concurrence du seul point de vue des limitations que les premiers font subir à la seconde, le droit communautaire a fini par prendre en considération les contraintes que la concurrence fait peser sur l'exercice des missions de service public, ou, pour retenir la terminologie consacrée, les missions d'intérêt économique général. Ce ré-agencement des bases est clairement effectué par la Cour de justice, et les arrêts « Corbeau » du 19 mai 1993 (27) et « commune d'Almelo » du 27 février 1994 (28) sont l'expression la plus connue d'une inflexion jurisprudentielle qu'une série de 4 décisions rendues le 23 octobre 1997 à la requête de la Commission (29) viendront, parmi d'autres, confirmer. Le juge renouvelle alors sa lecture de l'ancien article 90 §2 du traité : à partir du moment où le service public est une entreprise, entendez par là que son objet n'est ni purement social, ni proprement régalién, son équilibre économique peut justifier que des exigences relatives à la qualité de ses prestations soient compensées par d'éventuelles dérogations au droit de la concurrence. En cela la jurisprudence ne change évidemment pas d'orientation : rien en pareil cas n'est automatique, et il appartient au service public de démontrer pourquoi la singularité de ses obligations sociales justifie que la norme commune de concurrence ne leur soit pas opposée. La dérogation ne sera de surcroît régulière que dans la seule mesure où elle ne risque pas de

remettre en cause l'intérêt communautaire. Reste que cette valorisation de l'ex article 90 §2 va permettre aux Etats eux-mêmes d'exploiter les potentialités jusqu'alors peu exploitées du traité, face à une Commission déterminée à promouvoir la dérégulation des entreprises de réseaux. On se gardera de « forcer » le sens de ces arrêts. Ils acceptent sans nul doute la lecture plutôt favorable au service public qu'on en donne généralement (30). Mais encore faut-il ne pas faire dire au juge ce qu'il ne dit pas : s'il rejette, en l'occurrence, les prétentions de la Commission, il n'affirme pas pour autant que les droits exclusifs d'EDF et de GDF par exemple seraient conformes au Traité. En vérité, il ne se prononce pas sur le fond, mais constate que la Commission n'apporte pas d'éléments de preuve convaincants au soutien de ses allégations. Du moins doit-on relever que les producteurs de la jurisprudence communautaire ne sont pas animés par une sourde hostilité à la souveraineté nationale, dès lors qu'ils ne dénie pas aux Etats le droit d'organiser leurs services marchands, selon des règles qui leur sont propres et qui varient selon les contextes. Au total cette jurisprudence n'a donc rien d'univoque : apparaissant au fil du temps traversée par des courants plus ou moins contrastés, on aurait tort d'y voir comme une expression juridique de la doctrine néo-libérale. En tout cas, elle admet que d'importants secteurs d'activités puissent être tenus à l'abri de la concurrence pour des motifs d'intérêt général (31).

C'est encore une affaire de reconnaissance des contraintes particulières pesant sur les entreprises gestionnaires de service public que l'on trouve derrière l'évolution récente de la jurisprudence relative aux aides d'Etat. La réception doctrinale de l'arrêt « Altmark Trans. » rendu par la Cour en assemblée plénière le 29 septembre 2003 est des plus éloquentes (32). Il faut dire que les implications pratiques de cette décision sont loin d'être négligeables ! Il en résulte en effet que les subventions publiques versées aux entre-

(26) C'est d'ailleurs une thèse que l'on trouve – même si elle est exposée avec beaucoup de nuances – dans les études récemment publiées par plusieurs spécialistes reconnus du droit communautaire. Il est difficile de le contester : par-delà des évolutions bien réelles en cours, ce droit aura beaucoup contribué à la dévalorisation du « public » en tant que tel. D'où ces effets matériels partout produits à l'identique par sa mise en œuvre : le champ de service public recule au bénéfice du marché. V. par exemple C. Blumann, *Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'Union européenne*, Mélanges en l'honneur de J-F. Lachaume, Dalloz, 2007, p. 45 à 69 ; L. Dubouis, *Le service public et le traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu, Dalloz, 2007, p.1219 à 1230, et, *Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat*, Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, Dalloz, 2007, p.293 à 306.

(27) V. CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, dans une liste imposante de commentaires, cf. par exemple, AJDA, 1993, p. 866 et s., note F. Hamon.

(28) V. CJCE, *Commune d'Almelo*, 27 avril 1994, conclusions M. Darmon, Rec. 1994, 1, p. 1480 et s.

(29) Sur la décision du 23 octobre 1997 intéressant plus spécialement les monopoles français d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz naturel, v. le dossier publié par les Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, en février 1998.

(30) Dans son commentaire de l'arrêt *Commission / République française* du 23 octobre 1997, J.-D. Combrelle fait valoir (CJEG, février 1998, p. 40) que celui-ci « marque l'institution d'un droit communautaire du service public ».

(31) C'est tout le sens du commentaire que fait de ces quatre derniers arrêts F. Hamon, AJDA, 1997, p. 1002 et s.

(32) V. par exemple, dans une littérature dont l'abondance en dit long sur les enjeux sociétaux de la décision, la note de S. Rodrigues, AJDA, 2003, p.1739 et s. V. encore, plus largement, le dossier consacré au *Financement du service public face au droit communautaire*, par l'AJDA du 17 mai 2004, p. 1011 et s.

prises de service public sont l'objet d'un nouveau traitement : elle cessent d'être considérées comme des aides d'Etat tombant sous le coup de l'ancien article 92 §1 du Traité réprimant les atteintes au droit de la concurrence, si elles ont eu pour seul objet de compenser le coût ou plus exactement le surcoût lié aux obligations de service public. En d'autres termes, pour constituer une aide d'Etat, au sens du droit communautaire, une intervention publique doit consentir à son bénéficiaire un véritable avantage financier qui le place en situation concurrentielle plus favorable. S'il ne s'agit que de compenser, et dans des conditions strictement énoncées par la Cour, le surcoût qu'implique la charge du service public, alors, l'intervention de l'Etat – dans l'acceptation la plus large de ce terme – n'a pas à être analysée comme une aide injustifiée : elle vise tout simplement à couvrir un déficit d'exploitation provoqué par l'accomplissement normal d'obligations de service public qu'il est impossible de regarder comme des charges pesant ordinairement sur des entreprises (33). Faut-il préciser que cette jurisprudence n'autorise évidemment pas un quelconque financement libre des SIEG ? Une éventuelle surcompensation ne manquera pas de constituer une aide justiciable de la réglementation communautaire. Le financement public ne peut donc excéder le coût précisément induit par la mise en œuvre

des obligations du service public. Reste que le mode de jugement initié par la décision du 24 juillet 2003 refléchit une attitude nouvelle de la Cour, consistant en des usages bien plus nuancés du principe de libre concurrence (34).

Qu'on puisse parler de configuration générale favorable à une certaine revalorisation du service public, n'est-ce pas, en définitive, ce que confirment encore les usages que réservent, de plus en plus, à la notion d'intérêt général tant la doctrine de la Commission que la jurisprudence de la Cour (35) ? Progressivement investie d'une densité juridique plus forte, cette notion contribue, si l'on peut ainsi s'exprimer, à « tirer » le droit de l'Union européenne hors de son registre de prédilection : le marché. En même temps qu'il en est l'effet, ce mouvement favorise une nouvelle prise en compte de l'impératif de lien social au sens où il peut être porté par la conception française du service public. En s'affirmant sous un tel « référentiel », la construction européenne rend son système juridique plus disponible à des formes de rapports sociaux qui ne sont plus exclusivement marchandes. En prenant le risque de forcer quelque peu le trait, on dira que l'intérêt général donne aux instances communautaires les moyens juridiques d'autoriser les Etats membres à se soustraire autant que de besoin, sous contrôle juridictionnel bien entendu, aux commandements de l'économie concurrentielle de marché. Cet « état des lieux » trouve aujourd'hui dans la communication de la Commission en date du 20 novembre 2007, intitulée « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement pour l'Europe », son expression la plus aboutie. Tout en tenant le corpus communautaire à distance du *style* français de service public, ce texte ne retient pas moins une certaine part de son *sens*.

II. - Sur le changement juridique : une mise en perspective

Il est à présent envisageable de revenir côté français, afin de mesurer le chemin parcouru. Les changements qui ont affecté le vieux droit du service public ne sont qu'une des manifestations d'un travail beaucoup plus profond de recomposition des bases intellectuelles, mais aussi matérielles, du droit de l'action publique. C'est ce remue-ménage, lequel vaut aussi ordonnancement autour de nouveaux paradigmes, qu'il importe à présent de décrire. Pour mener cette tâche dans des limites raisonnables, donnons lui la forme d'une interrogation structurante : de quel service public sommes-nous désormais les usagers ? En réponse à cette question, une démarche en deux temps se justifie : après avoir observé comment le droit du service public enregistre les déplacements de la frontière entre les activités publiques réputées relever de l'économie et les autres, il nous sera plus facile d'examiner les nouveaux « *montages* » économiques du droit administratif d'aujourd'hui.

II.-1. Déplacement de frontières entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux

Certes le droit positif continue de le dire sans ambiguïté : il existe toujours deux catégories de services publics ; quand ils ne demeurent pas « administratifs », ils prennent le titre d' « industriel et commercial ». Entre les uns et les autres passent encore, en principe, la ligne opérant le partage entre le droit public et le droit privé, comme celle qui délimite les territoires respectifs de la juridiction administrative et du juge judiciaire. Si le principe de ce double partage est du domaine de la certitude, le tracé des frontières concernées en revanche ne relève pas de l'évidence. La grande division de l'administration et de l'entreprise qui l'informe ne reçoit dans l'ordre juridique aucune traduction

(33) Cette jurisprudence a d'ailleurs été depuis codifiée à l'initiative de la Commission par des textes datés du 28 novembre 2005. Cf. C. Blumann, article *Financement du service public face au droit communautaire*, par l'AJDA du 17 mai 2004, p.1011 et s., article précité des Mélanges Lachaume, p. 63 et s.

(34) Une position qui gagnera à être mise en rapport avec l'évolution du discours juridique de la Commission elle-même et l'introduction dans le Traité d'Amsterdam de l'article 16 relatif aux SIEG, qui fait du service public un instrument de la *cohésion sociale et territoriale* de l'Union.

(35) V. sur cette question, C. Boutayeb, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, Revue trimestrielle de droit européen, 2003, p. 587 à 614.

mécanique du type : le droit public pour les SPA, le droit privé pour les SPIC. Les premiers peuvent fort bien pratiquer le droit privé, comme les seconds se trouver sous l'empire du droit public. Il faut faire, ici comme partout, avec des logiques d'interaction qui brouillent et, le cas échéant, perturbent le paysage juridique. Inutile de préciser que les processus dont il est question jusqu'ici ne contribuent pas à clarifier le tableau ! L'expérience juridictionnelle de la distinction réserve d'ailleurs son lot de surprises (36), et il n'est abusif d'y voir, parfois, une manière de *résistance* – au sens objectif où l'on parle de la résistance d'un matériau – des catégories du droit français aux formes de pensée les plus singulières du droit communautaire. De là vient l'écart qui persiste entre les modes de classification des phénomènes sociaux que retient la traduction juridique française, et ceux qu'impose le système juridique de l'Union européenne où domine la prise en compte des activités économiques et de l'entreprise. A partir du

moment où cette dernière méthode devient référence obligée, force est de constater, comme le fait B. Seiller (37), que la subdivision SPA/SPIC « *néglige le phénomène contemporain de dilution de la frontière entre les secteurs public et privé* » et se trouve en décalage avec la réalité économique des activités dont elle prétend rendre compte (38). On se gardera bien de « théoriser » cette résistance. Il n'en reste pas moins que la division SPA/SPIC est la cible d'une critique doctrinale appelant pour le moins à sa révision, au nom du *réalisme économique* (39).

Ironie de la petite histoire jurisprudentielle : n'y a-t-il pas dans les modes actuels de classement que pratique le droit communautaire comme un rappel de l'ancienne doctrine, sollicitée sans réserve par le commissaire du gouvernement Matter, qui sous-tend le fameux arrêt du « bac d'Eloka » ? C'est à cette affaire, on le sait, que, dans l'ensemble (40), la doctrine fait remonter l'énoncé des bases de la théorie du SPIC. La représentation du monde qui est au principe du vieil arrêt du Tribunal des conflits supposant un *ordre naturel* des choses imposant à l'Etat de ne point se mêler d'entreprise, n'est évidemment pas sans rapport avec les partages juridiques auxquels procède le droit communautaire. Tant et si bien qu'il suffirait en somme de revenir à ces sources-là – ce qu'au fond réclame une littérature d'aujourd'hui – pour se mettre en plein accord avec l'Europe. Ce serait en effet l'occasion de mettre la notion d'*entreprise* au cœur du partage entre SPA et SPIC. Il en résulterait une redistribution des identités juridiques au bénéfice des derniers, car dans l'état actuel de notre droit la notion de SPA empiète sur le champ de l'entreprise, au sens que lui donne le droit communautaire (41). Rappelons que pour ce dernier il n'existe pas de SPA, du moins au sens français de l'expression. Certes la catégorie des services d'intérêt général n'a rien d'homogène puisqu'elle se partage entre des services marchands, les services d'intérêt

économique général, soumis au droit de la concurrence, et des services non marchands qui, en cette qualité, obéissent à une logique propre. On ne saurait pourtant voir dans ces derniers l'équivalent communautaire de nos SPA. Ce serait ignorer que même ces services d'intérêt général sont susceptibles de développer des activités d'entreprise, justiciables du droit de la concurrence.

De toute évidence, cette manière de regarder et de classer activités et fonctions sociales devrait peu à peu s'imposer. Elle a d'ores et déjà conduit à d'importantes révisions institutionnelles. Le principe de primauté du droit communautaire suppose que soient repensées les bases sur lesquelles est construite la partition française entre SPA et SPIC, pour autant qu'elle « résiste » à la lecture économique des échanges sociaux qui inspire le droit de l'Union. Il n'est évidemment pas question de faire dire au droit, par anticipation, ce qu'il ne dit pas encore : pour l'heure la distinction SPA/SPIC demeure. Mais ses usages sont voués à évoluer, dans le sens d'une plus grande prise en compte des exigences managériales et économiques. Pareil « déplacement » n'entraîne pas seulement les catégories juridiques à jouer de nouveaux rôles. Les évolutions ne se font pas du seul point de vue du droit comme grille de lecture du monde, elles impliquent aussi les usagers dont le « statut » se transforme de l'intérieur. La place que prend l'usager dans les rapports de service public – si l'on peut s'exprimer ainsi – bouge en même temps que se transforme le modèle général d'administration et que l'action publique se recompose autour de ses nouveaux référentiels de marché. L'identité juridique du service public se fait commerciale, elle aussi. La subordination croissante des politiques publiques au droit de la concurrence, mais aussi au droit de la consommation (42), oblige à surtout considérer ce qui, chez l'usager, appartient au registre du client et/ou du consommateur.

(36) Au rang de ces dernières on peut compter la récente jurisprudence du Tribunal des conflits réaffirmant, malgré les profonds changements juridiques qu'a pu connaître le secteur, la nature administrative du service public autoroutier. V. TC, 20 novembre 2006, *Sté EGTI c/ Escota*, et, *Société Transports Gautier et autre c/ Escota*, SAPN, *Sanef*, ASF, AJDA, 2007, p. 849-853, note N. Chahid-Nourai et J.-L. Champy.

(37) Cf. B. Seiller, *L'érosion de la distinction SPA-SPIC*, AJDA, 2005, p. 417-422.

(38) V. également en ce sens S. Braconnier, *La notion de services publics industriels et commerciaux*, in *Les services publics*, Cahiers français, n°339, La documentation française, 2007, p.8-12.

(39) Outre les articles précités de S. Braconnier et B. Seiller, cf., F. Melleray, *Service public administratif/service public industriel et commercial : survivance ou jouvence ?*, ENA mensuel, n° 335, p. 9-10.

(40) La question est discutée (v. A.-S. Mescheriakoff, *L'arrêt du bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, RDP, 1988, p. 1058 et s.). Cette dispute est, en l'occurrence, sans incidence sur la présente démonstration.

(41) On pourrait reprendre ici, par exemple, le problème évoqué plus haut de la qualification administrative du service public autoroutier.

(42) Cf. A. Van Lang, *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP, 2004, p. 1015 et s.

Stimulée par le droit communautaire, la mise en tension du service public et de la concurrence vaut repositionnement de l'usager dans l'ordre du droit. Le problème ne se pose pas partout en termes identiques : le public des SPA n'est pas impliqué dans cette mutation dans les mêmes termes que celui des SPIC, mais on comprend bien que la dynamique en cours : l'érosion du partage entre ces deux catégories, ne peut qu'encourager la métamorphose de l'usager en client.

II.-2. Les nouveaux « montages » économiques du droit administratif

Les rectifications du tracé entre ces deux fonctions sociales que sont l'Administration et l'Entreprise n'ont nullement pour effet de confiner la première dans une sphère d'activités étrangères au monde de l'économie. Bien au contraire. Le changement se lit plutôt dans une véritable mutation économique propre à une administration qui se fait, à son tour, de plus en plus entreprise. Du moins l'action publique tend-elle à être lue par le droit – il s'agit bien entendu de ce qui continue d'être dénommé « droit administratif » – dans des codes applicables à l'entreprise (43). C'est bien pourquoi il n'est nullement abusif d'affirmer que le « droit administratif » est en train de changer de *paradigmes* (44). Ouvert par/sur l'économie concurrentielle de marché, ses modes de « saisine » de l'action publique changent. L'implication économique des personnes publiques, loin de s'en trouver tou-

jours contrainte, se voit au contraire parfois grandement facilitée. A la condition cependant que les acteurs concernés se comportent à *la manière d'entreprises* intervenant sur un marché et soient donc soumis au droit de la concurrence.

Il faut le dire une fois encore : en tant que tel, ce phénomène n'a rien de neuf ! Ainsi une ancienne jurisprudence administrative bien connue admet la possibilité pour les SPIC d'étendre leurs interventions, au-delà de leur objet principal, à condition qu'elles soient développées dans le prolongement de l'activité de base, à titre de complément matériel ou fonctionnel. Mais à présent il en va tout différemment : le lien entre le principal et l'accessoire n'a pas cessé de se distendre. Il en résulte une présence plus ample et plus diversifiée dans les échanges économiques. Ce qui a pu faire dire à un commentateur spécialement avisé, au terme d'une étude minutieuse de la jurisprudence du Conseil d'Etat (45) : « *La soumission aux sujétions du droit public masque mal une pratique libérale de la concurrence des personnes publiques dont on peut dire, non sans une certaine provocation, qu'elles bénéficient de fait d'une liberté économique* ». En tout cas, vues sous l'angle du droit positif – lequel ne saurait évidemment saisir en tout la réalité administrative – les personnes publiques ne sont en aucune façon mises sur la touche, malgré l'incontestable érosion de la notion même d'administration. En tant que personnes publiques, et sans cesser d'être des personnes soumises au « droit administratif », elles ont pu voir leur capacité d'intervention économique consolidée. C'est tout simplement parce que ce « droit administratif » là a opéré sa propre mue. Pour mieux servir les exigences, publiques certes, d'une économie concurrentielle de marché (46). La promotion politique de cette dernière change jusqu'à la substance de l'intérêt général. Le « droit administratif » ne pouvait que l'enregistrer. En prenant cette mutation en charge, la jurispruden-

ce du Conseil d'Etat inscrit plus en profondeur que jamais l'action publique dans le mouvement global de l'échange marchand (47), et change la nature du partage entre les fonctions d'administration et d'entreprise. Mais dans cette affaire décisive qui nous renvoie aux jeux de la division public/privé, il est essentiel de ne pas sous-estimer le poids de l'histoire institutionnelle. C'est pourquoi l'évolution en cours est loin d'être réductible à une quelconque redistribution des rôles qui se ferait au seul bénéfice d'entreprises privées appelées à investir l'espace jusqu'alors occupé par les administrations publiques au nom de la solidarité sociale. L'examen attentif de la jurisprudence montre une réalité juridique autrement nuancée et subtile. On y voit notamment des personnes publiques continuant de manœuvrer toutes les figures de l'intérêt général (depuis ses formes nationales jusqu'à ses multiples expressions locales), pour mieux promouvoir leur nouvelle identité économique. Tel est le droit de l'action publique en cours d'émergence : il fait des « exigences » ou encore des « nécessités » de l'économie – autant dire que ces choses-là ne se discutent pas – un vecteur de modernisation d'une administration en pleine reconversion économique. La notion même d'administration ne désigne plus un secteur d'activités sociales menées à l'écart du marché, mais une autre manière de concevoir l'action publique marchande. C'est le droit qu'appelle cette dernière qui, petit à petit, se substitue à l'ancien droit de l'administration des rapports sociaux.

Ces transformations ne vont pas seules. Elles sont particulièrement sensibles jusque dans le champ doctrinal où elles provoquent d'édifiants reclassements intellectuels. La théorie du droit administratif développe ainsi depuis quelques années de nouvelles tendances : certains modes traditionnels de lecture sont délaissés, d'autres bénéficient au contraire d'un véritable engouement. C'est, tout à fait logiquement,

(43) V. la démonstration de G. Clamour, étude précitée.

(44) V. pour une application de cette notion à la matière juridique, D. de Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. O. Jacob, 1997, p. 109 et s.

(45) Cf. G. Clamour, op. cit., p. 56

(46) C'est cette mutation qui est au principe de l'impressionnante thèse du même G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

(47) Le juge parle d'ailleurs lui-même (cf. son *Rapport public* 2002, précité, p. 383) d'un plus grand « ancrage dans l'économie de marché ».

le cas de l'analyse économique du droit dont les modes actuels de consécration et de propagation (48) ouvrent de saisissantes perspectives sur la production du savoir juridique (49). Là se marquent les enjeux théoriques des évolutions en cours, telles que les relations du service public et de la concurrence, à leur manière, nous les font voir. La question mériterait à n'en pas douter un examen sérieux : à défaut, on lui consacrerait, en guise de conclusion, quelques éléments de réflexion.

Essayons d'éviter d'emblée tout malentendu (50). Qu'il y ait des liens, et des liens étroits, entre le droit et l'économie, voilà qui ne prête guère à discussion. Que l'existence de tels liens soit indispensable, voilà qui ne saurait être contesté. Mais qu'il faille indexer le droit sur l'économie, le repenser en fonction de son « attractivité » économique, qu'on en vienne à concevoir, mieux à *calculer* les règles juridiques pour les mettre au service de ce que l'on désigne invariablement comme « les-exigences-de-l'économie », voilà qui, en revanche, gagnerait à faire débat ! Ne serait-ce qu'au sein de la communauté de juristes dont le métier ne saurait être

de définir les contours de la juridicité en fonction des seuls paramètres d'une économie concurrentielle de marché. Autant l'idée d'un « découplage » entre le champ des échanges économiques et l'ordre du droit est parfaitement absurde, parce qu'elle fait de celui-ci une nouvelle utopie, autant avec la thèse d'une véritable surdétermination économique du droit, on entre dans un univers où l'agencement des rapports sociaux tend à devenir tout entier tributaire des exigences des marchés. Si le questionnement économique de la matière juridique ne peut qu'être fécond, parce qu'il ouvre de nouvelles voies à la connaissance du fonctionnement juridique, ce ne peut être qu'à ce prix : offrir au juriste un terrain d'investigation de plus, parmi d'autres. Mais, sans être plus que d'autres homogènes, les travaux d'économie du droit – et pas seulement lorsqu'ils sont le fait d'économistes – participent-ils d'une telle logique ? Il ne s'agit pas toujours, c'est le moins qu'on puisse en dire, de lectures parmi d'autres, mais de questionnements exclusifs. Le droit n'est pas innocemment analysé dans ses rapports à l'économie, il lui est systématiquement demandé de rendre des comptes à cette dernière. En bref, il est jugé à travers les grilles d'une théorie, et en raison de ses aptitudes à servir l'économie de marché. Pourquoi pas ? Mais encore faut-il le dire, car ici la fonction juridique change de statut : elle n'est plus qu'un paramètre dans les calculs stratégiques des opérateurs économiques.

Résumons-nous : ce n'est évidemment pas le questionnement économique du droit qui, en tant que tel, serait de nature à faire problème. J.-B. Auby ne peut qu'être suivi lorsqu'il dit de cette démarche, exemples à l'appui (51), qu'elle peut fort bien servir, au même titre que d'autres, à la déconstruction de catégories juridiques auxquelles est donnée valeur de dogme (52). Ce qui est en cause, c'est le raisonnement que l'on voit aujourd'hui se banaliser – il est à l'œuvre dans des

travaux de doctrine universitaire, comme dans le discours de commissaires du gouvernement – et selon lequel : il faut revenir sur les catégories du droit administratif parce qu'elles sont inadaptées, c'est selon, aux *réalités*, aux *exigences*, aux *nécessités* de l'économie. Ainsi prospère une fausse lecture critique : il s'agit en quelque sorte de « re-calibrer » le droit, pour qu'il devienne le support et serve de ressources à un modèle d'échange social, le marché, donné comme une chose naturelle et soustraite, de ce fait, à toute forme de débat. L'une des questions auxquelles la pensée juridique – aussi préoccupée soit-elle par l'économie – ne saurait échapper est la suivante : le « bon droit » – oui, retenons ce standard faussement naïf (53) – est-il nécessairement un droit économiquement efficient ? Qui ne voit, d'ores et déjà, les effets matériels d'une pareille logique ? (54)

Jacques Caillosse

(48) V. l'étude de B. Deffains et S. Ferey, *Théorie du droit et analyse économique*, Droits, n° 45/2007, 223-254

(49) Pour une problématisation de ce thème, cf. C. Jamin et P. Jestaz, *L'entité doctrinale française*, Dalloz, 1997, chronique, p.167-175.

(50) V. M. Lombard, *De Colbert à Posner : malentendu sur l'économie du droit*, International Law, Forum du droit international 6, 2004, p. 81-87, Koninklijke N.V., Leiden, The Netherlands.

(51) Cf. G. Napolitano, *Les biens publics et les « tragédies de l'intérêt commun »*, Droit administratif, janvier 2007, p. 5-13.

(52) V. J.-B. Auby, *L'analyse économique du droit administratif*, Droit administratif, janvier 2007, p.1.

(53) Mais, après tout, personne ne s'inquiète de la fausse naïveté des standards de « bonnes pratiques » ou de « bonne gouvernance » dont on fait grand cas dans les disciplines gestionnaires !

(54) Il n'est pas interdit de raisonner ici par analogie. Pensons aux révisions en cours du droit du travail où une problématique analogue est à l'œuvre : au-delà d'une demande d'*assouplissement de la règle* on voit bien qu'autre chose se joue, qui procède d'une contestation beaucoup plus radicale, car elle vise la *contre-productivité du droit* en tant que tel.