

Jacques Caillosse
CERSA/CNRS
professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS DU SERVICE PUBLIC

UDK: 342: 53 (44)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 10. 12. 2016.

Un Etat n'est pas un empilement de fonctions, ni une armée d'employés, ni une association d'intérêts en conflit. Pour accomplir ses missions, parvenir aux perfectionnements administratifs, il doit être investi par des croyances.

Pierre Legendre,
Fantômes de l'Etat en France. Parcelles d'histoire,
Fayard, 2015, p.198

1.- Ovo izlaganje sadrži (kratki) prikaz ažuriranog stanja klasičnog pitanja: razvoja francuskog prava javne službe. Kroz ovu temu ćemo propitivati promjene koje su utjecale i nastavljaju utjecati na upravno pravo. Ne samo da se upravno pravo može svesti na pravo javne službe, već i, kao što iskustvo pokazuje, promjene koje doživljava javna služba – njezin koncept i pravni režim – imaju veliki utjecaj na sveobuhvatni sustav odnosa koje uprava ima sa „svojim“ pravom. U prilog toj tezi, ponudit ćemo dvostruku demonstraciju. 2.- Prva predstavlja razmišljanje (nužno kratko) o mjestu koje zauzima javna služba u povijesnom razvoju onoga što se u Francuskoj zove „upravno pravo“. Javna služba se, zapravo, uvijek uzimala u samom kretanju tog upravnog prava (Prvi dio). U toj priči, možemo razlikovati tri velike faze (vrlo neujednačene važnosti). Nakon što je javna služba odlučno pridonijela izgradnji upravnog prava kao posebnog pravnog područja, tj. izvan područja općeg prava (1.-A), doživjet će dugo turbulentno razdoblje koje odgovara onome što doktrina uglavnom zove „krizom“ upravnog prava (1.-B). No, možda smo u posljednje vrijeme svjedoci određene stabilizacije javne službe i prava javnog djelovanja. (1.-3). 3.- Nakon izlaganja promjena u javnoj službi u dugoj upravnoj povijesti, posvetit ćemo se uočavanju preobrazbi francuskog koncepta javne službe koje su u tijeku (Drugi dio). Pravni identitet francuskog koncepta javne službe doživljava značajne preobrazbe pod naročitim utjecajem tri velike pojave: prvo, susret između prava javne službe i prava tržišnog natjecanja (2.-A), drugo, nastanak novih interakcija između javne službe/ javnih službi i teritorija (2.-B) i konačno, uključivanje prava javne službe u suvremene rasprave o sekularnosti (2.-C).

Ključne riječi: *Francuska, javno pravo, upravno pravo, pravo u javnim službama*

Observations préalables. Avant de décrire, dans leurs très grandes lignes, les évolutions qu'a connues et *continue* de connaître le droit français du service public, il convient de préciser par avance le périmètre et le contenu de l'objet à décrire. Cette opération appelle deux séries de remarques.

1.- La toute première des précautions à prendre est d'ordre méthodologique. Il y a, pour le moins, deux grandes manières de poser la question du service public. L'une relève de la science administrative, pour ne pas dire de la science politique. Ce que l'on retient alors du service public c'est, pour le dire vite, son identité institutionnelle. On l'analyse comme on le ferait de toute autre entreprise engagée dans la vie économique et sociale, productrice ou gestionnaire de biens matériels ou de prestations abstraites. Regardés ainsi, les services publics existent partout, quelque soit le nom qu'ils reçoivent. Toutes les sociétés ordonnées par un Etat connaissent, par delà sa très grande diversité, cette commune expérience du service public. L'approche proprement juridique a une tout autre visée. Ce qui est alors en jeu n'est plus la réalité matérielle du service public, indissociable de son insertion dans la vie collective, mais sa notion. Il s'agit ici d'appréhender une catégorie intellectuelle dont l'usage permet d'identifier et de classer certaines des activités constitutives d'une société déterminée.

Entre ces deux attitudes, il est bien entendu possible d'établir des rapports plus ou moins étroits. On ne saurait pour autant les confondre. Le service public existe indépendamment de son concept juridique et celui-ci peut être construit hors de l'expérience pratique des services publics. Une chose est d'examiner, en situation, des institutions appelées services publics, localisées dans des immeubles spécifiques, employant des personnels propres et agissant par des moyens singuliers. Une autre est de se demander s'il existe une notion juridique de service public dont la reconnaissance génère des effets originaux dans l'ordre du droit. En l'occurrence, pour la présente rencontre de Split, c'est cette seconde approche qu'il s'agit de développer. Il est important d'en marquer d'emblée toutes les limites : les seules interrogations qu'elle rend possibles portent sur le *concept juridique* de service public et non sur les réalités socio-économiques que l'on range par ailleurs derrière les mots de service public.

2.- Le sujet ainsi circonscrit prend place dans la partie du colloque intitulée par ses organisateurs : *Les fondamentaux du droit administratif*. Prendre l'exemple du droit du service public pour illustration de ces «fondamentaux» n'a évidemment rien de très original. Pour un juriste français, il fait même partie des thématiques obligées. Il est parfaitement habilité à affirmer, sans risque de contestation, que l'histoire du droit administratif est indissociable de celle du service public. Certes ces deux histoires ne se confondent pas, même si au début du XX^e siècle toute une école de pensée s'était constituée dans la croyance en cette confusion¹. Mais il n'est certainement pas abusif, aujourd'hui encore, d'avancer que la théorie juridique du

¹ C'est de cela que Léon Duguit fit la théorie. V. son fameux *Traité de droit constitutionnel* en 5 volumes, éd. de Boccard, Paris, 1928

service public fait partie des bases intellectuelles – bref, des fondamentaux – de notre droit administratif. Il lui reste très largement redevable, même s'il s'en est éloigné.

Il y a là, on ne l'ignore pas, une situation propre à la France, et il serait déraisonnable d'extrapoler à partir de cette expérience historique. Mais dès lors que l'on prétend accéder aux *fondamentaux* du droit administratif, force est de reconnaître au droit du service public un statut déterminant. C'est donc de cette *spécificité française* qu'il me faut parler. Car s'il existe partout des services publics (au sens matériel évoqué plus haut), il en va différemment de la notion de service public telle qu'elle a pu prospérer dans l'histoire du droit français de l'administration et de l'action publique.

Problématique et plan. Une fois ces préalables posés, la définition d'une problématique est envisageable. La principale difficulté de cette tâche a pour cause l'affirmation initiale selon laquelle toute confusion doit être évitée entre l'analyse de la matérialité du service public et celle du droit qui lui est applicable. Les problèmes sous-jacents à cette affirmation n'ayant pas la moindre chance de trouver une solution dans les limites du présent exercice, il faudra accepter l'usage de «raccourcis» et autres chemins de traverse !

Revenons brièvement sur les deux propositions faites plus haut : a) la juridicité est une chose, la réalité sensible en est une autre ; b) le droit du service public ne résume sûrement pas à lui seul le tout du droit administratif français. Aussi fondées soient-elles, ces deux propositions n'invalident pas pour autant le raisonnement suivant : le droit du service public «fonctionne» comme une sorte de *plaque sensible* du droit administratif dans son ensemble. Les évolutions qui traversent le premier entraînent des répercussions sur toute l'économie du second. Quant au droit administratif en général, tout invite à y voir une sorte de programme dans lequel l'Etat se définit et se *représente*. Si, comme on l'a dit, le droit administratif ne saurait être confondu avec la réalité institutionnelle et fonctionnelle de l'administration, cette dernière reste malgré tout difficilement concevable hors du droit administratif. Tel est le raisonnement qui justifie à mes yeux que l'on puisse évoquer ici, pour illustrer ce que sont les *fondamentaux* du droit administratif, l'évolution du droit du service public. L'étude de cette dernière me semble nécessiter une double démonstration.

La première porte sur la place qui revient à la notion de service public dans la constitution historique de cette discipline qu'il est convenu d'appeler, en France, le «droit administratif». Cette place ou, si l'on préfère, cette fonction n'est pas fixée une fois pour toutes. Trois grandes périodes de durée très inégale sont, de ce point de vue, susceptibles d'être distinguées : après avoir fortement contribué à la construction même du droit administratif, alors défini comme une région juridique «à part», reconnue comme devant être *exorbitante du droit commun* – celui de «tout le monde» pour parler à la manière de G. Vedel², le service public (du moins son expression juridique) va traverser une longue période de turbulences. Elles

² V. G. Vedel, Préface de la septième édition à son ouvrage *Droit administratif*, PUF, Paris, 1980, p.20-38

ont constitué la matière d'un véritable récit doctrinal, celui de la *crise du droit administratif*³. Cette crise serait-elle désormais derrière nous ? En s'employant dernièrement à stabiliser la notion et le régime juridique du service, la jurisprudence du Conseil d'Etat va-t-elle parvenir à stabiliser du même coup le droit de l'action publique ?

Après avoir ainsi exposé les évolutions du service public dans le temps long de l'histoire administrative française, on tâchera de saisir les transformations qui affectent aujourd'hui la matière juridique du service public dit «à la française». L'identité de ce dernier connaît d'importantes métamorphoses, *notamment* sous l'effet de trois phénomènes majeurs. Il y a eu tout d'abord sa rencontre obligée avec le droit européen de la concurrence. Il a fallu ensuite compter avec de nouvelles interactions entre le service public et le(s) territoire(s). Enfin le système juridique propre au service public n'a pu demeurer indifférent à certains débats de société, en particulier ceux relatifs au statut de la laïcité dans l'Etat.

*

LES FONCTIONS DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

On suppose pour cette première lecture du sujet que le droit du service public fournit une sorte d'*archive* de notre droit administratif. La consultation de cette archive est une ressource précieuse pour qui veut reconstituer le parcours, sinon la généalogie du système juridique propre à l'administration. Quels grands enseignements retenir de ce examen ? Nous en avons certes fini, et depuis bien longtemps, avec cette période au cours de laquelle la doctrine croyait pouvoir faire du service public le «tout» du droit administratif, comme si ces deux phénomènes juridiques étaient en quelque sorte interchangeables. La notion de service public est pourtant loin d'avoir disparu de l'horizon d'un droit administratif qu'il faut entendre dans sa double acception de droit applicable à l'action publique et de discipline scientifique. Si les usages du service public, tant dans la vie sociale que dans la théorie juridique, se sont fortement banalisés, la notion n'a pas moins survécu aux menaces qui ont pesé sur son identité. Bref, entre son «âge d'or» supposé des débuts du XX^e siècle, et sa survivance actuelle, le droit du service public a connu bien des vicissitudes. Admettons donc cette très globale reconstitution des développements du droit administratif, entre la fin du XIX^e siècle et les débuts du XXI^e siècle, autour de ces trois grandes périodes.

³ Pour une lecture sans concession de ce «récit», v. C. Eisenmann, Cours de droit administratif, LGDJ, Paris, 1982, tome 1, p.529 et s.

Service public et construction du droit administratif

Si en France comme ailleurs un corpus de règles juridiques spécifiquement conçues pour les activités de l'administration s'est constitué en appui au développement des fonctions sociales de l'Etat, ce droit a dû attendre la fin du XIX^e siècle pour se constituer en objet d'une véritable discipline scientifique, enseignée sous le nom de «droit administratif»⁴. C'est à la faveur de ce processus - la construction d'une théorie du droit administratif -, que le service public s'est imposé comme l'une des notions emblématiques et structurantes de de cette nouvelle branche du droit.

Il est impossible dans les limites de la présente étude de revenir sur la compétition qui existait à l'époque entre des écoles de pensée qui prétendaient chacune *dire le vrai* en matière de droit administratif⁵. Le sujet me conduit à l'évocation de l'une d'entre elles, l'école dite du service public, dont Léon Duguit fut en son temps le grand inspirateur⁶. Même démenties assez rapidement par l'évolution d'un droit positif alors en pleine croissance, les thèses professées par cette école ont continué de marquer durablement l'enseignement du droit administratif et les représentations les plus courantes de cette discipline. On lui doit notamment cette idée, toujours dominante aujourd'hui, que la notion même de droit administratif ne prend sens qu'au regard des seules règles de droit spécial, c'est à dire d'un droit qualifié d'*exorbitant du droit commun*, applicables à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle de l'administration.

Si l'école du service public n'est plus aujourd'hui qu'un assez lointain souvenir, elle alimente toujours une certaine mythologie du droit administratif. D'où sans doute cette référence récurrente à son *âge d'or*. Période mythique au cours de laquelle cette entité juridique aurait été tout entière tributaire d'une notion unique qui lui aurait donné tout à la fois ses fondements et ses finalités. Temps heureux s'il en fut ! En ce temps-là, en effet, le droit administratif pouvait être décrit comme un système organisé et unifié autour d'un *paradigme* unique, le service public, qui informe et sous-tend toute son économie. Cet âge d'or a-t-il jamais existé ?⁷ Toujours est-il que cette fiction doctrinale a pu se constituer, laissant entendre que le droit positif avait bel et bien consacré la thèse du service public comme principe de base du système administratif français. C'est dire qu'on disposait alors – du moins – était-on censé le faire - avec ce service public d'une notion cardinale permettant la résolution de tous les grands problèmes auxquels se trouvait confronté le droit administratif entendu comme un droit exorbitant du droit commun.

⁴ Au soutien de cette proposition, v. P. Gonod, Edouard Laferrière, un juriste au service de la République, LGDJ, Paris, 1997

⁵ Pour une présentation particulièrement éclairante de ce grand débat théorique, v. M. Hauriou, La puissance publique et le service public, préface de son Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, Paris, 11^{ème} édition, 1927

⁶ v. supra, les notes 1 et 3

⁷ La lecture des travaux précités de C. Eisenmann en fait sérieusement douter !

Il faut prendre la mesure de ce que signifie en pratique cette proposition. Sa portée est considérable. Comme l'a montré Charles Eisenmann⁸, elle investit la notion de service public d'un triple pouvoir : a) elle aurait vocation à devenir *le* critère de solution aux problèmes de détermination du droit applicable à l'administration : pour toute question qui, d'une manière ou d'une autre, se rapporte au service public, le règlement serait à rechercher hors du droit commun. Le service public appelle en cette qualité même mise en œuvre d'un droit spécial ; b) la notion de service public serait au principe même de toutes les règles constitutives du régime administratif, c'est à dire d'un système organisé de règles originales, inapplicables aux relations entre particuliers, et spécialement conçues pour répondre aux exigences d'une administration moderne – tant en termes de ressources que de contraintes juridiques ; c) c'est encore et toujours cette même notion de service public qui, dans le domaine du contentieux administratif, servirait de justification à la compétence exclusive d'un juge spécial, le juge administratif, chargé lui-même de faire application d'un droit spécial dont il serait l'artisan principal.

Ces systématisations théorisées par l'école du service public ne seront pas confirmées par l'évolution du droit positif. On verra dès le début des années 1920 les juridictions administratives reconnaître la possibilité d'une gestion privée de services publics qui, de ce fait même, se verront largement soumis à l'application du droit commun et aux contrôles du juge judiciaire⁹. Traversé et travaillé par cette logique d'hybridation croissante des normes régissant les activités de service public, le droit administratif entre dans une phase nouvelle et troublée de son histoire

Service public et «crise» du droit administratif

Le choix du terme de «crise» mériterait à lui seul un long commentaire. Si son usage m'a paru s'imposer, c'est parce que la doctrine l'utilise largement pour caractériser la situation du droit administratif. A bien des égards, il est possible d'affirmer que ce droit est très tôt entré en crise. Le mythe de son âge d'or en est une sorte de preuve a contrario : depuis cet épisode originaire, la crise est/serait devenue son mode d'être normal¹⁰. Encore convient-il de s'accorder sur la signification de ce *récit*. Cette crise n'a rien d'une catastrophe¹¹. Le recours à ce mot trouve son sens en situation : il ne vise nullement l'incapacité du droit de l'administration à remplir les fonctions qui lui reviennent dans un Etat de droit. La crise dont parle la doctrine désigne tout autre chose : les difficultés qu'elle-même éprouve à ordonner et formaliser un droit administratif dont la complexité croissante se fait déroutante.

⁸ Op. cit.

⁹ Jurisprudence à laquelle les conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement P. Matter dans l'affaire dite du «bac d'Eloka» (TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, S.1923, 3, p.34 et s.) donnèrent une base théorique

¹⁰ Répétons que l'on doit principalement à C. Eisenmann, op. cit., la déconstruction de cette notion de crise

¹¹ V. sur ce thème J.-J. Biennu, Le droit administratif : une crise sans catastrophe, Droits, n°4/1986, p.93-98

L'approche jurisprudentielle de la notion de service public n'a pas peu contribué à entretenir cette inquiétude doctrinale.

C'est au moment où certains auteurs s'employaient eux aussi à penser l'unité du droit administratif, mais autour de la notion de puissance publique¹², que s'imposa la théorie du guiste. Elle fit prévaloir une tout autre représentation unifiante de ce droit public spécial, en le voyant indexé sur les exigences de *solidarité sociale* portées par la notion de service public. Cette image idéalisée de l'ordre juridique ne put s'imposer bien longtemps. Dès le début des années 1920 la jurisprudence administrative allait admettre, sur le mode d'une évidente nécessité, qu'une activité de service – il s'agissait en l'occurrence de transport – pouvait fort bien se voir reconnaître la qualité de service public, alors même que ses conditions d'exploitation étaient celles d'une entreprise ordinaire. De ce fait, les conséquences dommageables d'une pareille activité ne pouvaient être appréciées, sauf texte contraire, que dans le cadre du droit commun par le seul juge judiciaire¹³. Dès le moment où la juridiction administrative elle-même procédait à un raisonnement de ce type, c'en était fini de l'équation simple par laquelle la pensée du guiste avait entendu identifier le droit administratif : impossible désormais de le définir autour de l'idée d'un service public qui exigerait la mise en œuvre d'un droit autonome exorbitant du droit commun et commanderait de dessiner les contours d'un contentieux proprement administratif soustrait à la compétence du juge ordinaire.

En même temps qu'il perd sa propre unité juridique, celle qu'une certaine doctrine avait voulu lui reconnaître, le service public perd son pouvoir d'unification d'un droit spécialement conçu pour les besoins de l'administration, à côté du droit commun. Dorénavant la notion de service public va permettre de désigner indifféremment deux formes juridiques d'expérience administrative. L'une qui se déploie tout entière dans la sphère publique, est régie, du moins pour l'essentiel, par le droit public. Telles sont les marques distinctives du service public administratif. L'autre, tout en demeurant d'initiative publique, s'accomplit principalement dans la sphère marchande. Dépendante pour cette raison, du moins pour l'essentiel, du droit commun, elle reçoit l'appellation de service public industriel et commercial. Ce dédoublement du service public ne pouvait que brouiller la ligne de partage juridique entre ce qui appartient au monde de l'entreprise et ce qui relève de l'administration, entre ce qui dépend de la régulation marchande et ce qui est du domaine de la gestion publique. Après avoir servi de critère à la distribution des rôles entre le droit commun et celui qui lui fait exception, la même notion de service public est maintenant susceptible d'être indifféremment associée à la mise en œuvre du droit privé ou à celle du droit public, comme à l'application mêlée de ces deux droits.

L'espace manque ici qui permettrait d'entrer plus avant dans l'histoire de notre notion tout au long du XX^e siècle. Force est donc de l'évoquer à partir de certains de ses traits les plus saillants. Son cheminement n'a rien de linéaire. Il est bien au

¹² C'est ainsi qu'est traditionnellement décrit le système de pensée de M. Hauriou. V. son manuel précédemment évoqué

¹³ V. la décision précitée du Tribunal des conflits en date du 22 janvier 1921

contraire la résultante de mouvements contrastés. Ainsi voit-on se dessiner dans la jurisprudence du conseil d'Etat, en fonction des périodes, certaines tentatives de revalorisation juridique du service public. Ce fut notamment le cas dans le milieu es années 50¹⁴. Mais le cours de la jurisprudence n'est pas celui d'un long fleuve tranquille. Il arrive qu'il soit agité par des courants contraires, laissant la doctrine en pleine perplexité. Je pense plus spécialement ici à des interrogations relatives aux méthodes d'identification du service public mises en œuvre par la juridiction administrative¹⁵.

On s'est longtemps tourné en cette matière vers une décision «Narcy» rendue par le conseil d'Etat le 28 juin 1963¹⁶. Ce n'est pas que cette affaire revête une importance juridique particulière. Mais le juge y fait preuve d'une vertu pédagogique qui n'est pas toujours sa préoccupation première. Il y expose clairement les critères dont il se sert pour reconnaître un service public : une mission d'intérêt général, un droit de regard de l'administration sur les modes d'accomplissement de cette mission, la possible mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et, enfin, un contrôle de tutelle sur l'organisme en charge de l'activité. Il importe de préciser que c'est l'ensemble organisé de ces critères et non l'un ou l'autre d'entre eux qui est déterminant. L'existence d'un service public se découvre donc grâce au jeu combiné de ces indices. Mais la jurisprudence s'est elle-même chargée de jeter le doute sur la fiabilité juridique de cette problématique. Il résulte d'un ensemble de décisions rendues par le tribunal des conflits et le conseil d'Etat à partir de la fin des années 70 qu'il est parfaitement envisageable de concevoir une activité de service public qui ne confère à son responsable aucune prérogative de puissance publique¹⁷. La relation de principe que l'on pouvait croire instituée entre les notions de service public et de puissance publique se trouve ainsi sérieusement ébranlée. Même si ces décisions ne représentent qu'un courant de la jurisprudence, elles ont de quoi déconcerter, en rendant tout à fait incertaines les conséquences juridiques (qu'il s'agisse du droit applicable comme de la compétence juridictionnelle) qui s'attachent à la reconnaissance d'une activité de service public.

Telle qu'elle vient d'être ici déclinée, la thématique de la «crise» cherche ses raisons dans le jeu brouillé et même dérégulé des catégories juridiques. Ainsi située la «crise» s'entend donc des troubles du langage du droit appliqué à l'administration. Les usages jurisprudentiels du service public en sont l'un des signes les plus manifestes. Ils montrent une notion instable et sans rigueur, génératrice de perturbations juridiques ; une notion d'une fiabilité plus que douteuse lorsqu'il s'agit d'identifier le tracé de la frontière entre les territoires du public et ceux du privé.

¹⁴ V. J-F. Lachaume, Le président Marceau Long et la revalorisation du service public, in *Le service public, Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, Paris, 2016, p.315-328

¹⁵ Sur cette question, v. J. Caillosse, La méthode juridique d'identification du service public, in D. Guerraoui, N. El Aoufi, J. Barreau, *Le devenir du service public. Comparaison France-Maroc*, éd. Toubkhal et L'Harmattan, Rabat/Paris, 1999, p.59-87

¹⁶ V. CE, Section, 28 juin 1963, Narcy, note M. Waline, RDP,1963, p.1186 et s.

¹⁷ V. à titre d'exemples, CE, Section, 13 octobre 1978, A.D.A.S.E.A, Dalloz, 1979, J., p.249, note P. Amselek et J.Waline,et , TC, 6 novembre 1978, Bernardi, Rec., p.652

Le droit du service public n'est-il pas lui-même tributaire des caprices présidant à la distribution des rôles sociaux sur ces deux scènes juridiques ? Mais lorsque, de façon beaucoup plus générale, il est question dans le débat social de « crise du service public », ce ne sont plus les incertitudes de la notion juridique qui constituent la matière première des discours en compétition. Les discussions se saisissent de l'institution elle-même : elles visent une forme particulière d'organisation des échanges sociaux – le fameux service public à la française – dont la compatibilité avec les principes et les valeurs promus par droit de l'Europe communautaire puis de l'Union européenne va apparaître des plus problématiques¹⁸. Un Rapport public produit en 1995 par la Section du rapport et des études du conseil d'Etat, écrit sur un ton d'une rare gravité, fait prendre la mesure de ce conflit entre deux rationalités juridiques¹⁹. Revenir sur cette affaire me conduirait hors des limites de mon sujet. Son évocation n'est pourtant pas fortuite : elle s'inscrit dans une tentative plus vaste de recomposition de la notion de service public, dans une configuration nouvelle, celle créée par la globalisation et la montée en puissance du droit de l'Europe.

Service public et stabilisation du droit administratif ?

Sommes-nous vraiment entrés dans une troisième période de l'histoire juridique des rapports service public/droit administratif ? Il faudrait faire preuve de beaucoup d'audace pour donner une réponse catégorique à cette question. Une série d'arrêts rendus par le conseil d'Etat à partir de 2007 invite toutefois à risquer cette hypothèse²⁰. Cette démarche ne peut être entreprise qu'avec beaucoup de prudence, sur le mode de la *suggestion*. D'autant que, si la jurisprudence concernée a beaucoup stimulé la doctrine, celle-ci ne lui a accordé au total qu'un accueil plutôt réservé ! Cette réception mitigée du changement qu'opère alors le juge administratif dans ses méthodes d'identification du service public n'a rien d'étonnant : la doctrine est en attente d'une définition du service public capable de mettre fin aux aléas juridiques résultant de son absence. Ce que le juge accomplit de réellement nouveau à partir de 2007 – ce par quoi se trouve réactivée la réflexion doctrinale – n'est pas

¹⁸ C'est l'objet d'une littérature considérable qu'il est impossible de convoquer ici. V. pour illustration, B. Stirn, La conception française du service public, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, juin 1993, p.299 et s. ; J. Chevallier, La réforme de l'Etat et la conception française du service public, RFAP, n°77/1996, p.189 et s. ; F. Moderne, Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen, in Mélanges Jean Mas, Economica, 1996, p.239-252 ; Y. Gaudemet, Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès, in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, Paris, 2002, p.473-485.

¹⁹ V. Rapport public du Conseil d'Etat, 1994, Considérations générales : Service public, services publics : déclin ou renouveau, Etudes et documents du CE, n°46/1995

²⁰ V. en particulier, CE, Section, 22 février 2007, Association du personnel des établissements pour inadaptés, AJDA, 2007, p.793 et s., chronique Lenica et Boucher, et, RFDA, 2007, p.804-810, note C. Boiteau ; CE, Section, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, conclusions Seners, RFDA, 2007, p.1020-1025 Droit administratif, juin 2007, note M. Bazex et Blazy, p.36-37, et, RFDA 2007, p.821 et s., note J-C. Douence ; CE, 5 octobre 2007, Société UGC-Ciné Cité, AJDA, 2007, p.2260, note J-D. Dreyfus. Sur l'ensemble de ce courant jurisprudentiel, v. L. Janicot, L'identification du service public géré par une personne privée, RFDA, 2008, p.67-79

la réponse définitive attendue aux problèmes de cohérence du droit administratif. «La question demeure de savoir, a-t-on pu écrire, si le service public n'échappe pas, en dépit des efforts de systématisation du conseil d'Etat, à toute définition précise»²¹. On évitera donc, pour cette raison, de surestimer le cours nouveau donné à la jurisprudence par le conseil d'Etat à partir de 2007 : rien ici ne procède d'un quelconque bouleversement des données juridiques traditionnellement mobilisées par la juridiction administrative.

Mais ce constat ne saurait justifier la banalisation (et encore moins la dévalorisation) du travail méthodique qu'accomplit le juge, tout spécialement à compter de sa décision de Section en date du 22 février 2007, pour reconnaître un service public, lorsque l'activité à qualifier est prise en charge par une personne privée. Encore faut-il s'entendre sur ce qu'il en est du *changement*, lorsqu'il implique une matière aussi codifiée que la jurisprudence. Il n'est guère concevable de le réduire à la figure exceptionnelle et extrême qu'en donne le *revirement* jurisprudentiel. Il est d'autres manières pour le juge de faire réellement «bouger» ses catégories de jugement, lorsqu'il entend non pas contredire son discours antérieur – hypothèse du revirement – mais le faire évoluer, pour mieux l'accorder à l'état présent des modes de pensée et des pratiques administratives.

Sur le sujet qui nous retient tout au long de ces lignes, il y a bien eu, ces dernières années, de la part de la juridiction administrative, une volonté clairement assumée de réinvestir la vieille question du service public. Il s'agit bien pour elle d'en repenser les bases juridiques pour exposer les éléments d'une définition *contemporaine*. A défaut de produire expressément cette définition, la jurisprudence nouvelle vaut pour le moins clarification et stabilisation d'une notion, le service public, éprouvée par une longue période de turbulences et de menaces. Nous disposons, à partir de 2007, d'une série d'arrêts où le juge décrit avec un soin particulier, et sans que rien ne l'y oblige (des commentateurs particulièrement autorisés puisqu'appartenant eux-mêmes au conseil d'Etat ont parlé de «pédagogie superfétatoire»²² la démarche intellectuelle qui est désormais la sienne, lorsqu'il lui faut se prononcer sur la nature éventuelle de service public d'une activité assurée par une personne privée, et non qualifiée juridiquement. Il construit ainsi un outil intellectuel, une notion, qui lui donne les moyens de procéder, en cas d'incertitude, à une qualification résultant d'une *méthode* éprouvée. Il entend ainsi soustraire sa jurisprudence aux critiques habituelles qu'encourt une démarche que l'on dit facilement aléatoire, sinon arbitraire.

Si cette méthode gagne à être distinguée, c'est pour deux raisons majeures : a) elle vise à garder intacte la *centralité* juridique d'une notion vivement décriée par la doxa libérale et sérieusement ébranlée du fait d'une confrontation difficile avec le droit communautaire ; b) elle intègre les évolutions qui depuis une quarantaine d'années ont marqué aussi bien les systèmes de pensée que l'organisation des rapports sociaux. Le partage entre les sphères publique et privée n'est plus ce

²¹ V. l'étude précitée de L. Janicot, p.78

²² V. la chronique Lenica et Boucher, précitée, p.796

qu'il était, ni dans l'ordre des choses, ni dans celui des idées, et la démarche du conseil d'Etat réfléchit cette nouvelle donne. Il est donc permis d'avancer la thèse suivante : la jurisprudence issue des décisions rendues à partir de l'année 2007 vaut *modélisation* – que cette forme puisse être jugée inaboutie ou inachevée est encore un autre problème – de la nouvelle économie du service public dans la France des années 2000, c'est à dire d'un pays dont l'expérience juridique est désormais volontairement dépendante de la force des idées libérales auxquelles le droit de l'Europe assure une portée normative. De cette configuration nouvelle, notre jurisprudence tire une double leçon, transformant en certitudes ce qui n'existait jusqu'alors qu'à l'état d'éventualités. D'abord, elle porte cette idée que l'on a raison de dire peu banale, qu'un service public peut parfaitement provenir d'une initiative privée²³. S'ajoute à cette reconnaissance explicite, la possible rupture des liens – affirmée ici sans l'ombre d'un doute - traditionnellement voulus entre le service public et les prérogatives de puissance publique. On se doit d'insister sur le caractère parfaitement logique d'un tel cheminement intellectuel : la relativisation de la notion de prérogatives de puissance publique appliquée à la qualification de service public est un effet induit de la prévalence du droit de l'Europe. En donnant du service public une lecture fondamentalement économique, en l'inscrivant – sauf exception – dans la logique de la concurrence, au même titre que les autres opérateurs économiques, il est conduit à n'admettre l'usage de prérogatives de puissance publique que dans la seule mesure où leur défaut condamnerait l'entreprise en charge du service public à manquer à ses obligations d'intérêt général. La vieille liaison organique construite par le droit français entre service public et puissance publique n'a plus guère de sens là où le système juridique lui-même fait du marché l'instance *normale* de régulation des échanges économiques : ici l'intérêt général est réputé satisfait par le seul jeu du marché, sans qu'il soit besoin d'en venir à des procédés juridiques exorbitants du droit commun.

S'il est parfaitement juste d'affirmer que les décisions dont il vient d'être ici question ne révolutionnent pas la matière, elles en clarifient l'organisation interne en même temps qu'elles la stabilisent. Et ce n'est pas leur moindre intérêt : elles laissent espérer la fin d'une jurisprudence aussi floue qu'hésitante²⁴. Pour le dire autrement, elles tendent à faire voir dans le service public, moins un *label* attribué sur le mode subjectif, qu'une *notion* dont l'application dépend de la mise en œuvre de critères préalablement définis.

Considéré dans l'épaisseur du temps long, le droit du service public présente donc, par delà les mouvements qui l'ont affecté, perturbé sinon menacé, une forte résistance structurelle. On a même pu dire²⁵, au regard des derniers développements marquants de la jurisprudence, que celle-ci retrouvait finalement les marques duigistes du service public. Tel est le constat qui s'impose lorsque l'on s'interroge sur la place qui revient à notre notion dans la détermination des contours du droit

²³ V. J-C. Douence, op. cit., RFDA, 2007, p.821

²⁴ V. en ce sens la chronique de jurisprudence déjà citée de l'AJDA, 2007, p.794 et 795

²⁵ C'est le cas de C. Boiteau, analyse précitée

administratif lui-même. Cette résilience du service public, ou plus justement de sa notion, son aptitude à perdurer dans ses fonctions, n'est probablement pas étrangère à ses capacités d'évolution, en fonction du contexte dans lequel il agit. Après avoir suivi le service public dans la *continuité* de son histoire, il nous faut maintenant le saisir dans son *actualité* : son identité juridique s'y voit soumise à d'importantes variations.

LES TRANSFORMATIONS EN COURS DU DROIT DU SERVICE DU PUBLIC

S'il s'est agi dans les développements précédents de regarder le droit du service public à la manière d'une archive où notre droit administratif serait en dépôt, c'est à un autre mode d'observation qu'il faut passer maintenant, en considérant notre objet, le service public du droit, comme une sorte d'*écran* où viennent se réfléchir les grandes évolutions du temps présent. Disons-le tout de suite, il n'y a aucune *théorie* du changement dans les remarques à venir. Le propos se veut descriptif plus que théorique. Il vise à répondre à une question naïve : aujourd'hui, le droit applicable au service public connaît, au delà des techniques qui lui sont propres, jusque dans les idées et les valeurs qui le constituent, de profondes transformations : d'où viennent-elles ? A cette question, il n'existe certainement aucune réponse obligée. Celles qui sont esquissées ici ne sont que de simples propositions parmi d'autres. Mon choix s'est porté sur trois facteurs de changement : la systématisation de l'économie concurrentielle de marché, la montée en puissance des territoires, et, parce que le service public ne saurait être soustrait à la dynamique de l'espace public : les débats de société autour de la question de la laïcité. Ces trois phénomènes sont, a priori, sans rapports entre eux mais, chacun à sa manière, ils déplacent d'anciens équilibres juridiques dont dépendait la conception française du service public.

Service public et économie concurrentielle de marché²⁶

C'est une réalité – fait institutionnel en même temps que donnée juridique – peu contestable : le service public a résisté aux secousses qu'a provoquées son ouverture au droit de la concurrence, qu'il s'agisse de son expression nationale ou de sa dimension européenne²⁷. Mais, ainsi énoncé, ce constat a quelque chose de trompeur. Il incite à croire que le droit du service public serait ainsi resté dans la *continuité* de sa propre histoire. Or, il n'en est rien. On peut affirmer, même si c'est au prix d'une certaine simplification, qu'il y a eu le service public d'avant les

²⁶ A bien des égards, ce sujet se présente comme une variation parmi d'autres sur un thème plus général : personnes publiques et concurrence. Je prends la liberté de renvoyer à une récente contribution sur cette question (J. Caillousse, Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ?, AJDA, 2016, p.761-768)

²⁷ V. J. Fournier, Réflexions générales sur le service public en France et en Europe, revue «Après-demain», juin-août 1996, p.10-16

développements du droit de la concurrence, et qu'il y a le service public d'après sa banalisation. Cette transformation ne s'est pas faite en un jour. Elle n'a pas pris la forme d'un évènement inaugural, mais d'une construction tâtonnante, à travers discussions et contestations impliquant institutions européennes et étatiques, aussi bien que la société civile à travers ses représentants politiques et syndicaux.

Ce processus est suffisamment documenté pour que l'on puisse en faire la reconstitution. Mais cette tâche n'est pas envisageable dans les limites de mon propos. Il reste possible de prendre la mesure du changement accompli en utilisant pour pièces à conviction principales les analyses produites par le Conseil d'Etat, tant dans son activité proprement doctrinale que dans ses fonctions de juge de la juridicité de l'action publique. La raison de ce choix est on ne peut plus évidente : le «discours» du Conseil d'Etat est par excellence, en France, le révélateur de l'état du droit administratif. Et sans doute l'est-il un plus encore quand il a le service public pour objet ! Voici, parmi bien d'autres, trois repères qui sont autant de signes de la mutation intellectuelle qu'a connue la notion de service public - ainsi que toute la matière juridique qu'elle «irrigue», dans le cours de la période 1980-2000.

a) Le premier repère se situe en mai 1980, au moment où se tenait à Rouen un grand colloque international intitulé *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*. Les organisateurs de cette manifestation avaient sollicité le Conseil d'Etat pour qu'y soit présentée *L'approche juridique* du service public. En raison de l'indisponibilité du vice-président d'alors de l'Institution, M. Chavanon, c'est à M. Combarous, futur président de la Section du contentieux, que revint cette tâche. Dans un exposé très élaboré mais aussi fort critique sur l'évolution du droit du service public, l'auteur proposa de ce dernier, en prenant appui sur la jurisprudence administrative, 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»²⁸. Un juriste français reconnaîtra sans peine derrière ces mots une approche éprouvée du service public, telle qu'elle avait été théorisée par L. Duguit, au début du XX^e siècle. On y retrouve sans détour cette affirmation fondamentale qu'avec le service public, on en vient - c'est à dire l'Etat en vient - et c'était là, bien entendu, l'expression d'un véritable choix de société - à penser et à placer certaines activités à l'écart de l'initiative privée et des lois du marché. Nous étions alors en 1980, et c'était l'état du droit qui prévalait lorsque, via la jurisprudence de la CJCE, la construction juridique d'une économie européenne de marché allait sérieusement se mettre en place. Il y avait là manifestement, face à face, deux rationalités juridiques dont la conciliation n'avait rien d'évident²⁹.

²⁸ V. M. Combarous, *L'approche juridique*, in *Le service public industriel et commercial dans la société française aujourd'hui*, Actes du colloque de Rouen, 21-23 mai 1980, supplément aux «Dossiers et Documents du Monde», octobre 1980, p.10-13

²⁹ En ce sens, v. L. Dubouis, *Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ?*, in *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, Paris, 1999, p.443-452

b) Telle est la signification du second repère. Il date de cette année 1995 qui voit le Conseil d'Etat publier un fameux Rapport public sous le titre *Service public, services publics : déclin ou renouveau*³⁰. Ce document est essentiel. Ses auteurs y développent une longue réflexion, très solidement étayée, en défense du «service public à la française». Cette défense n'a rien d'inconditionnel, bien au contraire. Elle se prête même à la définition d'un programme complet de réforme. Mais ce dernier n'est proposé qu'après une dénonciation très vive des présuppositions néolibérales dont le droit communautaire serait le dépositaire et le véhicule. Le Rapport se présente ainsi comme une sorte de texte-manifeste : le Conseil d'Etat y expose les craintes d'une Institution qui voit dans l'Europe à venir une menace pour la notion même de service public. On en retiendra, parmi bien d'autres illustrations de cette thèse, les quelques éléments d'analyse suivants. Ainsi, ces remarques de la p.17, «Plus s'affirme l'évidence que le droit français, comme les droits nationaux des autres pays membres de l'Union, est désormais voué à s'élaborer, dans une très large proportion, sous influence communautaire, et à être appliqué dans les mêmes conditions, plus il est clair que l'avenir de la notion de service public est menacé». Un peu plus loin, p.38, le Conseil d'Etat dévoile les raisons de ses craintes : «L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public, et l'existence de services publics, ayant tendance à n'identifier aucune zone intermédiaire entre les services régaliens ou sociaux (...) et les entreprises privées». Il arrive que dans la suite du texte le propos monte encore en généralité. C'est le cas avec cette remarque de la page 47 : «Si elles n'instruisent pas le procès du ou des services publics, les institutions communautaires manifestent en revanche, et ce en dépit du principe de neutralité quant au régime de propriété énoncé par l'article 222 du traité de Rome, une incontestable suspicion à l'égard des structures sous statut public». Difficile d'imaginer qu'un tel conflit de rationalités puisse s'installer dans la durée, sauf à ce qu'il dégénère en crise de nature politique ! Si on a pu prévenir le coût d'une telle crise, c'est en raison de mouvements juridiques symétriques : ils ont permis le rapprochement entre la conception française du service public et les exigences que le droit communautaire tire de son modèle d'économie concurrentielle de marché³¹. Regardons, côté français, comment la situation juridique s'est transformée.

c) La réponse est donnée par une série de décisions du conseil d'Etat rendues en novembre 1997 et éclairées par les conclusions du commissaire du gouvernement J-H. Stahl³². Ce matériau juridique nous offre un troisième repère. Pourquoi considérer cette jurisprudence comme *édifiante* ? Pourquoi en faire un repère dans l'évolution contemporaine du droit du service public ? Avec elle – c'est du moins

³⁰ Rapport précité

³¹ Ce thème est au centre d'une énorme littérature. V. notamment, R. Kovar, Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée, Revue trimestrielle de droit européen, avril-juin 1996, et, juillet-septembre 1996 ; P. Cassia, Service public français et droit communautaire, Les Petites Affiches, 4 juillet 2002, p.4-23

³² V. notamment trois décisions du CE, Section, 3 novembre 1997, Société Yonne Funéraire, Société Million et Marais, et, Société Intermarbres, conclusions J-H. Stahl, RFDA, 1997, p.1228 et s. V. encore CE, 26 mars 1999, Société EDA, conclusions J-H. Stahl, AJDA, 1999, p.427 et s.

la thèse que je crois logique de soutenir – le conseil d'Etat prend congé du mode de raisonnement qu'exposait M. Combarrous en 1980, en en faisant même la marque de la jurisprudence administrative française. Les arrêts de novembre 1997, par delà leur apparente banalité, sont porteurs d'une vraie «charge théorique». Ils rendent manifeste le choix que fait alors le juge de regarder différemment le service public. A leur manière, plutôt discrète, ils accomplissent un véritable revirement de jurisprudence : pour écrire ses arrêts, il a fallu au Conseil d'Etat adopter, au sens propre de l'expression, un nouveau *point de vue*. En même temps qu'il procède à son propre déplacement, le juge opère un autre «déplacement» : celui du droit administratif. La mutation s'accomplit par la modification d'une ancienne ligne de partage symbolique – celle que supposaient les propos de M. Combarrous - entre le monde de l'administration et celui de l'entreprise. En décidant de faire application du droit de la concurrence à des décisions publiques - en l'occurrence la décision d'attribution de concessions de service public – dont la légalité était jusqu'alors appréciée dans l'ignorance de leurs implications économiques, le juge accepte de considérer les personnes publiques *comme* des entreprises agissant sur un marché. Aussi bien pourra-t-il alors apprécier la validité de leurs décisions à partir de considérations économiques devenues normes juridiques. En cela la Haute Juridiction administrative reprend à son compte la démonstration de son commissaire du gouvernement : «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 de son environnement concurrentiel. Le débat est d'ores et 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 conception traditionnelle du service public, centrée sur l'usager, celle des rapports avec l'environnement économique et le droit de la concurrence. . Dans notre esprit une telle évolution ne revient pas à perdre de vue que l'intérêt premier demeure celui du public (...) Mais elle augure un débat et un contrôle juridictionnel renouvelé sur les modalités d'organisation du service public, conciliant ou arbitrant entre l'intérêt des usagers et les intérêts des opérateurs économiques».

En cette affaire, ces quelques phrases me semblent avoir dit l'essentiel. Le commissaire du gouvernement ne faisait-il pas valoir à l'adresse de la Section du contentieux : «Si vous acceptez d'entrer dans notre logique, vous devrez découvrir les voies d'une prise en compte du droit de la concurrence dans le droit des services publics *et plus généralement dans le droit administratif français*»³³ ? L'attente qu'il exprimait ainsi n'a pas été déçue. Dès son Rapport public de 2002³⁴, le conseil d'Etat pouvait écrire, loin de son autre Rapport, celui de 1995 : «Ainsi, aujourd'hui, il est possible d'affirmer que l'ensemble des actes administratifs de la puissance publique sont susceptibles d'examen au regard du droit de la concurrence». Bref, une autre histoire du droit administratif commence...

³³ C'est moi, J. Caillosse, qui souligne

³⁴ V. Rapport public du Conseil d'Etat 2002, Considérations générales : collectivités publiques et concurrence, EDCE, n°53/2002

Service public et territorialisation de l'action publique³⁵

La description du processus de transformation que connaît le droit français du service public depuis une quarantaine d'années ne peut en ignorer la composante territoriale. Relevons ainsi, sans plus attendre, que tel qu'il résulte désormais d'une révision en date du 28 mars 2003³⁶, le texte de la Constitution proclame que l'organisation de la République est *décentralisée*. Cette consécration constitutionnelle, récente, de la décentralisation administrative ne peut être sans incidence sur le système juridique des services publics. Se trouve ainsi posé que le législateur n'est pas habilité à confier au seul Etat central un monopole de création des services publics sur l'ensemble du territoire national. La disposition constitutionnelle signifie en effet que ce pouvoir de création appartient *aussi* aux collectivités territoriales. «Aussi», car les marges de manœuvre ouvertes au bénéfice des autorités décentralisées par la Constitution ne vident pas d'un seul coup, loin s'en faut, le pouvoir qu'a l'Etat de décider, autant que de besoin, de l'institution de services publics visant à la satisfaction des besoins locaux. Mais ce même Etat ne peut agir que dans les limites d'une *libre administration* des collectivités territoriales, confortée – c'est à dire élargie et approfondie – par les politiques de décentralisation et leur expression constitutionnelle.

Cette nouvelle donne, pour importante qu'elle soit, est loin de répondre à la question de savoir en quoi consiste ici le *changement juridique*. L'histoire française ne démontre-t-elle pas que les relations entre service public et territoire(s) n'ont pas attendu la récente réécriture du texte constitutionnel pour exister pleinement, c'est à dire en fait comme en droit ? Il existe en France, surtout depuis les débuts du XX^e siècle, une forte tradition de prise en charge par les collectivités locales de services de proximité susceptibles de prendre la forme de véritables activités économiques. C'est ce dont porte témoignage tout un courant de jurisprudence que l'on connaît sous la désignation parlante de jurisprudence du «socialisme municipal». Ce phénomène peut laisser croire qu'au fond, dans le rapport service public/territoire(s), rien n'aurait véritablement changé. Ce serait ignorer que sous la apparence d'une banale continuité, il y a place pour des transformations réelles.

On ne prétend pas ici que les politiques dites de modernisation du service public trouveraient une explication unique dans la dialectique territorialisation/déterritorialisation dont la réforme de l'action publique est elle-même tributaire. Posons plutôt cette hypothèse qu'elles prennent elles aussi des appuis sérieux sur des territoires en plein réagencement administratif et qui se «projetent» d'ailleurs eux-mêmes sur le service public. Il faut avouer qu'il y a là une équation d'une assez grande complexité. La mise en rapport des services publics avec le(s) territoire(s) n'est pas une opération dont on vient à bout par une lecture au premier degré.

³⁵ On trouvera un examen plus élaboré de la question dans J. Caillosse, Du service public dans ses rapports avec le(s) territoire(s), in *Mélanges en l'honneur de M. Long*, op. cit., p.89-109

³⁶ V. la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JO du 29 mars 2003, p.5568. Pour une présentation des principaux apports juridiques de ce texte, v. Y. Gaudemet et O. Gohin (dir.), *La République décentralisée*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2004

Elle est indissociable des grandes mutations que subissent formes et activités administratives. Elle s'inscrit donc dans la dynamique institutionnelle qui est imaginée pour servir un projet global de *rentabilisation* des territoires d'action publique³⁷. Tout l'espace matériel que structure l'administration est en effet travaillé par l'ouverture au marché, telle qu'elle résulte du programme européen et, plus largement encore, de la globalisation. Voilà dans quelle configuration mouvante doivent être replacées les relations qui s'établissent désormais entre territoires et services publics³⁸.

Le rappel de ces quelques éléments de problématique générale n'a pas d'autre fonction : il vise à donner sens à l'affirmation initiale relative à la forte composante territoriale des actions de modernisation du service public. Quelles données juridiques et factuelles la politique administrative contemporaine livre-t-elle à l'appui de cette assertion ? Regardons par exemple du côté de cette expérience appelée «révision générale des politiques publiques» (RGPP)³⁹. Elle se traduit tout de suite par une importante réforme des services *déconcentrés* de l'Etat. Il s'agit tout à la fois d'en réduire le coût de fonctionnement et d'en améliorer l'efficacité sociale⁴⁰. De la même manière, la loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, loi dite de *décentralisation* celle-là, est redoublée par un discours de légitimation prenant pour cible une population d'élus tenue pour responsable de l'aggravation des coûts de l'action publique locale⁴¹. Les tout derniers textes, qu'il s'agisse de la loi du 27 janvier 2014 dite de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles⁴², ou de la loi de 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République⁴³, poursuivent cette orientation : la redistribution territoriale en cours des services publics locaux obéit à une volonté réaffirmée de faire pénétrer la logique du *rendement* dans la structuration des espaces administratifs. Il faut dire qu'à l'exception du cadre régional dont le découpage a pu être conçu à partir de préoccupations économiques, les entités infra-étatiques françaises porteuses de l'idée de décentralisation n'ont jamais été pensées pour répondre aux exigences d'une économie concurrentielle de marché, organisée à l'échelle de l'Europe ! Mais il n'est pas si simple d'en finir avec la vieille topographie. C'est qu'elle continue de servir d'assise matérielle à l'ensemble des services publics de proximité, qu'ils relèvent du centre étatique, dans le cadre de la déconcentration, ou de la périphérie dans celui de la décentralisation. C'est

³⁷ A propos de cette dernière notion, v. J.-M. Offner, *Les territoires de l'action publique locale. Fausses pertinences et jeux d'écart*, Revue française de science politique, février 2006, p.27-47

³⁸ V. H. Groud (dir.), *Mutations du service public et territoires*, L'Harmattan, Paris, 2000

³⁹ V. sur ce sujet le n°136/2010 de la Revue française d'administration publique

⁴⁰ v. M.-J. Tulard, *Les services déconcentrés : le besoin d'un Etat territorial plus cohérent et plus efficace*, in *La réforme de l'Etat*, Les Cahiers français, n°346/2008, p.54-58

⁴¹ V. G. Gilbert, *Décentralisation et RGPP : la décentralisation et la contrainte financière*, dans *Les collectivités territoriales, trente ans de décentralisation*, Les Cahiers français, n°362/2011, p.54-58

⁴² V. le «dossier» consacré à ce texte (loi n°3014-58 du 27 janvier 2014) par la RFDA n°3/2014, avec les articles de M. Verpeaux, B. Faure, L. Janicot et M. Degoffe

⁴³ La loi n°2015-991 du 7 août 2015 est amplement commentée dans la RFDA, n°3 et 4 de 2016

bien pourquoi, depuis les grandes lois décentralisatrices du début des années 80, tous les textes qui leur font suite prétendent parvenir au découpage optimal d'un territoire qui serait enfin restructuré pour servir mieux et au moindre coût les usagers des services publics⁴⁴. Ces textes peuvent se lire comme autant de variations sur un thème majeur : celui d'une double distribution des rôles et des compétences : entre administrations centrales d'Etat et administrations de collectivités territoriales d'une part, entre ces dernières d'autre part.

La nouvelle donne juridique, celle qui compose un nouveau droit de la décentralisation, ouvre le champ des possibles au bénéfice d'entités locales dont la capacité d'initiative se trouve *juridiquement* libérée. Les conditions se prêtent ainsi à un éventuel élargissement de la *notion* de service public local, enrichi par le pouvoir des élus. Le juriste ne manquera d'observer que le changement opéré dans l'agencement des rapports institutionnels territoire/services publics en implique un autre : un changement dans le traitement juridique des services publics. C'est là une tout autre affaire : en se faisant «local», le service public acquiert une singularité juridique certaine⁴⁵.

Service public et neutralité (religieuse)

J'aborde délibérément, pour clore cet exercice, un tout autre registre de l'évolution du droit du service public. Il va être à présent question de sa sensibilité à l'expression des croyances et convictions religieuses. Le sujet est, on le sait, fortement disputé : avec lui, se pose en effet le problème de ce que peut/doit être le fonctionnement des services publics dans une société qui s'affirme démocratique et pluraliste et garantit la liberté de conscience de chacun de ses membres. Allons tout de suite à l'essentiel : ce thème fait l'objet depuis une vingtaine d'années de discussions exacerbées par la crainte de l'intégrisme et du radicalisme musulmans.

La problématique de la neutralité du service public ne se réduit pas, j'en conviens, à ce que je vais ici en retenir, à partir du seul exemple français, en l'indexant sur l'expression des croyances et convictions religieuses. Mais il n'y a rien d'innocent dans le choix de ce prisme de lecture : il met en situation d'observer comment l'évolution des conceptions et des pratiques de la laïcité transforme l'expression juridique de la neutralité. Peut-être me fera-t-on valoir que cette question n'a rien de nouveau et qu'elle a toujours été plus ou moins conflictuelle. C'est d'ailleurs dans la recherche des modes de traitement de ces conflits que se vérifie la fonction régulatrice du droit. On pourrait par exemple, pour illustrer cette idée, revenir sur la période d'élaboration de la fameuse loi du 9 décembre 1905 qui, en France, reste le socle du régime juridique de la laïcité. Cette époque fut particulièrement riche en

⁴⁴ Tel est le mythe de l'«optimum dimensionnel» réactivé à chaque grande réforme de l'administration territoriale. V. Y. Mény, L'optimum dimensionnel : rêve technocratique ou absurdité politique ?, Pouvoirs locaux, n°42/1999, p.119-125

⁴⁵ V. J.-C. Douence, Les incidences du caractère national ou local du service public, AJDA, juin 1997, n° spécial Le service public, p.113-122

oppositions entre l'Etat et l'Eglise catholique, notamment à propos de l'école et de l'enseignement. Depuis, la conflictualité s'est déplacée, impliquant principalement cette autre communauté et institution religieuse qu'est l'Islam. Ce sont surtout les conditions d'exercice et le mode d'affirmation publique du culte musulman qui ont réactivé les controverses sur la laïcité en général et la neutralité dans le service public en particulier. Le sujet n'a certes rien de spécifiquement juridique, mais il laisse des empreintes bien visibles dans l'univers du droit. Il faut dire qu'à lui seul il suscite un très abondant travail normatif, impliquant tous les acteurs de la juridicité : le constituant, le législateur mais aussi le juge, car nous sommes ici face à une matière hautement contentieuse⁴⁶.

L'intervention grandissante d'un nouvel acteur dans le champ offert à la libre confrontation des opinions et des croyances – ce qu'on a pris l'habitude d'appeler après J. Habermas l'*espace public* – est en train de bouleverser l'équilibre sur lequel reposait la représentation d'une République «apaisée». Obtenu au prix de mouvements incessants, cet équilibre supposait la reconnaissance de trois «sphères» – désignons les ainsi, par commodité et faute de mieux - qui recevait chacune sinon un statut du moins une expression juridique singulière. Cette topographie fait ainsi place à la *sphère privée*. C'est celle dont chacun peut se prévaloir pour y construire, en toute liberté, son intimité. Chacun peut adhérer ici aux croyances de son choix et élaborer un point de vue personnel. On pourrait encore pour désigner ce «lieu» parler de *for intérieur*. Le droit politique fait encore - on s'en doute, puisque telle est sa fonction – toute sa place à la *sphère publique*, qui est celle de l'Etat dans son acception large. Le principe de neutralité est sa règle. Il vaut évidemment pour tous les services publics et tous ceux qui en sont les agents. Appliqué dans l'ordre des religions, il prend une identité juridique d'autant plus forte que notre Constitution fait de la laïcité l'une des caractéristiques de la République. Cette laïcité signifie en effet, pour le moins, que les autorités publiques se comportent et agissent en garantes de la libre expression des opinions et des croyances⁴⁷. C'est entre ces deux sphères qu'est apparue dans le cours du XVIII^e siècle et que s'est ensuite imposée une troisième sphère : cet *espace public* dont J. Habermas a produit la théorie. Il n'est ni une expression de la sphère publique, ni une quelconque addition des espaces privés, mais un territoire à part entière, une construction pleinement autonome. Cet espace intermédiaire dédié aux échanges, à la confrontation des points de vue, comme à la parole critique, ne saurait être l'affaire de l'Etat. Ce n'est pas qu'il l'ignore, mais s'il doit y intervenir c'est en sa qualité de gardien et de garant de l'ordre public. Il lui

⁴⁶ Ce que montrent, s'il en était besoin, les derniers développements du dossier, en liaison avec ce qu'il est désormais convenu d'appeler «l'affaire du burkini». Intervenue alors que la question suscitait dans la presse de vives controverses, la décision rendue le 26 août 2016 par le Conseil d'Etat, et qui suspend l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet interdisant le port du «burkini» sur la plage, n'a pas manqué de devenir à son tour objet de débat. V. notamment G. Dupont, Le Conseil d'Etat recadre les anti-burkini, *Le Monde*, 28-29 août 2016, p.6. V. encore les articles de B. Mathieu (Le Conseil d'Etat s'en est tenu à la loi) et de S. Sur (L'ordonnance du 26 août sur le burkini ne règle rien) dans *Le Monde* du 28-29 août 2016, p.26

⁴⁷ V. P. Portier, *L'Etat et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Presses universitaires de Rennes, 2016

appartient en effet de créer les conditions de possibilité d'un espace public véritable où les individus s'expriment en leur qualité de sujets libres, dotés d'un pouvoir de jugement et de critique et disposés à recevoir la critique.

Il y a là toute une *architecture symbolique* dont le droit rend compte avec ses notions et ses techniques⁴⁸. Peut-être faudrait-il mieux écrire : il y *avait* là... Avec l'irruption de nouvelles revendications religieuses, cette architecture semble aujourd'hui bien ébranlée. Cette situation résulte de deux mouvements portés par la loi.

Le premier texte concerne plus spécialement l'école, c'est à dire une composante de ce qui a été désigné plus haut comme appartenant à la sphère publique ou étatique. Il a été conçu pour répondre à des revendications qui ont alimenté en France la chronique dite du «foulard islamique». Le législateur vise l'attitude d'élèves manifestant leurs croyances religieuses par le port de différents insignes. Une loi du 15 mars 2004 entend concilier ces pratiques devenues courantes avec un principe de neutralité qui est ici indissociable de l'exigence de laïcité du service public⁴⁹. Notons que ce texte n'intervient pas subitement et isolément. Il fait suite à un avis fort médiatisé du Conseil d'Etat sur le sujet et à de nombreuses décisions des juridictions administratives⁵⁰. Pourquoi mérite-t-il une attention particulière ? Parce qu'il étend l'espace juridique de la neutralité nécessaire. Elle était hier une exigence pour l'Etat et ses agents, les personnels des services publics. Elle s'impose désormais aux usagers du service public, ici ceux de l'école, de la maternelle au lycée. On sait qu'aujourd'hui, des responsables politiques nationaux réclament l'extension du principe et souhaitent son application aux étudiants des Universités.

Le second texte invite à revenir sur la notion même d'espace public, car, c'est elle en l'occurrence que saisit la loi du 10 octobre 2010⁵¹. Cette fois le législateur fait entrer la notion d'espace public dans l'ordre du droit. Elle acquiert une identité juridique, après avoir prospéré dans le seul ordre des faits. Il a été avancé plus haut que l'espace public devait être considéré à la manière d'un territoire symbolique dans lequel l'Etat s'abstenait d'intervenir. Sans du tout le méconnaître, l'Etat se bornait à agir à sa périphérie, pour lui assurer des conditions optimales de fonctionnement. C'est avec cette attitude discrète, faite de tact et de mesure, que rompt la loi de 2010, en interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Il s'agit ainsi de ne plus tolérer le port de la «burka», non seulement dans la sphère publique, mais jusque dans l'espace public, entendu comme l'ensemble juridiquement constitué par

⁴⁸ V. O. Bui-Xuan, Espace public et libertés religieuses, in O. Bui-Xuan (dir.), Droit et espace(s) public(s), Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2012, p.123-134. V. encore, C. Chambraud, La bataille de l'espace public, Le Monde, 27 février 2016, p.7

⁴⁹ V. la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, an application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JO du 17 mars 2004, p.5190

⁵⁰ Avis rendu à l'invitation du Premier ministre par lettre de mission du 29 janvier 2010. Sur cet document, v. D. de Béchillon, Voile intégral : éloge du Conseil d'Etat en théoricien des droits fondamentaux, RFDA, 2010, p.467-471

⁵¹ V. la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO du 12 octobre 2010, p.18344

les voies publiques, les lieux affectés à un service public et plus largement encore au public, sachant que ces lieux sont indifféremment propriété de personnes publiques ou de personnes privées. Ainsi, en une dizaine d'années, nous sommes passés de la notion de neutralité du service public et de la sphère publique à une situation d'une tout autre nature : la *neutralisation de la rue*. La rue n'a jamais été il est vrai un espace de liberté totale. Elle est elle-même soumise à de multiples réglementations de police. Mais elle ne restait pas moins considérée comme un *espace commun* voué à la plus grande diversité. On voit bien qu'ici un choix politique a prévalu, qui consiste à changer les référentiels de la laïcité⁵² : l'entrée de l'espace public dans le droit fonctionne comme un possible réducteur de liberté, dès lors qu'il s'agit de la manifestation des libertés religieuses.

Conclusion générale. L'analyse des transformations incessantes du droit du service public permet de mieux comprendre ce que sont les fonctions politiques du droit applicable à l'administration et à l'action publique en général. Voilà un droit que l'on aurait tort de réduire à ses seules techniques, aussi fortes et originales soient-elles. Une chose est sûre, la technicité, la grande technicité du droit administratif ne parvient pas à faire oublier qu'il est aussi une manière de penser l'Etat, jusque dans ses rapports avec la société tout entière, autrement dit qu'il est une manière de penser le lien social lui-même⁵³. De cela, le droit du service public forme une sorte de «condensé». Ses métamorphoses nous donnent à *voir* les évolutions de l'imaginaire politique de la société dans laquelle il agit.

⁵² V. en ce sens l'article précité d'O. Bui-Xuan

⁵³ V. là-dessus, J. Caillosse, L'Etat du droit administratif, LGDJ, col. «Droit et Société», Paris, 2015

ANALYSIS OF THE DEVELOPMENT OF PUBLIC SERVICE LAW

This paper contains a brief analysis of an updated state of a classic issue: the development of French public service law. Through this topic we shall examine the changes which have influenced and have continued to influence administrative law. Not only can administrative law be brought down to public service law, but also, as experience shows, changes public services have experienced. Its concept and legal regime have had great influence on the all inclusive system of relations which the administration has with „its“ own law. Supporting this thesis, we offer a double demonstration. The first represents the necessarily brief thoughts on the position the public service has taken in the historical development of what in France is called „administrative law“. The public service has really always undertaken the very movement of that administrative law (First Part). In this story we can differentiate among three big phases, (very unequal importance). After the public service decisively contributed to the building of administrative law as a separate legal field, i.e. out of the area of general law (1.-A), it experienced a long turbulent period which matches what the doctrine mainly calls the „crisis“ of administrative law (1.-B). However, in recent times, we have perhaps borne witness to a certain stabilisation of the public service and the law on public activity. (1.-3). After presenting the changes in the public service in the long history of administration, we will dedicate ourselves to confronting the metamorphosis of the French concept of current public services (Second Part). The legal identity of the French concept of public services is experiencing significant metamorphoses under the particular influence of three great appearances: firstly, meeting between public services law and market competition law (2.-A), secondly, onset of new interaction between the public service/public services and territories (2.-B) and lastly, excluding public service law in contemporary discussion on secularity (2.-C).

Key words: *France, public law, administrative law, public service law*