UNIVERSITÉ DU HAVRE

FACULTÉ DES AFFAIRES INTERNATIONALES

ÉCOLE DOCTORALE DROIT-NORMANDIE

LIBÉRALISME ET SERVICE PUBLIC

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'Université du Havre
Discipline : droit public
Présentée et soutenue publiquement à l'Université du Havre le 18 novembre 2015

par
Antoine SIFFERT

Thèse dirigée par :
Monsieur Gilles LEBRETON
Professeur à l'Université du Havre
et
Monsieur Fabien BOTTINI
Maître de conférences HDR à l'Université du Havre

Composition du jury :

Monsieur Fabien BOTTINI
Maître de conférences HDR à l'Université du Havre
Monsieur Nicolas CHIFFLOT (rapporteur)
Professeur à l'Université de Limoges
Monsieur Jean GICQUEL
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris I
Monsieur Mickaël KARPENSCHIF (rapporteur)
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III
Monsieur Gilles LEBRETON
Professeur à l'Université du Havre
Monsieur Guy QUINTANE
Professeur à l'Université de Rouen

A mes parents,

à Monsieur Noël Diricq,

et à ma minuscule Amandine

L'Université du Havre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je remercie sincèrement mes directeurs de thèse, Monsieur le professeur Gilles Lebreton et Monsieur Fabien Bottini. Toujours présents, ils m'ont permis d'avancer. Je leur en suis très reconnaissant.

Je remercie également les membres du Lexfeim de leur soutien.

Sans la lecture vigilante et vivifiante de Juliette Lecame, la fin de cette étude aurait été, pour le moins, incertaine. Un grand merci.

Je remercie aussi tout particulièrement le service exceptionnel de la bibliothèque universitaire du Havre.

Enfin, je salue le personnel et les étudiants de l'Université du Havre avec qui il est toujours agréable de travailler.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDA	Association française de droit administratif
AJCT	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
AJFP	Actualité Juridique Fonctions Publiques
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
APD	Archives de Philosophie du Droit
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
concl.	Conclusion
CC	Conseil constitutionnel
D.	Dalloz
DA	Droit Administratif
Dr. soc.	Droit social
Éd.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCl	JurisClasseur
JCP A	La Semaine Juridique Administration
JCP G	La Semaine Juridique Général
JCP S	La Semaine Juridique Social
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
LPA	Les Petites Affiches
ndbp	note de bas de page
p.	page
pp.	pages
RA	Revue Administrative
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de Droit du Travail
Rec.	Recueil Lebon
Rec. Const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RTDCiv	Revue Trimestrielle de Droit Civil
SPA	service public administratif
SPE	service public économique
SPIC	service public industriel et commercial
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LA PUISSANCE PUBLIQUE DÉSACRALISÉE PAR LE SERVICE PUBLIC

Titre 1 – La libéralisation organique de la puissance publique par le service public

Chapitre 1. La désétatisation de la puissance publique
Chapitre 2. La consécration du juge de la puissance publique

Titre 2 – La libéralisation matérielle du droit administratif par le service public

Chapitre 1. La contractualisation du droit administratif
Chapitre 2. La responsabilisation du droit administratif

SECONDE PARTIE

LE LIBÉRALISME INSTITUÉ PAR LE SERVICE PUBLIC

Titre 1 – L'individu, finalité du service public

Chapitre 1. La puissance publique au service de l'individualisme libéral
Chapitre 2. L'autonomie de l'individu-citoyen, quête du service public

Titre 2 – Le marché, norme du service public

Chapitre 1. Le marché, limite de l'intervention publique libérale
Chapitre 2. Le marché, modèle de l'intervention publique néo-libérale

INTRODUCTION GENERALE

« *Le Libéral, lui est le contraire de l'avare : il n'est pas regardant ; il ne négligera pas sa fortune, car il en a besoin pour la mettre au service d'autrui* […] *L'évergétisme, ce sont les libéralités privées en faveur du public* […] *Si l'évergète tel que nous l'avons défini rend des services collectifs, n'usurpe-t-il pas là une fonction qui compète normalement à l'Etat ? C'est une opinion, ce n'est pas une évidence* […] *On pourrait concevoir une société où tous les services publics seraient assurés par différents organismes ou individus qui ne seraient pas plus réunis en un "appareil" que les différents métiers ne le sont dans un régime de libre entreprise* […] »[1].

1. Sous l'Antiquité, le service public et le libéralisme n'existent pas. Pourtant, l'étude sur l'évergétisme aux époques hellénistique puis romaine, menée par le professeur au Collège de France Paul Veyne, associe la première figure du « *Libéral* » aux « *services publics* »[2] des sociétés antiques.

L'assimilation fréquente du « service public » à l'Etat conduit à opposer spontanément le libéralisme au service public. Pourtant, aussitôt amorcée l'ébauche d'une définition, l'antagonisme entre ces deux termes perd de sa portée, sans que soient nécessairement réconciliés les deux vocables issus de champs sémantiques et disciplinaires distincts. Il est communément reconnu que le libéralisme se défie des pouvoirs de l'Etat[3], mais, une fois celui-ci soumis au droit[4], les libéraux accordent à la puissance publique une importance indiscutable[5]. Or, le service public entre dans le récit

---

[1] P. VEYNE, *Le pain et le cirque. Sociologie historique du pluralisme politique*, Seuil, 1976, pp. 19, 20, 24, 25.

[2] Si les services publics sous l'Antiquité sont très éloignés de la notion contemporaine de service public, objet de notre étude, la référence à l'Empire romain n'est pas impropre selon les spécialistes actuels du droit du service public : « *L'Empire romain est sans doute l'institution politique dans laquelle on constate pour la première fois une systématisation de services publics de prestation.* », G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Lextenso, Montchrestien, 3ème éd., Paris, n°26, 2011, p. 28.

[3] « *Dans l'acception la plus commune* […], *par* "libéralisme" *on entend une conception déterminée de l'Etat selon laquelle l'Etat dispose de pouvoirs et de fonctions limités, et qui comme telle s'oppose à l'Etat absolu* […] », N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Cerf, Paris, 1996, p. 11.

[4] « *Si elle* [la conception libérale de l'Etat de droit] *est encore dominée par la tendance à vouloir limiter les activités étatiques, cette conception laisse augurer la possibilité d'extension pour atteindre le but assigné à l'Etat.* », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992, p. 11.

[5] « *Enveloppe superficielle d'une réalité sur laquelle il est sans pouvoir, appareil surajouté aux formes spontanées de la vie pour discipliner leur exubérance sans attenter à leur autonomie, superstructure juridique destinée à encadrer un donné social en constante évolution, l'Etat libéral doit aux doctrines l'image d'un monde en marge duquel il est relégué comme l'impassible ordonnateur d'une cérémonie qui ne le concerne pas.* », G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, 1987, tome 6, p. 190 ; « *L'Etat – l'organisation du peuple d'un territoire sous un gouvernement unique – est assurément une condition*

du droit administratif à la fois par l'amalgame avec la puissance publique, au travers de la décision *Blanco*[6], et par la dissociation entre la puissance publique et la personne de l'Etat opérée par les arrêts *Terrier*, *Feutry* et *Thérond*[7]. La confusion entre le service public et l'Etat dont Paul Veyne relève la contingence dans *Le Pain et le Cirque*[8], alors qu'elle aurait suffi à sceller la discorde entre service public et libéralisme, est déjouée par les anciens Commissaires du gouvernement dès le tournant des XIX et XXème siècles.

2. La pensée libérale est souvent présentée comme une nébuleuse dont les caractéristiques seraient « *insaisissables* »[9]. Forgé dès le XVIIème siècle, le libéralisme est une philosophie politique formulée et revendiquée seulement à partir du milieu du XIXème siècle. Elle évolue constamment. Ses principes s'adaptent et se renouvellent au fil de l'histoire. Si l'œuvre des libéraux est marquée par la présence d'auteurs plus ou moins fondamentaux, aucun n'a une influence hégémonique sur la pensée libérale[10] : il

---

indispensable du développement d'une société évoluée […] *Dans une société libre, l'Etat est une organisation parmi les autres* […] », F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, Quadrige, 2007, p. 852 ; « *S'appuyer sur l'intérêt commun, garder pour soi la puissance publique dans toute son intégrité, rester l'organe de la volonté nationale, mais laisser les intérêts privés chercher eux-mêmes une satisfaction que l'administration la plus sage ne leur donnera jamais* […] », E. DE LABOULAYE, *L'Etat et ses limites* (1ère éd., Charpentier, 1863), Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1992, p. 100.

[6] « […] *l'Etat dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique* […] *A la vérité, le Conseil d'Etat a parfois distingué, parmi les différents services publics, ou plutôt parmi les divers actes de puissance publique* […] », DAVID, conclusions de l'arrêt TC, 8 février 1873, *Blanco*, *S*., 1873, III, p. 156.

[7] « *Si telle est la base de la compétence administrative en ce qui concerne les services publics de l'Etat, on ne voit pas pourquoi elle ne subsisterait pas pour les services publics des départements, des communes, des établissements publics qui ont au même degré le caractère administratif.* », ROMIEU, conclusions de l'arrêt CE, *Terrier*, 6 février 1903, *S*., 1903, III, p. 28 ; « *Il semble* a priori *qu'on ne puisse même pas concevoir la possibilité d'une différence entre la situation des départements ou des communes et celle de l'Etat. La puissance publique est une, le caractère de ses actes ou de ses opérations ne changent pas suivant l'importance territoriale de l'administration qui agit.* », TEISSIER, conclusions de l'arrêt TC, 29 février 1908, *Feutry contre département de l'Oise*, *Rec*., p. 212 ; « *Un premier point, et qui ne fait pas de difficulté, est que les arrêts Terrier et Thérond marquent une extension des principes formulés en 1873 pour l'Etat seul aux collectivités territoriales – l'extension aux établissements publics ne tardera pas à suivre.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Lextenso, Anthologie du droit, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 133.

[8] P. VEYNE, *op.cit.*

[9] « *Il n'est pas impossible que nous nous trouvions effectivement face à un objet en définitive tellement protéiforme qu'il en deviendrait insaisissable* […] », B. BACHOFEN, « Introduction. Le libéralisme et la question du droit », *in* B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, ENS éditions, Paris, 2008, p. 13.

[10] « *L'enchaînement des idées n'est jamais rigoureux. Dans le développement du libéralisme s'est fait sentir le souffle de doctrines si diverses par leurs origines qu'il est difficile d'être clair et impossible d'être précis. Les hommes qui participèrent à son évolution par des apports de première importance étaient étrangers, et souvent même hostiles à ses buts : Machiavel, et Calvin, Luther et Copernic, Henri VIII et Thomas More,* […] », H.J. LASKI, *Le libéralisme européen du Moyen Age à nos jours*, Emile-Paul, Paris, 1950, p. 11.

n'y a pas d'équivalent du *Capital*[11] dans la bibliothèque libérale. La physionomie de l'idée libérale est indissociable de la marche historique et singulière des sociétés modernes. Il n'existe donc pas un libéralisme mais des libéralismes[12]. La tradition libérale française, elle-même plurielle, est propre au modèle politique déployé depuis la Révolution, même si des auteurs étrangers comme Adam Smith ou Friedrich Von Hayek sont incontournables tant le rayonnement de leurs ouvrages sur la pensée et sur l'action en France est certain[13]. Il semble, en tout cas, impossible de dresser un état exhaustif du libéralisme et de cerner l'étendue de la constellation libérale. Les différents dictionnaires et anthologies du libéralisme ne traitent pas nécessairement des mêmes auteurs, ne révèlent pas les mêmes caractéristiques de la pensée libérale et, de manière générale, n'aboutissent pas à définir le libéralisme.

3. Face à cette opacité, il semble difficile de caractériser le libéralisme en tant que doctrine consistante. Néanmoins, le sens littéral du vocable « libéralisme » et son apparition tardive révèlent la signification à la fois normative[14] et négative[15] du terme. Le libéralisme renvoie à « *la dénégation de toutes les souverainetés* »[16]. Il récuse tout pouvoir sur la destinée de l'individu et sur l'autonomie de la société, ce qui l'oblige à s'en remettre au marché pour organiser la société, à l'abri de toute sujétion particulière,

---

[11] K. MARX, *Le Capital. Critique de l'économie politique*, Editions sociales, Paris, 1975.

[12] « *Il existe plusieurs versions du libéralisme, et même plusieurs traditions libérales présentant entre elles des différences sensibles : elles ont, sans doute, des points et peut-être un fondement communs, mais ce foyer d'unité n'est ni simple ni évident.* », B. MANIN, « Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs », *Interventions*, 1984, n°9, p. 10 ; S. AUDIER, « Le néolibéralisme : unité diversité, divergences », *in Problèmes économiques, Le retour du libéralisme ?* novembre 2015, première quinzaine, n°3120, La documentation française, Paris, pp. 10 à 21.

[13] Pour l'influence d'Adam Smith sur les Lumières françaises, voir E. ROTHSCHILD, *Adam Smith, Condorcet and the Enlightment*, Harward University Press, United States of America, 2002. La marquise Sophie de Condorcet, épouse de Nicolas de Condorcet, était par ailleurs la traductrice française de l'œuvre d'Adam Smith : A. SMITH, *Théorie des sentiments moraux, ou, Essai analytique sur les principes des jugements que portent naturellement les hommes, d'abord sur les actions des autres et ensuite sur leurs propres actions*, traduit de l'anglois sur la septième et dernière édition par Marie-Louise-Sophie de Grouchy Condorcet, Marquise, Paris, F. Buisson, 1798 ; « *Il a été prouvé que Sieyès a lu de très près Adam Smith* […] », E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2ème éd., Paris, 2013, n°178, p. 189, ndbp n°1.

[14] « *Le libéralisme s'est inventé dans des prises de positions face à ce que peut être et doit être la norme juridique.* », B. BACHOFEN, « Introduction. Le libéralisme et la question du droit », *op.cit.*, p. 15.

[15] « *Le courant qui se nomme aujourd'hui libéralisme s'étant progressivement constitué dans des combats et des controverses dont les enjeux sont foncièrement pratiques, plus particulièrement politiques, la liberté que défend le libéralisme doit s'entendre comme possibilité d'action définie par rapport à des cadres normatifs.* », *ibid*.

[16] « *Dans chacun de ses domaines, un même principe s'affirme : celui de l'autonomie individuelle fondé sur la dénégation de toutes les souverainetés absolues. S'il y a un tronc commun qui permet de parler du libéralisme au singulier, c'est bien celui-là.* », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1979, Paris, p. VIII.

sinon celle du droit[17]. L'idée de marché propose un modèle apolitique d'autorégulation de la société[18] car, même démocratique, le pouvoir est dangereux. La démocratie libérale est donc davantage envisagée comme un contre-pouvoir destiné à garantir l'Etat de droit. Le marché, processus exclusivement formel consacre le règne de la règle de droit[19]. Dès lors, si le libéralisme reconnait un ordre politique, il s'agit bien de l'ordre juridique. Au sein de celui-ci, la déclinaison des principes et l'identification des acquis libéraux est possible malgré le foisonnement des idées libérales. Pour donner deux exemples simples : les théories des échanges et du consentement sont nombreuses et complexes dans les écrits libéraux, mais l'acte contractuel est un instrument incontournable des systèmes juridiques promus par tous les libéraux[20]. En droit public, la séparation des pouvoirs est la « *première institution de la liberté* »[21].

4. Philosophie du pouvoir et du social fondée sur la primauté de l'individu, le libéralisme comprend une conception de la puissance publique, énonce une théorie des institutions. Il exige à la fois une certaine maîtrise du secteur public et la soumission de l'Etat au droit. En dépit de plusieurs querelles internes et intenses, le libéralisme se prononce nécessairement sur l'opportunité d'un droit de la puissance publique et notamment sur les risques de l'existence d'une juridiction administrative[22]. Peut-être davantage que le conservatisme, le socialisme et *a fortiori* le marxisme ─ dont les eschatologies accordent plus d'importance à la maîtrise des structures sociales ou des infrastructures économiques ─ , le libéralisme compte sur le droit pour que la société devienne maîtresse d'elle-même et garantisse la liberté individuelle[23]. L'étude des

[17] « *Le marché et l'Etat de droit participent en effet d'un même refus : celui d'accepter un certain mode d'institution de l'autorité sur les individus.* », P. ROSANVALLON, *op.cit.*, p. VII.
[18] « *L'affirmation du libéralisme économique traduit plus profondément l'aspiration à l'avènement d'une société civile immédiate à elle-même, autorégulée.* », *id.*, p. II.
[19] « *Marché et démocratie sont les deux lieux de réalisation des droits de l'homme, de résistance à leur négation.* », V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Paris, 2002, p. 6.
[20] « […] *l'Etat libéral s'est trouvé amené à présider à une civilisation du contrat*. », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, Paris, 1979, p. 137 ; « *Le contrat n'est pas une création du libéralisme* […] *il devient en économie libérale un élément capital puisqu'il assure les liaisons dans la durée entre tous les participants* […] Notre célèbre article 1134 du Code civil proclame que le contrat est la loi des parties. », L. BAUDIN, *A l'aube d'un nouveau libéralisme*, Génin, Paris, 1953, p. 45.
[21] « *Le dispositif le plus célèbre des institutions de la liberté est certainement la doctrine de Montesquieu de la séparation ou plutôt, distribution, des pouvoirs.* », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société*, Gallimard, Paris, 2009, p. 242.
[22] G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, 2012, n°2, p. 441 ; Y. LAIDDIE, « Les libéraux et la justice administrative au XIXème siècle : un mariage de raison ? », *RA* 2001, p. 5.
[23] « *Le libéralisme s'est inventé dans des prises de position face à ce que peut être et ce que doit être la norme juridique.* », B. BACHOFEN, « Introduction. Le libéralisme et la question du droit », *in* B.

rapports entre le libéralisme et la notion publiciste de service public requiert donc une déclinaison des principes libéraux en droit et particulièrement dans les termes du droit public. Doctrine de l'Etat limité, le libéralisme se traduit par la soumission de la puissance publique à l'Etat de droit et au respect du marché pour garantir l'autonomie de l'individu dans la société.

5. L'étude du service public présente des difficultés méthodologiques d'une ampleur sans doute moindre, mais assurément considérable[24]. De la réalité des banalités seigneuriales pour couvrir des besoins primaires[25] aux constructions des « *faiseurs de systèmes* »[26] les plus virtuelles, le service public embrasse un large spectre. On retient classiquement trois sens différents à l'expression « service public », soit qu'elle désigne un organe, un régime juridique ou une activité. Mais même dans ce dernier cas, le service public recouvre plusieurs définitions qui s'articulent sur des critères différents et fluctuent au cours du temps. Ainsi, depuis le début du XXème siècle, l'activité de service public a donné lieu à au moins trois définitions qui se cumulent[27]. Activité d'intérêt général gérée par une personne publique depuis le XIXème siècle[28], le service public est également, dès 1938, une activité d'intérêt général confiée à une personne privée, dotée de prérogatives de puissance publique et placée sous le contrôle de

---

BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, ENS Editions, Lyon, 2008, p. 15.

[24] « *Cette dimension mythique explique que la notion de service public soit aussi difficile à appréhender et à cerner : utilisée dans des champs conceptuels très diversifiés, elle est saturée de significations multiples qui se superposent, s'entrecroisent, renvoient les unes aux autres, et entre lesquelles le glissement est constant.* », J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, Que sais-je ?, 9ème éd., 2012, p. 4.

[25] « *Souvent, les seigneurs* […] *peuvent concéder en* "fief" *des tâches administratives : en contrepartie de l'accomplissement du service qu'ils demandent – service qui consiste généralement dans l'exercice de prérogatives de puissance publique* – […] » et « […] *l'édit de février 1776* […] *fonde l'expropriation sur* "la nécessité du service public" […] *Il convient donc d'analyser le régime juridique des services établis par l'administration royale* […] *ces services sont soumis à un régime juridique spécifique, qui dérivent de celui des banalités.* », J-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, n°26, 165 et 166, pp. 45 et 270 ; « *Les banalités seigneuriales.* – […] *Il s'agit en général de moulins, de fours, de pressoirs appartenant au seigneur, auxquels la population est obligée de recourir moyennant le versement d'une redevance dont le montant excède le coût du service rendu. En contrepartie de cette obligation et pour ne pas briser la vie économique source de richesse et de puissance pour le seigneur, l'installation banale doit être continuellement en état de fonctionner, tous les habitants y ont également accès. Ainsi se dessinent les traits de ce qui deviendra les lois du service public*. », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, coll. droit fondamental, Paris, n°6, 1991, p. 16.

[26] J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.*, chronique, 1951, p. 23.

[27] « *Ces trois définitions, apparues respectivement au XIXème siècle, en 1938 et en 1990, se complètent plus qu'elles ne se concurrencent.* », G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, Cours, 8ème éd., Paris, 2015, n°116, p. 128.

[28] « *Selon sa définition classique, telle qu'elle s'est forgée au cours du XIXème siècle, le service public est une activité d'intérêt général gérée par une personne publique.* », *id.*, n°90, p. 127.

l'administration[29]. Enfin, à partir de 1990, les prérogatives de puissance publique ne sont plus indispensables à la qualification de service public géré par une personne privée, à condition que celle-ci se trouve sous le contrôle renforcé de l'administration[30]. Certes, ces trois définitions entendent le service public au sens d'une activité, mais elles reposent également sur un critère organique plus ou moins prononcé[31]. La première définition, institutionnelle, repose principalement sur l'élément organique, mais le contrôle de l'administration des deuxième et troisième définitions marque aussi le lien de proximité entre les gestionnaires du service et l'administration proprement dite. En outre, la précision « avec des prérogatives de puissance publique » de la deuxième définition est une référence explicite à un élément du régime juridique de l'activité, qui peut lui-même faire l'objet d'une variation au cours du temps. Les significations fonctionnelle et organique sont mêlées dans l'emploi de l'expression « service public ». Par ailleurs, des références au régime juridique d'une activité de service public comptent souvent parmi les éléments de définition du service public, alors qu'elles devraient, en toute rigueur, être considérées comme des conséquences et non des conditions de ladite définition. Il existe donc plusieurs définitions du service public tant d'un point de vue synchronique que diachronique. Elles se succèdent, se cumulent et s'enchevêtrent au gré de l'évolution du droit de la puissance publique, et au final, se multiplient.

6. L'impossible détermination du libéralisme et les diverses définitions du service public révèlent la double ambiguïté constitutive du sujet « libéralisme et service public ». Pourtant, l'asymétrie des difficultés scientifiques énoncées invite à les mettre en relation : s'en remettre au droit public pour mieux saisir le contenu du libéralisme et invoquer le mouvement libéral pour éclaircir la trame du service public. Proposer une traduction juridique du libéralisme (§1) et passer les définitions du service public au crible de la pensée libérale (§2) sont deux étapes nécessaires pour cerner les enjeux du sujet et formuler une problématique (§3).

[29] CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection* », *Rec*., p. 417.
[30] CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, *AJDA*, 1990, 820, conclusions Pochard.
[31] « *L'élément organique, critère fondamental de la définition classique, réapparaît ainsi dans la définition de 1938 au rang de simple condition.* », G. LEBRETON, *op.cit*., n°121, p. 133.

§1 - Le libéralisme au miroir du droit public

Pour saisir l'articulation entre le service public et le libéralisme, il convient au préalable de dégager les principes de droit public justifiés par l'idée libérale. Philosophie de la liberté de l'individu mais également du social, le libéralisme fonde la dynamique des sociétés occidentales depuis la fin du XVIIIème siècle avant de générer une idéologie relative à la limitation du rôle de l'Etat clairement identifiée seulement au début du XXème siècle[32]. Caractériser la notion d'autonomie inhérente à la révolution libérale (A) puis exposer les conséquences juridiques de la doctrine libérale de « l'Etat limité » (B) permet d'identifier certains paradoxes du libéralisme traduits par des questions de droit public majeures.

A. Autonomie libérale et droit public

Le renversement libéral de 1789 résulte d'une conviction profonde forgée par les Lumières européennes : la confiance absolue dans la capacité de la société à s'émanciper du pouvoir et en l'individu libre pour conquérir son indépendance dans la société[33]. Depuis 1789, les institutions libérales permettent cette double autonomie de la société (I) et de l'individu (II) mais révèlent également la spécificité originelle du libéralisme français.

[32] « […] *le libéralisme n'est pas encore une philosophie complète, revendiquée et assumée comme telle. Il existe certes des* " livres-programmes " *à la fin du XIXème siècle* […] *mais la notion même de libéralisme, peut-être en raison de sa fausse évidence* […] *est peu travaillée.* […] *Il faudra pour cela attendre le XXème siècle, qui est peut-être le vrai siècle du libéralisme comme idéologie.* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Les Belles Lettres, Bibliothèque classique de la liberté, Paris, 2012, p. 11.

[33] « […] *la logique libérale de la confiance à l'individu.* », J. GICQUEL et J-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Lextenso, 29ème éd., Issy-les-Moulineaux, 2015, p.36, n°47 ; « *Le libéralisme formule une conception nouvelle de la liberté comme émancipation conjointe de l'individu et de la société. Là est l'unité profonde de la pensée libérale en dépit de la différence de ses auteurs. L'autonomisation de la société civile va de pair avec la distinction entre la société et l'Etat.* », A. EYSSIDIEUX-VAISSERMANN, « Société civile et libéralisme », *in* G. KEVORKIAN (dir.), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Ellipses, Paris, 2010, p. 233.

I. Autonomie de la société et conception française de la séparation des pouvoirs

7. L'avènement de la société libérale célèbre la mort de l'hétéronomie propre aux corps des communautés traditionnelles. Ceux-ci procèdent de la volonté divine, la société libérale se projette elle-même. Première traduction institutionnelle des idées libérales, la séparation des pouvoirs consiste à inverser le rapport entre la société et le pouvoir. Traditionnellement ordonnateur de la communauté, le pouvoir devient serviteur de la société[34]. L'autodétermination de la société consiste à opérer la séparation des pouvoirs pour assurer une étroite dépendance des gouvernants par rapport aux choix des gouvernés. Cependant, la séparation de la société civile et du pouvoir politique, « *l'idée libérale par excellence* »[35], est contrariée au sein même du libéralisme français.

8. Cette spécificité s'explique tout d'abord par une conception du pouvoir ontologiquement « *illibérale* »[36], développée dès les Physiocrates[37], et perpétuée après la Révolution par les libéraux doctrinaires sous la Restauration, dont le chef de file est François Guizot[38]. Contrairement à la tradition libérale classique, Guizot n'accorde pas

---

[34] « *On peut dater de la révolution dans la conception de l'Etat* […] *le nouvel Etat administratif, compétent et efficace, tout entier dévoué au bonheur de tous. Sous l'influence de ce* " nouveau " *libéralisme, un changement de paradigme s'opère et l'on passe de la théorie du gouvernement limité à celle de l'Etat au service de la société* […] », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société*, Gallimard, Folio Essais, Paris, 2009, p. 314.

[35] « […] *ce qu'on pourrait appeler l'idée libérale par excellence, celle du pouvoir-serviteur-de-la-société. Cette idée suppose que le pouvoir est un artefact inventé par la société qui seule serait vraiment* " naturelle " *pour garantir ses droits et protéger ses intérêts.* », P. MANENT, *Les libéraux*, Gallimard, Tel, 2001, p. 520.

[36] « *Mais comme chez nombre d'autres adeptes de la physiocratie, ce modèle intègre la proposition politiquement illibérale d'un* " despotisme légal " *qui confère à l'Etat des pouvoirs quasiment absolus pour assurer la stabilité de l'"ordre naturel" allégué.* », A. LAURENT, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit*., p. 779.

[37] Ce terme désigne les représentants d'un courant exclusivement français qui se constitue dans le dernier quart du XVIIIème siècle. Présentés comme les précurseurs de l'économie politique, les physiocrates ont inspiré l'œuvre d'Adam Smith, en particulier. Voir A. LAURENT « Physiocrates », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit*., p. 878 ; « *La revendication libérale de l'époque est issue de deux courants, celui des physiocrates de Quesnay (1694-1774) et celui des premiers critiques du Colbertisme, réunis autour de Vincent de Gourmay (1712-1759), Intendant du commerce qui inspira ensuite Turgot.* », S. NICINSKY, *Droit public des affaires*, Lextenso éditions, Domat, 4ème ed., Issy-les-Moulineaux, n°26, 2014, p. 25 ; « *La pensée française ignore pour l'essentiel le recours à l'harmonie finale des intérêts et à l'utilité commune des conflits particuliers ; même quand elle est portée à l'économie, et à une économie libérale, comme dans le cas physiocratique, elle a besoin d'incarner le social dans une image unifiée, qui est l'autorité rationnelle du despotisme légal.* », F. FURET, *Penser la Révolution française*, Gallimard, Folio Histoire, Saint-Amant, 2009, p. 56.

[38] « [Il faut rendre compte] *du caractère paradoxal et problématique du libéralisme prôné et mis en pratique par cette grande figure de l'école des* " Doctrinaires " *: un libéralisme… d'Etat – aux allures*

à la volonté humaine le primat et la puissance que lui vouent les « *purs* » libéraux[39]. Ce doute promulgué, par une partie de la pensée libérale française à l'égard du rôle politique fondateur de la volonté humaine individuelle ou collective, explique le déploiement de la dynamique libérale sous la tutelle permanente du pouvoir[40]. Ensuite, historiquement, la libération de la société de l'Ancien Régime enlisé sous les féodalités, les congrégations, les corporations et les Parlements s'est accomplie par l'Etat[41]. Enfin, le culte rousseauiste de la liberté sous la loi impose en France une séparation des pouvoirs, non seulement relative, mais également à double fond. Législatif, exécutif et judiciaire sont nécessairement séparés mais nul ne peut s'immiscer dans la façon dont sont exécutées les lois, sinon l'administration elle-même, afin que « *la marche et les actes de l'autorité administrative restent sous le contrôle exclusif du corps législatif* »[42], sous peine d'altérer le règne octroyé de la liberté. Tutelle permanente du pouvoir, rôle historique de l'Etat, soustraction des affaires de l'exécutif au corps judiciaire ; ces trois raisons fondées – peut-être pas exclusivement mais au moins partiellement – sur les présupposés libéraux français[43] expliquent que l'idée de « *la création d'une juridiction dans le sein de l'Administration* »[44] n'a pas effrayé l'unanimité des auteurs libéraux[45].

---

d'oxymore. », A. LAURENT, « Dictionnaire des Libéraux », article portant sur François Guizot, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *op.cit*., p. 768.

[39] « *Le fond de la philosophie politique de Guizot réside en ceci qu'il rejette résolument le rôle politique fondateur de la volonté humaine ou individuelle ou collective. Par-là, il rompt avec toute la tradition de la philosophie moderne. Or, la distinction entre la société civile et l'Etat suppose le rôle politique fondateur de la volonté : pour que l'Etat puisse être l'instrument de la société, il faut qu'il ait sa source,* […] *dans la souveraineté de la volonté* […] *Aussi la critique radicale adressée par Guizot à la divinisation moderne de la volonté humaine met-elle radicalement en cause la distinction entre la société civile et l'Etat.* », P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Hachette Littératures, Pluriel, 1987, p. 216.

[40] « *La liberté politique en France n'est donc pas le fruit de l'indépendance des personnes mais de la capacité du pouvoir à se retrouver en harmonie avec les besoins profonds de la société ; l'idée est celle d'un pouvoir tuteur et éducateur de la société parce qu'il connaît ses besoins.* », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*. *La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 2004, p. 226.

[41] « *La destruction des corporations achevait le bouleversement de l'ancien ordre social déjà ébranlé par la nuit du 4 août et l'adoption de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La modernité économique (la société et le marché) et la modernité politique (la consécration de l'individu comme sujet de droits imprescriptibles) se trouve désormais accordées* […] *L'anticorporatisme théorique de la culture politique révolutionnaire et les effets des dispositions juridiques de 1791 se conjuguent pour conduire l'Etat à combler le vide de sociabilité et le déficit de régulation engendrés par la mise hors la loi des corporations, comme de toutes les autres formes de corps intermédiaires.* », P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990, pp. 95-96.

[42] DAVID, conclusions sous la décision TC, 8 février 1873, *Blanco*, *op.cit*., p. 155.

[43] « *C'est en effet à partir d'une situation doublement anormale – la mise au pas du pouvoir judiciaire et la soustraction de l'Etat à la règle de droit à la Révolution – que la construction libéral du droit administratif par le Conseil d'Etat a pu s'élaborer.* », L. COHEN-TANUGI, « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs*, n°46, 1988, p. 17.

[44] *Ibid*.

9. Afin de lier le principe d'une justice administrative à une conception singulière des rapports entre le pouvoir et la liberté qui se distingue de celle du Consulat[46], il importe à David, aux conclusions de la décision *Blanco*, de « *pénétrer la pensée de la Constituante* » dont la juridiction administrative « *est sortie complète, au moins dans ses lignes essentielles* »[47]. Il s'agit, en effet, « *d'apprécier les rapports exacts qui existent entre l'Etat et les divers individus* »[48]. Le principe de dualité de juridiction a donc pour origine directe cette relation essentielle entre le privilège de l'Etat et la liberté de l'individu que revendique une partie du libéralisme français[49]. Paradoxalement, si au cours du XIXème siècle, l'existence d'une justice administrative engendre un débat véhément et structurant au sein de la doctrine libérale[50], son maintien devient par la suite « *une pièce essentielle* »[51] du régime libéral. La valeur constitutionnelle du principe de dualité de juridiction, consacrée par le Conseil Constitutionnel en 1987[52], est ainsi reconnue par le Conseil d'Etat, dès l'arrêt *Dekeister* du 6 août 1861[53] au début d'une décennie où la France demeure un Empire, tout juste devenu « *libéral* »[54].

---

[45] « *La justice administrative, sur près d'un siècle, va faire l'objet d'un débat d'autant plus passionné qu'il met en proie au moins deux formes ou figures du libéralisme : le libéralisme qui se défie de l'Etat (et de l'administration qui le réalise) trouve ses contradicteurs parmi les libéraux qui érigent l'Etat en arbitre des libertés.* », G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, 2012, n°2, p. 442 ; « *L'antagonisme entre le droit de l'Etat et le droit de la particularité s'est cristallisé de façon très visible dans la controverse sur la justice administrative et sur le rôle du Conseil d'Etat. Entre un libéralisme de tendance individualiste (très vite en perte de vitesse) et un libéralisme d'esprit étatiste, c'est le second qui fournit à l'époque le contingent majeur de publicistes et de juristes* […] », L. JAUME, *L'individu effacé*, Fayard, Paris, 1997, p. 352.

[46] J-L. MESTRE « Aux origines du contentieux administratif », *RDFA* 1996, p. 289.

[47] DAVID, *op.cit.*, p. 155.

[48] *Id.*, p. 156.

[49] « *N'oublions pas qu'au XVIIIème siècle, le libéralisme développait le thème du bonheur et que les institutions publiques ont une finalité positive […] L'Etat en réalité ne cesse pas d'être bienfaiteur et gendarme, assumant un rôle paternel.* », P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, Thémis, 1968, p. 205 ; « *Il ressemblerait* [le pouvoir] *à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril ; mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance* […] », A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 648.

[50] F. BURDEAU, « Les crises du principe de dualité de juridiction », *RFDA* 1990, p. 724 ; J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990, p. 712 ; « *Le débat sur la suppression de la justice administrative était essentiellement un débat libéral. Deux camps composaient le libéralisme* […] », M. JORAT, « Supprimer la justice administrative…deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456.

[51] *Ibid*.

[52] CC, décision n°86-224, DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *RFDA*, 1987, p. 301, note Favoreu.

[53] « *Considérant que les lois ci-dessus visées ont établi comme un principe constitutionnel que les fonctions judiciaires sont distinctes et doivent toujours demeurer séparées des fonctions administratives* […] *Considérant que, comme une conséquence de ce principe indépendamment de l'action qui est de l'essence de l'autorité administrative, la juridiction a été donnée à cette autorité* […] », CE, 6 août 1861, *Dekeister*, *D.*, 1862, III, p. 4 ; « *Sous cet arrêt on trouve au Dalloz la note suivante :* "Nous croyons devoir rappeler l'attention sur la rédaction de l'arrêt ci-dessus qui est plus doctrinal encore que celle des

II. Autonomie de l'individu et « *Etat administratif* »[55]

10. Philosophie de la liberté individuelle, le libéralisme puise sa source dans l'affranchissement des consciences opéré par la Réforme protestante au XVIIème siècle[56]. Cette révolution morale repose sur la foi absolue en l'individu. Sa liberté est à la fois le ressort et la fin de l'autodétermination de la société[57]. La marche d'une démocratie libérale s'appuie dès lors sur un pouvoir domestiqué fidèle à l'orientation de la société et au service de l'individu.

11. Premier acte déclaratoire de la société libérale, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre la liberté et l'égalité juridique des individus[58]. Mais dès l'article 2 de la Déclaration, c'est à toute association politique – autant dire à la société – qu'incombe le devoir de conserver ces droits naturels et imprescriptibles[59]. Le renversement libéral de la fin du XVIIIème siècle n'annonce nullement l'anéantissement du pouvoir mais la maîtrise de son agencement par la société, au service des droits et des libertés. Investie d'une puissance d'autant plus redoutable

---

arrêts précédents et qui élève la solution à la hauteur d'un principe constitutionnel". », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit*., tome I, p. 131.

[54] « *Le Peuple approuve les réformes libérales opérées dans la Constitution depuis 1860, par l'empereur, avec le concours des grand Corps de l'Etat, et ratifie le sénatus-consulte du 20 avril 1870* […] », Sénatus-consulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire, *in* A. CHASSAING (dir.), *Histoire du IIème Empire. Documents*, Paleo, Rome, 2012, volume 1, p. 192 ; « *A l'amélioration de la procédure, correspond, à partir de 1860, une évolution libérale de la jurisprudence du Conseil – évolution reconnue et applaudie même par les adversaires du régime.* », V. WRIGHT, « Conseil d'Etat », *in* J. TULARD (dir.), *Dictionnaire du Second Empire*, Fayard, France, 1995, p. 340 ; « *Sous le Second Empire (1851-1852 à 1870), la France entre franchement dans l'ère du libéralisme malgré un certain protectionnisme.* », J-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 3ème éd., Paris, 2014, n°408, p. 334.

[55] « […] *la dynamique de libéralisation est simultanément et indissociablement dynamique du renforcement de l'Etat administratif.* », M. GAUCHET, « Préface », *in* B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, p. 98 ; L. JAUME, « L'Etat administratif et le libéralisme, une histoire française », Fondapol, 2009, p. 5.

[56] « *Le nouvel esprit, à son début, rencontra ce mouvement théologique que nous appelons Réforme, et qui joua un rôle essentiel dans la formation de ses doctrines.* », H.J. LASKI, *op.cit*., p. 28 ; « *Les* "hérétiques" *protestants ont joué un grand rôle au XVIIème siècle dans l'affirmation d'un for intérieur. En particulier Pierre Bayle* […] *Il s'agit donc de défendre la liberté de conscience contre le dogmatisme de la vérité* […] », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 29.

[57] « *Seul le libéralisme est entièrement dévoué à la défense de la liberté* individuelle […] *Depuis le XVIIème siècle, les libéraux plaident avec constance la primauté de la liberté et la nécessité d'organiser l'ordre social afin qu'il se rapproche d'un idéal qui verrait chacun ne vivre que selon son consentement* […] *Aussi la liberté n'est-elle pas seulement une fin mais un moyen* […] », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 27.

[58] Article 1er, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

[59] Article 2, *id*.

qu'elle l'a acquise sur elle-même, la société est invitée à s'organiser pour servir[60]. Du sacre de l'individu nait l'ère des organisations[61]. Elles ne sont pas nécessairement publiques, encore moins étatiques. Mais dès les premiers jalons de la société libérale posés et la dynamique enclenchée, s'énonce la question « *qui va hanter pratiquement toute la pensée politique jusqu'à nos jours : celles des rapports entre l'Etat et la société civile* »[62]. Question d'autant plus cinglante en France où pour proclamer la liberté, l'Etat a tout détruit et tout interdit de ce qui pourrait faire corps intermédiaire.

12. Un siècle plus tard, la République est à nouveau célébrée mais confrontée à l'explosion de la question sociale, sur le terreau du suffrage universel[63]. La quête effective de l'autonomie individuelle justifie, notamment, la libération de l'individu de « *la compacité* » des liens de solidarité traditionnels[64]. L'organisation de la société moderne sert l'émancipation de l'individu. Le déploiement d'un appareil administratif « *régulier, prévoyant et doux* »[65], au service des droits créances, est bien le corollaire de

[60] « *D'où, au total, la coexistence, à première vue paradoxale, et en fait profondément logique, de l'autonomie affirmée de la société civile, et de la croissance démesurée d'un immense double administratif laissant les relations se nouer, les mécanismes jouer et le procès d'ensemble s'accomplir* […] », M. GAUCHET, « Préface », *op.cit*., p. 96.

[61] « *La dynamique de la société de l'histoire, à un moment donné de son affirmation, se révèle foncièrement incompatible avec l'héritage de l'ordre. Elle va les liquider pour se déployer sur un mode essentiellement différent, celui de l'organisation.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme 1880-1914*, Gallimard, nrf, 2007, pp. 79-80.

[62] M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Gallimard, Seuil, 2004, p. 312 ; *« La question de l'Etat présente donc deux aspects, au demeurant liés. Comment valider l'intervention de l'Etat, l'extension de son pouvoir dans la société avec des limites assez claires pour qu'elle soit acceptable ; mais aussi comment maintenir l'autorité au sein de la société dès lors que s'effacent les partages de l'ancien ordre juridique, que la source de l'autorité apparaît partout et nulle part ?* », J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil, Paris, 1994, p. 89 ; « *C'est en fonction par exemple de cette équivoque ouverte par l'abîme de l'avenir que se règlera l'échange entre société civile et Etat : d'un côté la nécessité reconnue de laisser à lui-même un principe libre de transformation par nature ignorant de lui-même (la société civile) ; et de l'autre côté, la nécessité non moins impérieuse de constituer et de renforcer un appareil à la hauteur consciente des bouleversements en cours.* », M. GAUCHET, « Préface », *in* B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, p. 96.

[63] « *C'est en ce sens principalement que sera définie la question sociale : comment réduire cet écart entre le nouveau fondement de l'ordre politique et la réalité de l'ordre social, afin d'assurer la crédibilité du premier et la stabilité du second, si l'on ne veut pas que le pouvoir républicain soit à nouveau investi d'espérances démesurées* […] », J. DONZELOT, *op.cit*., p. 33.

[64] « *L'intervention étatique dans la famille, notamment par le biais de l'école, rattache l'enfant et la femme à la société dans son ensemble. Elle permet aussi de réduire l'étouffante compacité de la famille traditionnelle ainsi que l'emprise abusive des congrégations sur les possibilités d'individuation de chacun dans le cadre moderne de la division du travail social.* », *id*., p. 85.

[65] « *Au-dessus de ceux-là* [les hommes] *s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux.* » A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op.cit*., p. 648.

l'expansion invisible de la zone d'interdépendance individuelle générée par la dynamique libérale[66].

B. La doctrine de « l'Etat limité *» et le droit public*

Au problème du rôle de l'Etat dans la société posé par le fait libéral, le libéralisme, constitué en idéologie dès le milieu du XIXème siècle, répond de manière plurielle mais univoque : il faut limiter les interventions de l'Etat. La société et les individus qui la composent ont plus de chances d'atteindre la prospérité, fille de la liberté, s'ils sont livrés à eux-mêmes et notamment au marché. L'orientation de la première et les projets des seconds sont susceptibles d'être entravés par les incursions exorbitantes d'un « *monstre froid* »[67], spoliateur et nécessairement myope[68]. Au moyen de la norme, il convient donc de contenir l'intervention de l'Etat minimum (I) et de la soumettre aux droits et libertés, à travers le concept libéral d'Etat de droit (II).

I. « *L'Etat minimum* » et le droit spécial de l'Administration

13. Pour les libéraux classiques, le périmètre des interventions de l'Etat est circonscrit. Conformément à ce qu'enseigne l'économie politique, science du XVIIIème siècle[69], le marché est le lieu privilégié de la création des richesses. A travers les lois propres et invisibles de l'échange, le marché permet d'atteindre des équilibres économiques mais également sociaux optimaux[70]. L'ensemble des activités économiques, c'est-à-dire celles que les sujets individuels sont susceptibles d'entreprendre pour en tirer profit, doit être réservé à l'initiative privée. Gendarme de la

---

[66] « *L'émancipation libérale de la société civile a été et demeure le vecteur même de l'étatisation au sein de notre monde.* », M. GAUCHET, « Préface », *op.cit*., p. 98.

[67] « *L'Etat, c'est le plus froid de tous les monstres froids, et il ment froidement et le mensonge que voici sort de sa bouche*. », F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra,* Max Milo, 2006, p. 62.

[68] Un des arguments de réfutation de l'Etat par les auteurs libéraux est son incapacité à saisir la complexité des phénomènes économiques et sociaux : « *La raison essentielle pour laquelle le mieux qu'un gouvernement puisse fournir à une grande société d'hommes libres est de nature négative, réside dans l'ignorance, en tout cerveau humain ou en toute organisation susceptible de diriger l'agir humain, de l'incommensurable multitude des faits particuliers qui déterminent nécessairement l'ordre d'ensemble des activités*. », F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op.cit*., p. 835 ; « *La complexité du social ne peut être appréhendée par un seul cerveau, fût-il celui de l'Etat. S'il s'y essaie, ne pouvant en saisir qu'une petite partie, il l'appauvrira nécessairement.* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit*., p. 83.

[69] « *Qu'est-ce qui va être à partir du milieu du XVIIIème siècle ? Eh bien, évidemment, l'économie politique.* », M. FOUCAULT, *op.cit.*, p. 15.

[70] « *Car il suffit de se plonger un tant soit peu dans la littérature économique du XVIIIème siècle pour voir qu'elle* [la notion de marché] *n'est pas seulement* "technique"*, mais qu'elle renvoie à toute une problématique implicite de la régulation sociale et politique dans son ensemble* […] *L'idée de marché accomplit de la sorte un certain idéal d'autonomie des individus en dépersonnalisant le rapport social*. », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique, op.cit*., pp. II-VI.

société de commerce, l'Etat est réduit à assurer les fonctions régaliennes indispensables à la marche des échanges. Dès la Révolution, le droit public scelle l'existence de deux mondes séparés[71]. La liberté du commerce et de l'industrie, par exemple, bien qu'elle ne distingue pas littéralement l'Etat des autres sujets de droit[72], est interprétée tout au long du XIXème siècle par le Conseil d'Etat comme une interdiction faite aux personnes publiques de pénétrer dans le domaine des activités économiques[73]. Confiné aux missions cardinales de la puissance publique, l'Etat administre la justice, la défense, la police au travers d'un droit aussi exorbitant qu'il est exceptionnel[74]. A l'ère de l'Etat-gendarme, la puissance publique bénéficie d'un droit spécial dont le critère est l'acte d'autorité. Chapeauté par le Conseil d'Etat, le contentieux administratif est principalement celui de l'acte unilatéral et discrétionnaire qui s'impose sans compensation. Le droit administratif du XIXème siècle désigne un régime juridique propre à la nature souveraine des fonctions qu'il régente mais il ne constitue certainement pas un droit au sens où les auteurs libéraux classiques conçoivent le droit de la liberté[75].

14. Selon la distinction exposée entre *nomos* et *thesis*, par Hayek dans son ouvrage *Droit, législation et liberté,* le droit de la liberté forme « *un ensemble de règles universelles de juste conduite* » dégagées par le juge, alors que le droit public, et en particulier le droit administratif, constitue un ensemble de règlements édifiés en vue

[71] « […] *le droit public était le droit de la frontière entre deux forces dynamiques : la puissance publique et les droits individuels.* », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Dalloz, Paris, 2003, n°429, p. 416.

[72] « […] *à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession* […] », *Décret d'Allarde*, 2 et 17 mars 1791, article 7.

[73] « *Aucune discrimination entre opérateurs publics et opérateurs privés ne peut cependant être fondée sur ce texte. Il faut donc en conclure que cette extension du principe est due à l'influence constante de la doctrine libérale en France quelles que soient les époques, en vertu de laquelle l'administration doit s'abstenir d'exercer elle-même des activités économiques. Il existerait un domaine économique naturel de l'intervention du secteur privé, qui lui est réservé.* », S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op.cit.*, n°812, p. 450.

[74] « *C'étaient les tenants du libéralisme entendu d'une certaine façon, et l'on peut dire que leur effort tendait à limiter au maximum l'empire d'un droit spécial sur l'Administration, ou si l'on préfère la soustraction de l'Administration à l'empire du droit privé.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit*., tome I, p. 566.

[75] « *Le libéralisme classique reposait sur l'idée qu'il existe des principes de juste conduite, susceptibles d'être découverts, et universellement applicables, qui peuvent être admis comme juste sans égards aux effets de leur application à des groupes déterminés.* » et *« Le terme* "droit administratif" *est également utilisé pour désigner* "les pouvoirs administratifs sur les personnes et leurs biens", *qui ne consistent pas en des règles de juste conduite mais visent des effets spéciaux prévisibles et qui, par conséquent, impliquent des pouvoirs discrétionnaires. C'est par rapport au droit administratif ainsi conçu qu'un conflit surgit avec le concept de liberté selon le droit.* », F.A. HAYEK, *op.cit*., pp. 315 et 309.

d'atteindre des objectifs gouvernementaux délibérés[76]. Les premières découlent de la nature des choses et leur découverte est la condition de réalisation d'un ordre spontané. Les seconds s'apparentent davantage à des directives impératives et discrétionnaires élaborées en vue d'objectifs spéciaux déterminés[77]. Ces règles revêtent un caractère subsidiaire par rapport aux autorités commandantes qu'elles excipent, alors que le droit privé s'impose au juriste, indépendamment d'une volonté humaine spéciale[78]. La formulation des règles du droit civil est la condition de la poursuite d'objectifs variables, divergents, imprévisibles. Le droit privé a pour horizon la liberté. Il est fondamentalement « non finalisé » alors que le droit administratif est l'instrument d'une intention.

15. L'impossible allégeance des libéraux envers le droit administratif les conduit à lui conférer un domaine d'application le plus circonscrit possible. Si l'idée d'une juridiction administrative est déjà difficilement acceptable, le droit spécial qu'elle prodigue ne doit régir que ce que l'exorbitance des fonctions proprement administratives exige[79]. Pour l'ensemble des actes qui ne requiert pas cette autorité, la solution promue par les libéraux et entendue par les juridictions est l'application du droit privé à l'Administration[80]. A la fin du XIXème siècle, l'émergence du concept libéral d'Etat de droit[81] qui suppose la soumission de l'Administration à un droit digne

---

[76] « *La distinction entre règles universelles de juste conduite et règles d'organisation de gouvernement est étroitement associée à celle entre droit privé et droit public, parfois même identifiée à cette dernière.* », *id*., p. 297.

[77] « […] *la différence entre les règles de juste conduite qui se dégagent du processus judiciaire, le nomos ou droit de la liberté* […] *et les règles d'organisation posées par l'autorité* […] *réside dans le fait que les premières dérivent des conditions d'un ordre spontané que l'homme n'a pas créé, tandis que les secondes servent à édifier délibérément une organisation ayant des objectifs déterminés.* », *id*., p. 279.

[78] « *Ces règles seront subsidiaires par rapport aux commandements indiquant spécifiquement aux organes d'exécution les buts à atteindre et les tâches à remplir.* » et « *Les premières sont découvertes, soit dans le sens qu'elles expriment simplement des pratiques déjà observées* […] *c'est pourquoi l'on peut à bon droit les considérer comme existant indépendamment d'une volonté humaine spéciale* […] », *id*., pp. 283 et 279.

[79] « *Par conséquent lorsqu'ils écrivent cette formule : droit spécial, droit public dans la mesure, seulement dans la mesure où l'Administration est autorité, les hommes de cette tendance* [le libéralisme de l'Etat de droit] *espèrent bien réduire au minimum possible l'application de ce droit spécial.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit*., tome I, p. 566.

[80] « *Un certain libéralisme de cette époque, très répandu chez les juristes, le libéralisme de l'* "Etat de droit" […] *considère que l'application du droit privé à l'Administration comme aux particuliers est la solution libérale* […] », *ibid*.

[81] « " Etat de droit " *est en effet la traduction littérale du mot Rechtsstaat, terme qui semble avoir été introduit par O. Bähr en 1864. Quant au concept de Rechtsstaat, il a surtout été développé au dix-neuvième siècle par R. von Mohl* […] *Hérité de Kant et de G. von Humbolt, la conception de von Mohl est celle d'un libéral qui, tout en se fondant sur la notion de citoyen, souhaite limiter l'action de l'Etat par opposition à l'activité multiforme de l'Etat de police* […] », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op.cit*., pp. 10-11.

de ce nom, conjuguée à la sollicitation croissante de la puissance publique, pour faire face à la question sociale, condamne le système juridique français à une alternative : le recul irrémédiable de l'application du droit spécial de l'administration, en faveur de l'ordre judiciaire, ou la révolution du droit administratif résolu à devenir un droit en soi.

II. « *L'Etat de droit* » et le droit administratif

16. L'hostilité des libéraux à l'égard de l'Etat s'explique moins par une aversion de principe envers l'existence d'une puissance publique – justifiée par le fonctionnement pacifié de « *la Grande société* »[82] – qu'en vertu des modalités dispendieuses de l'intervention étatique, pour la fortune de la société. Discrétionnaires, unilatérales, irresponsables, les incursions de l'Administration perturbent les équilibres de l'échange autant qu'elles contreviennent au respect des droits et libertés individuels. L'omnipotence de l'Etat contrarie le mouvement de « *la main invisible* »[83] dans l'économie, alors que l'exorbitance de son régime juridique pourfend le dessein de l'Etat de droit. Dès lors, au risque de se voir soustraire les actes des personnes publiques au profit de l'ordre judiciaire, le juge administratif est contraint d'élaborer un régime juridique de la puissance publique qui établisse « *entre les intérêts essentiels de l'Etat et les droits privés, une conciliation* »[84] digne d'un Etat de droit. Au tournant du XXème siècle, le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence entraîne une diversification des fonctions administratives. Dès lors, si le droit applicable à l'administration n'emprunte pas, par exemple, à l'esprit des articles 1134, 1184 et 1182 du Code civil[85], l'avènement du concept d'Etat de droit[86] aura raison de l'ordre administratif[87]. Le droit

---

[82] « *Bien que n'étant pas une unité économique, la Grande Société est principalement soudée parce qu'on appelle communément les relations économiques.* » F. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op.cit*., p. 539.

[83] « […] *il* [chaque individu] *ne cherche que son propre gain et dans ce cas, comme dans bien d'autres, c'est une main invisible qui le conduit à promouvoir une fin qui n'était nullement dans ses intentions* […] *en poursuivant son propre intérêt, il promeut fréquemment celui de la société plus efficacement que lorsqu'il a réellement l'intention de le promouvoir.* », A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Economica, Paris, 2002, livre IV, p. 468.

[84] DAVID, conclusions TC, 8 février 1873, *Blanco, op.cit*., p. 156.

[85] « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* » et « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.* » et « *Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.* », *Code civil*, articles 1134, 1184 et 1182.

[86] « *L'Etat de droit n'est pas le droit de n'importe quel droit : sa construction est en réalité indissociable d'un substrat libéral constitué par des principes et des valeurs. La conception formelle de l'Etat de droit va se trouver dès lors relayée par une conception substantielle, qui l'englobe et la dépasse, assurant du même coup un rapprochement avec la Rule of law britannique.* », J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Lextenso editions, LGDJ, Droit et Société, Paris, 4ème ed., 2014, p. 177 ; « *Cette conception de*

privé (ou le droit civil) devient « *l'étalon de juridicité* »[88] mais l'autonomie du droit administratif consiste à satisfaire les exigences libérales de l'Etat de droit, sans pour autant justifier une application littérale des règles civilistes à l'égard de la puissance publique. Le Conseil d'Etat appuyé par les efforts de la doctrine, aussi disposés aux principes libéraux[89] que résolus à résister aux inclinations du pouvoir judiciaire et aux « *réclamations de la Cour de cassation* »[90] saura trouver les ressources pour ériger, notamment, une théorie de la responsabilité administrative et dessiner un droit des contrats de la puissance publique.

17. Durant tout le XXème siècle, la perspective de réaliser l'Etat de droit, soit par l'application d'un droit administratif devenu irréprochable quand intervient la puissance publique, soit par la soumission de l'administration au juge de droit commun lorsqu' elle assure des fonctions qui ne sont pas foncièrement administratives, réjouit autant qu'elle « *tourneboule* » les convictions libérales[91]. Plus l'Etat respecte le droit et les principes libéraux véhiculés par le concept d'Etat de droit, moins il existe de raisons juridiques à objecter contre la multiplication des manifestations de la puissance

---

l'Etat de police a fait place, de façon générale, à celle de l'Etat de droit : dans tous les Etat modernes, il est admis que l'administration est liée par la règle de droit. C'est là un des principes fondamentaux du libéralisme politique, et si on le rencontre en dehors du monde libéral, avec la notion de "légalité socialiste" *dégagée par les juristes soviétiques, c'est seulement par rapport à l'idéologie de 1789 que s'explique son développement.* », J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 2011 (Réédition de la 1ère édition de 1960), n°9, p. 13.

[87] « *En outre, et peut-être surtout, l'Etat de droit se présente comme la condition même d'existence du droit public, donc de la crédibilité de leur discipline. Soumettre l'Etat au droit, c'est en effet fonder la possibilité d'existence du droit public dans la mesure où ce dernier se définit comme le droit applicable à l'Etat et aux relations de l'Etat avec les particuliers* […] », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op.cit.*, p. 20

[88] « […] *le droit privé a pu être utilisé comme étalon de juridicité, strictement. Le raisonnement est clair : le droit public doit être du droit, et il est donc nécessaire de savoir ce qu'est le droit.* », E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, volume 109, Paris, 2011, n°199, p. 219.

[89] « […] *traduire une philosophie d'influence libérale lorsque l'on appartient à la sphère juridique du XIXème siècle et alors que la codification napoléonienne a fait triompher l'individualisme bourgeois n'a rien de particulièrement étonnant. En droit privé, il s'agissait d'ailleurs de la doctrine ultra-majoritaire.* », M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, La Mémoire du Droit, Mayenne, 2009, n°226, p.188 ; « *Engagés dans leur carrière, les étudiants formés par ces professeurs agirent en large conformité avec l'enseignement reçu. Le Conseil d'Etat par exemple, s'opposa avec une remarquable continuité au développement du* "socialisme municipal"*, réfrénant ainsi toute tentative des autorités locales à gérer des services d'intérêt commun. Les inspecteurs des finances, qui dominaient au ministère du même nom, demeurèrent bien après la Grande Guerre de fidèles adhérents du libéralisme.* », R.F. KUISEL, *Le Capitalisme et l'Etat en France. Modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, nrf, Mayenne, 1984, p. 36.

[90] DAVID, *op.cit.*, p. 156.

[91] « *Egalement frappante, d'emblée, l'ambiguïté remarquable de ce passage, du point de vue des principes du libéralisme. Ils en sortent tourneboulés.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 82 ; « *Les institutions libérales cessent d'être libérales aussitôt qu'elles sont acquises* […] », F. NIETZSCHE, *Le crépuscule des idoles*, F. NIETZSCHE, *Œuvres*, Robert Lafont, 2005, p. 1012.

publique. Quand, à l'aube du XXIème siècle, la légalité administrative intègre le droit de la concurrence[92], comment invoquer l'équilibre du marché pour récuser l'intervention publique ? Ainsi, l'édification libérale de l'Etat de droit éclaire le glissement (prévisible par l'analyse juridique) du libéralisme classique au néo-libéralisme. Alors que les auteurs classiques conçoivent le règne du marché, à l'abri de l'intervention de l'Etat, les néo-libéraux n'excluent plus le recours à la puissance publique dès lors que son régime d'intervention la prépose à servir le marché[93].

18. Une traduction sommaire des exigences libérales à l'égard de la structure de la puissance publique et de son droit permet d'établir deux propositions. L'existence d'une juridiction administrative n'est pas nécessairement condamnée, à condition de restreindre au maximum le champ du droit administratif, ou de le convertir aux principes libéraux de l'Etat de droit. L'autonomie de la société et la liberté de l'individu supposent moins le confinement de la puissance publique que l'assujettissement de son organisation et de ses interventions au respect des droits et libertés, et au fonctionnement du marché.

§2 - Le service public au crible du libéralisme

19. Le « service public » est une notion curieuse. Elle parcourt la jurisprudence administrative et les écrits de la doctrine tout au long du XXème siècle, alors qu'elle n'opère aucune fonction juridique rigoureuse. Quelle est la vocation d'une expression juridique, sinon la désignation d'une règle de droit applicable à une situation ou à un acte donnés ? Lier l'affectation d'un régime juridique spécial (le droit administratif) aux activités de service public fut d'ailleurs la prétention ardente de l'Ecole du service public pour justifier l'autonomie du droit administratif[94]. Or, bien que la jurisprudence ruine cette ambition dès 1912[95] et *a fortiori* en 1921[96], le service public ne disparaît ni

[92] CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais, Rec*., p. 406, conclusions Stahl.

[93] « *Sans remettre en cause les principes, elle* [la pensée libérale] *a cherché à en tempérer les applications par une acceptation historiquement croissante du rôle de l'Etat : ainsi est apparu très tôt un néolibéralisme légitimant le rôle de l'Etat dans la régulation sociale, y compris dans le secteur économique lui-même.* », J-L. CHABOT, *Histoire de la pensée politique. Fin XVIIIème - début XXIème siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 2ème éd., Grenoble, p. 81.

[94] « *En posant la thèse de l'autonomie du droit administratif, les auteurs de cette* "école" *entendent affirmer que l'Administration est régie, en principe, par un régime juridique profondément original par rapport au droit privé. La mesure de l'application de ce droit original repose sur le critère et la notion de* "service public". », N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2009, n°328, p. 158.

[95] CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges contre Ville de Lille*, *Rec.*, p. 913, conclusions Blum.

des décisions juridictionnelles, ni des traités, ni, encore moins, des travaux purement doctrinaux. Au contraire, la querelle relative au rôle de la notion de service public en droit administratif vire quasiment à l'obsession[97], quand bien même le droit des services publics, éclaté, ne donne aucun espoir réaliste à toute entreprise de synthèse. Face à l'évolution du droit positif, la résistance de la notion de service public, dans le champ juridique, invite à une supposition : la raison juridique ne suffit pas à expliquer l'état du droit. Si c'était le cas, le vœu formé en 1953 par Charles Eisennman, l'auteur positiviste qui s'est attaqué de la manière la plus méthodique à la doctrine du service public[98], aurait été exaucé : « *Le divorce entre elles* [les différentes variantes de la doctrine du service public] *et le droit positif est tellement patent et éclatant que l'on peut prévoir – et espérer – que, dans un temps relativement proche, elles cesseront d'infecter, d'altérer, d'embrouiller et obscurcir la synthèse du droit positif* »[99]. Du point de vue du droit, en dehors de l'application des lois de Rolland, le service public ne signifie rien de précis quant à la compétence de l'ordre juridictionnel, la nature juridique des personnes concernées et celle du régime applicable. Son importance en droit public oblige à chercher en dehors du droit l'intérêt d'une notion qui jaillit peut-être de sa précarité juridique. L'identification contingente de l'activité de service public et la variabilité de la détermination du régime juridique applicable en conséquence, constituent les deux failles majeures de la notion de service public et font obstacle à son efficacité juridique en droit administratif. A moins que l'absence de définition normative du service public[100] ne soit le principal atout de la notion, du moins du point de vue libéral. Il n'existe pas en effet de critère stable pour qualifier une activité de service public. Or, l'évolution de la pensée libérale à l'égard de l'intervention des pouvoirs publics en préfigure le périmètre (A). De même, la détermination du droit applicable à une activité

---

[96] TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *S.*, 1924, III, p. 34, conclusions Matter.

[97] « […] *si elle* [la doctrine du service public-activité] *tourne en rond* "se mord la queue"*, il n'y a pas lieu de s'y attarder* […] » et « […] *elles* [les deux doctrines du service public] *cesseront d'infecter, d'altérer, d'embrouiller et obscurcir la synthèse du droit positif.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, pp. 758-759.

[98] « […] *Charles Eisenmann s'est affirmé comme le grand contempteur de la* "doctrine organique du service public". », N. CHIFFLOT, *Le droit public de Charles Eisenmann*, Dalloz, Paris, 2009, p. 20, n°37.

[99] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, tome 1, p. 759.

[100] Cette absence de définition du service public était peut-être précisément l'intention du maître de la notion : « […] *nous sommes convaincus que Duguit n'a jamais voulu – en tout cas lorsque sa théorie a suffisamment été réfléchie et assumée – donner de définition au service public* […] », M. TOUZEIL-DIVINA, « Relire Duguit en 3D ! », *in* D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la sociologie et du droit*, Lextenso, 2013, Préface, p. 13.

de service public est également tributaire des exigences libérales relatives au régime des activités assumées par la puissance publique (B)

A. La qualification des activités de service public à l'épreuve des vicissitudes de la pensée libérale

Au sein de la doctrine libérale, la place vouée aux services publics varient selon les auteurs classiques (I) et néo-libéraux (II).

I. Le libéralisme classique et le périmètre circonscrit des services publics

20. L'emploi de l'expression « service public », par les premiers économistes du XVIIIème siècle puis par les penseurs libéraux classiques[101], précède de loin son utilisation par les théoriciens du droit public du XXème siècle. Selon les libéraux, pour qui la liberté individuelle et le fonctionnement du libre marché sont les moteurs de la société, les pouvoirs publics sont néanmoins destinés à prendre en charge certains services. Dans *La recherche sur la richesse des nations,* Adam Smith subordonne ainsi l'existence de services publics à deux conditions cumulatives : les services pris en charge par les collectivités publiques doivent être des activités nécessaires au développement du commerce et insusceptibles d'être entreprises par les particuliers. Le champ des services publics est déterminé par « *la théorie des deux mondes* »[102]. Les activités marchandes sont réservées à l'initiative privée et la sphère publique est circonscrite aux activités non marchandes, mais cependant indispensables à la marche de la société de commerce.

21. En droit administratif, conformément aux préconisations des auteurs libéraux classiques, la définition institutionnelle du service public désigne les activités d'intérêt général prises en charge par les personnes publiques. Les services publics recouvrent les fonctions régaliennes de l'Etat. La création de services dans le domaine économique, par les collectivités publiques, est proscrite, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie déclinée par le Conseil d'Etat durant tout le XIXème siècle, en vertu du

[101] Voir *infra*, partie 2, titre 2, chapitre 1.

[102] « *A l'origine existait ce qu'on propose d'appeler la* " théorie des deux mondes ". *Jusqu'au début du XXème siècle, les rapports entre service public et concurrence étaient réduits au minimum. Le monde de l'administration était le monde du service public et non de la concurrence. Il était bien distinct du monde des personnes privées, qui apparaissait à l'inverse comme le monde de la concurrence et non du service public.* », G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *in* F. BOTTINI, *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012, p. 114.

principe libéral du « *laisser faire, laisser passer* »[103]. Lieu privilégié de l'échange, le marché coordonne la libre entreprise des particuliers, et les personnes publiques, cantonnées à un rôle subsidiaire délimité par le marché, sont soumises à la doctrine libérale de l'Etat minimum.

II. Le renouveau du libéralisme et l'extension des services publics aux activités économiques

22. A l'issue du long XIXème siècle, la Grande Guerre oblige à une remise en cause des postulats libéraux. La prospérité de l'économie libre n'a préservé ni la paix sociale ni celle du monde. En outre, le déséquilibre entre les capacités de l'appareil productif, saigné de ses forces vives, et les besoins d'une nation belligérante a contraint l'Etat à investir le secteur industriel, et les municipalités à organiser le commerce de première nécessité[104]. Propre au monde libéral classique, la ligne de démarcation entre le domaine des activités économiques et celui des services publics n'a pas survécu au traumatisme du conflit mondial. Face à la concurrence des idées socialistes et à la montée des totalitarismes, l'entre-deux-guerres, ponctué par la crise de 1929, somme le libéralisme au renouveau[105]. Sauver l'essence du libéralisme en destituant le vieux dogme du laissez faire, tel est l'objet de l'agenda du néo-libéralisme énoncé à Paris en 1938[106]. Le

---

[103] « *Ces deux mots, laisser faire et laisser passer, étant deux sources continuelles d'actions, seraient donc pour nous deux sources continuelles de richesses* », V. de GOURMAY, conclusion des "Réflexions sur la contrebande", Grenoble, Septembre 1753, cité par Turgot et rapporté par A. LAURENT, « Laisser faire », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit*., p. 857.

[104] « *En France, le libéralisme a régné en fait jusqu'à la crise de 1929-1930, malgré de nombreuses déformations. Il demeurait le fondement du régime économique. La guerre de 1914 a forcément marqué une poussée du dirigisme* […] », L. BAUDIN, *A l'aube du nouveau libéralisme*, *op.cit.*, p. 105.

[105] « *J'ai montré dans mes précédents articles, comment la crise économique sociale et morale qui caractérise l'époque actuelle est principalement la conséquence de la Grande Guerre* […] *Le libéralisme social se propose d'apporter un remède aux difficultés de l'heure présente. J'ai dit dans quelles circonstances était né ce mouvement récent de rénovation du libéralisme, que certains ont nommé libéralisme constructif, d'autres néo-capitalisme, ou néo-libéralisme, et qui me paraît mieux défini par le titre de libéralisme social.* », L. MARLIO, « Un nouvel ordre social », *La Revue des deux mondes*, mars 1940 (Première quinzaine), pp. 105 et 106.

[106] « *Du 26 août au 30 août 1938 se réunit à Paris un aréopage d'intellectuels en vue de préparer la renaissance du libéralisme, autour de l'essayiste Walter Lippmann* […] *Participent notamment Aron, Hayek, Mises, Röpke, Eucken, Rougier, Lavergne etc.* […] *Le colloque, redécouvert, récemment, est connu pour être le moment de l'invention du vocable* " néolibéralisme " […] *C'est pour rompre avec le* " dogme obscurantiste et pédantesque " *du laissez-faire, qui a abandonné la question sociale aux ennemis de la liberté, qu'il faut inventer un nouveau libéralisme capable de penser un interventionnisme libéral* […] », V. VALENTIN, « Colloque W. Lippmann », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux, op.cit.,* p. 831. « *En août 1938, un colloque organisé à Paris* […] *est l'occasion d'un rassemblement d'intellectuels concernés non seulement par le danger croissant des totalitarismes de gauche comme de droite, mais surtout par le déclin du libéralisme et l'impasse où avait conduit le libéralisme dogmatique et conservateur de l'entre-deux-guerres qui avait transformé le laissez faire en doctrine métaphysique absolue* […] », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme*, *op.cit.*, p. 344 ; « […]

mécanisme de libre ajustement des prix demeure au fondement de l'ordre concurrentiel, mais sa préservation suppose l'intervention continue des pouvoirs publics[107].

23. Le marché est toujours une matrice providentielle mais seulement à condition que les collectivités publiques se plient à le renforcer. Les néo-libéraux du XXème siècle, emmenés par Friedrich Hayek, sont d'ailleurs beaucoup plus favorables à la création de services par les pouvoirs publics qu'ils ne cantonnent pas au domaine non marchand[108]. Du point de vue de la tradition libérale, le tournant néo-libéral est une révolution puisque l'Etat, quasiment répudié par les classiques, s'avère le premier serviteur pour les néo-libéraux. Cependant, pour les libéraux français qui n'ont jamais pu s'émanciper de la tutelle de l'Etat, la démarche n'est pas hors de portée. Vieille terre (ou vieille fille) du libéral-étatisme[109], la France est promise au néo-libéralisme[110].

24. Du côté du droit, les préparatifs de la nouvelle union entre l'intervention publique et l'économie de marché ne se font pas prier. Dès le début des années 1930, la doctrine s'appuie sur les conclusions d'une décision, *Bac d'Eloka*[111], et sur l'arrêt *Compagnie générale d'armement* de 1921[112] pour édifier une théorie de l'intervention de la puissance publique dans l'économie[113]. Les activités assumées par les personnes

---

au cours de ce colloque, on définit […] *les propositions spécifiques et propres au néolibéralisme.* […] *Ce libéralisme positif, c'est donc un libéralisme intervenant.* », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op.cit.*, p. 138.

[107] « *C'est pourquoi Hayek conserve un rôle pour l'Etat, plus précisément l'Etat de droit. L'Etat a un rôle crucial à jouer pour la défense des libertés individuelles en garantissant le droit de propriété privée et la validité et le respect des engagements contractuels qui sont également cruciaux pour le bon fonctionnement de l'économie de marché dont il garantit le cadre juridique. Le droit est le complément indispensable de l'ordre spontané du marché.* », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme*, *op.cit.*, p. 382 ; « *Ces réflexions pionnières dans l'art du gouvernement libéral manifeste un réel écart avec la conception idéelle de l'Etat libéral telle qu'aujourd'hui encore on se la représente* […] *La leçon que Guizot adresse aux théoriciens du gouvernement minimum sera faite en des termes très proches par les ordolibéraux* […] *L'ordolibéralisme a pensé le libéralisme comme un programme d'action publique, dont la fin était les droits de l'individu et le fonctionnement d'une économie concurrentielle, mais dont le moyen était la mise en place d'un cadre juridique et d'un accompagnement actif de l'Etat.* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, pp. 63-64.

[108] « *Loin de plaider pour un tel* " Etat minimal ", *il nous apparaît hors de doute que dans une société évoluée le gouvernement doive se servir de son pouvoir fiscal pour assurer un certain nombre de services qui, pour diverses raisons, ne peuvent être fournis, du moins adéquatement, par le marché.* », F.A. HAYEK, *op.cit.*, p. 688.

[109] « Administration et société : le libéral-étatisme », G. BIGOT, *L'administration française. Politique, droit et société*, tome 1 1789-1970, LexisNexis, Manuel, 2ème ed., Paris, 2014, p. 331.

[110] F. DENORD, *Néo-libéralisme version française. Histoire d'une idéologie politique*, Demopolis, Paris, 2007.

[111] TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *S.*, 1924, III, p. 34, conclusions Matter.

[112] CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement, RDP*, 1922, p. 75, conclusions Rivet.

[113] « *Par ses services d'ordre industriel ou commercial, l'administration pénètre dans le domaine où règne la libre concurrence. Elle doit y entrer sur un pied d'égalité, suivant les règles du droit commun.* »,

publiques ne sont plus uniquement des « *services par nature* » ou des « *services publics proprement dits* », il faut désormais compter avec les services publics industriels et commerciaux et ainsi donner un nouvel élan à la notion de service public[114]. La création, par les collectivités territoriales, de services publics dans le domaine marchand n'est, par ailleurs, plus nécessairement exceptionnelle[115]. Néanmoins, afin de rétablir la concurrence dans le domaine d'activité concerné, sans pour autant la perturber, l'intervention des pouvoirs publics est subordonnée à la carence de l'initiative privée[116]. Mais qu'est-ce qui demeure intrinsèquement libéral dans une société où le service public est susceptible de s'inviter partout, à la discrétion des pouvoirs publics ? L'extension du champ des services publics a pu affoler certains libéraux, mais la maîtrise, par les juristes, du régime applicable aux activités assumées par la puissance publique est vouée à les rassurer.

B. Le régime juridique des activités de service public contraint par les exigences libérales

L'emprise libérale sur le régime juridique des services publics se traduit par l'imprégnation de celui-ci par le droit commun (I) et sa soumission au droit de la concurrence (II).

I. La soumission des activités de service public au droit commun

25. La crise de la notion de service public désigne souvent l'éclatement du contentieux des activités de services publics entre les ordres juridictionnels administratif

---

J. DELVOLVE, note sous les arrêts CE, 4 décembre, 1932, *Demoiselle Dumy*, et CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, *S.*, 1932, III, p. 99.

[114] « *Au lendemain de l'arrêt du 22 janvier 1921, les maîtres de cette école* [celle du service public] *furent, et c'est un euphémisme, réservés à l'égard de la solution du Tribunal des conflits.* […] *Suit l'exposé des idées de P. Laroque et J. Delvolvé* […] *l'ambition de la doctrine avait toujours été de trouver un principe explicatif de la distinction droit public-droit privé* […] *La création de la catégorie juridique des SPIC obligeait l'administration dès lors qu'il y avait service de nature industrielle à utiliser le droit privé, comme l'expliquait J. Delvolvé. Dès lors l'existence de ce fameux principe était sauvée* […] *Ainsi s'explique également le regain doctrinal du service public* […] », A-S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, p. 1072.

[115] « *La formule du Conseil d'Etat signifie d'abord que l'organisation d'un service public nouveau doit demeurer une chose exceptionnelle ; normalement les besoins sociaux sont satisfaits grâce à l'initiative privée ; la vie et l'activité publique sont l'exception* […] », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE, 29 mars 1901, *Casanova, Canazzi et autres*, *S.* 1901, III, p. 75.

[116] CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *RDP*, 1930, p. 530, conclusions Josse.

et judiciaire[117]. Les litiges relatifs aux services publics ne donnent pas toujours lieu à la saisine de la même juridiction, ni à l'application d'un régime juridique homogène. La référence au paradigme libéral permet de justifier ce morcellement du droit des services publics. En effet, la soumission de l'ensemble des actes relatifs aux services publics à un régime dérogatoire au droit commun, conformément à l'espoir vain des disciples de l'école du service public, n'est pas supportable d'un point de vue libéral[118]. Si l'on considère, comme les libéraux, que l'exorbitance du régime administratif perturbe l'équilibre qui découle de la loi de la liberté – contrairement au droit civil qui en est la déclinaison –, l'application du droit administratif doit être réduite à ce qu'impose les fonctions « *foncièrement* » administratives[119].

26. La perspective d'une gestion privée des services publics, offerte à l'administration dès 1903, selon les conclusions de Romieu sous l'arrêt *Terrier*[120], puis finalement imposée après l'arrêt du Conseil d'Etat de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*[121], satisfait les exigences libérales. Si l'exécution des services publics ne donne pas systématiquement lieu à l'application d'un régime exorbitant du droit commun, la multiplication des services publics n'aboutit pas nécessairement à ce que, du point de vue du régime juridique applicable, « *on nous change notre Etat* »[122]. A l'époque de l'Etat-gendarme, le règne du libéralisme réside dans le cantonnement du droit administratif à l'acte d'autorité, alors qu'avec l'avènement de l'Etat-providence, il se perpétue à travers la gestion privée des services publics.

---

[117] J-L. DE CORAIL, *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1954.

[118] « *Mais ce qui provoque notre résistance, ce qui alarme notre libéralisme, c'est la prétention qu'on émet de résoudre des difficultés qui ne sont prévues par aucun texte que par le Code civil autrement que le résout le Code civil, parce que ces difficultés sont nées à l'occasion d'un service public !* », H. BERTHELEMY, « Défense de quelques vieux principes » *in Mélanges Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 820.

[119] « […] *la non applicabilité de principe du droit privé n'entraîne pas que le droit administratif adopte nécessairement et dans tous les domaines des règles foncièrement différentes de celles du droit privé.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit*., tome 1, p. 537.

[120] « […] *il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt du service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier.* », ROMIEU, conclusions sous l'arrêt *Terrier*, *op.cit*., p. 28.

[121] CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges contre Ville de Lille*, *Rec.*, p. 913, conclusions Blum.

[122] « *Nous regrettons qu'elle ait été précipitée du côté administratif* […] *Si l'association syndicale, instrument de production agricole, est devenue un membre de l'Etat, un établissement d'Etat, il n'y a pas de raison pour que l'usine, elle aussi, instrument de production industrielle, ne devienne pas établissement d'Etat, et nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre Etat.* », M. HAURIOU, note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac contre Ducornot*, *S.*, III, p. 49, reproduit *in* M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Librairie du Recueil Sirey, Tome 1, 1929, p. 413.

27. Pour les libéraux, l'application du droit privé aux activités assumées par la puissance publique est d'autant plus impérative que celle-ci pénètre les domaines industriel et commercial. La soustraction des activités économiques à la véritable règle de droit, véhiculée par le droit civil, perturbe l'équilibre naturel du marché. Les dispositions exorbitantes du droit commun au bénéfice des entrepreneurs publics d'activités industrielles et commerciales sont, par ailleurs, autant de distorsions à l'ordre concurrentiel puisqu'elles entraînent une rupture d'égalité des différents opérateurs devant le droit. Forgé durant l'entre-deux-guerres, le régime juridique des services publics industriels et commerciaux, principalement teinté de droit privé et sous le contrôle du juge judiciaire, est donc un élément indispensable à l'interventionnisme libéral du XXème siècle. Priver les interventions de la puissance publique dans l'économie des privilèges de l'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif a pu être analysé comme une parade des juristes libéraux pourfendeurs de l'Etat-providence[123].

II. La conversion du régime des services publics au droit du marché

28. La fin du XXème siècle donne lieu à quelques achoppements entre le service public et les préconisations néo-libérales. Certains auteurs soulignent l'inéluctable antinomie entre les règles du marché, en particulier le droit de la concurrence, et l'âme du service public, alors que le caractère « *ordolibéral* »[124] de la Construction

[123] « *Vision idéologique d'abord, car son raisonnement est essentiellement politique et non juridique. C'est le raisonnement d'un libéral pur et dur, promoteur de l'Etat-gendarme et pourfendeur de l'Etat-providence. Matter est un libéral, magistrat judiciaire au surplus, qui accepte difficilement la multiplication des interventions des personnes publiques dans les domaines industriels et commerciaux et l'accroissement corrélatif du champ de compétence du juge administratif. La parade qu'il propose consiste à priver les personnes publiques du privilège de l'application du droit administratif pour leurs interventions industrielles et commerciales. Dans l'esprit de Matter, c'est une sanction.* », S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, Thémis, 2ème ed., Paris, 2007, p. 198.

[124] « *L'économie sociale de marché découlant de l'observation de ces règles constitutionnalisées et garanties par l'action de l'Etat est* " sociale " *en ce sens qu'elle doit concourir à la construction d'une société équilibrée et juste* […] *Mais elle est éminemment libérale en ce qu'elle repose d'abord et exclusivement sur la pleine liberté de la concurrence* […] *De par cette association innovante entre les principes normatifs fort de la tradition libérale et la nécessité d'un réglage (et non d'une régulation) institutionnel de l'économie de marché où l'Etat joue un rôle actif de garant et de protecteur de l'ordre, les ordolibéraux allemands pourraient avoir été les seuls à intellectuellement mériter d'être qualifiés de « néolibéraux »* », A. LAURENT, « Ordolibéralisme », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN (dir.), *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 875.

européenne[125] consiste à servir l'économie de marché par la puissance publique. La consécration de l'économie sociale de marché suppose l'abandon de la théorie classique des deux mondes[126] et oblige à « *repenser le service public dans un environnement concurrentiel* »[127]. Depuis le XIXème, toutes les définitions du service public respectent l'existence du marché. Si le service est, d'abord, une « activité hors marché », il est invité par la suite à s'immiscer dans le domaine du commerce et de l'industrie. Afin de suppléer le marché, le régime juridique du service public se plie dès lors à son fonctionnement, mais dans certaines limites qui exhument l'existence de deux mondes originaires distincts. Dès le milieu des années 1990, l'émergence de la notion communautaire de service d'intérêt économique général permet d'envisager un droit des services publics subordonné à l'ordre concurrentiel. Surtout, en droit interne, le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat de 1997 par l'arrêt *Million et Marais*[128] sur les recommandations du Commissaire du gouvernement, Jacques-Henri Stahl, achève d'assujettir, explicitement, les dispositions du régime des services publics, les plus imprégnées de prérogatives de puissance publique, au droit de la concurrence, au bénéfice du projet néo-libéral.

29. A la lumière des considérations libérales, la lecture des grandes décisions du droit des services publics confirme que, si elle reflète l'évolution du droit applicable aux autorités administratives, l'expression de service public est d'une fiabilité juridique très relative. L'ensemble des activités de service public est contingent et, de surcroît, n'emporte pas l'application d'une règle de droit définie. La mise en relation des vicissitudes du droit des services publics et des atermoiements d'une idéologie politique ne peut que conforter la méfiance du juriste de droit administratif quant à la nature juridique de la notion de service public.

---

[125] « L'idée de ses initiateurs était notamment de souligner que la liberté individuelle ne peut être assurée que par un ordre économique libéral, lui-même garanti par l'ordre juridique. », L-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la C.E.E », *RTDE*, 1977, p. 245.

[126] « *Dès lors, service public et concurrence ne sont plus dans un rapport de séparation, mais dans une relation de subordination du premier à la seconde. La théorie des deux mondes a vécu.* », G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 120.

[127] « *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.* », J-H. STAHL, Conclusions sur les arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais, RFDA,* 1997, p. 1235.

[128] CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec*., p. 446, conclusions Stahl.

§3 - La notion de service public et l'emprise du libéralisme

30. La précarité juridique du service public permet de douter de l'existence même d'une notion de service public qui ne s'apparente, qu'à « *une étiquette* »[129], à un « *label* »[130], voire à « *un post-it* »[131] Les différentes significations de l'expression service public l'auraient dépourvue « *d'identité d'objet* »[132] et de portée juridique. Tout au plus le service public appartiendrait au champ de la science politique et serait utile à l'étude des fonctions assumées par l'Etat dans la société. Certes, aucun régime juridique n'est prédéterminé par la qualification de service public. L'utilité, en droit, du service public n'est donc pas directe puisqu'il ne renseigne pas sur l'identité de la règle applicable, ni même sur l'ordre juridictionnel compétent. En revanche, tous les services publics désignent « *des activités assurées ou assumées par la puissance publique* »[133]. A travers le prisme du service public, transparaissent la puissance publique et son régime juridique. Or, si une notion se définit par l'idée ou la représentation relative à un objet donné, le service est bien une notion. Elle renvoie à la puissance publique. A cet égard, l'indétermination organique, fonctionnelle et juridique du service public est particulièrement utile pour saisir et inscrire la physionomie de la puissance publique et du droit qui lui est applicable dans une perspective historique. Puisque le service public ne s'apparente pas nécessairement à l'administration proprement dite, il dévoile l'affaissement du critère organique dans la définition des institutions de la puissance publique. Parce qu'elle ne suppose pas systématiquement l'application du droit administratif, la notion de service public justifie le dualisme du droit applicable aux autorités administratives. Les fluctuations du service public révèlent la transformation de la représentation des activités assumées par les pouvoirs publics et l'évolution de leur régime juridique. Dépourvue de prescriptions juridiques intangibles quant au régime des

---

[129] M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 2e éd., 1939, p. 64.
[130] D. TRUCHET, « Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, n°7/8, p. 417.
[131] M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.* 2011, p. 2375.
[132] « *A la différence de ce qui se passait dans l'exemple des théories de la matière, ou de la lumière, il n'y a pas identité d'objet ; les auteurs – ou les arrêts – des deux périodes ne parlent pas du même objet ; tout ce qu'ils ont de commun, c'est l'emploi du même mot – pour exprimer un objet différent.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit*., tome I, p. 622.
[133] « *Les meilleurs esprits se rejoignent pour professer que la notion fonctionnelle de service public est indéfinissable. En réalité, il n'en est rien ; et il serait d'ailleurs bien étonnant que l'édifice du droit administratif ait pu être construit sur quelque chose d'insaisissable. Si on veut bien ne pas confondre ce qui est définition et ce qui est diagnostic, on doit reconnaître qu'il est parfaitement possible de définir notre notion* […] *La définition s'énonce simplement : une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public. Toutes autres données ou considérations sont indifférentes.* », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Domat, 15ème éd., Paris, 2001, n°748, p. 579.

activités assumées par les autorités administratives, la notion de service public est d'un grand intérêt pour observer la dynamique du droit de la puissance publique.

31. Après la traduction en droit public des idées libérales relatives à la puissance publique et au droit administratif, le rapprochement entre le service public et le libéralisme est possible. La précarité et l'indétermination juridique du service public font de son droit « *une vitrine des idées libérales* »[134]. Le libéralisme compte sur l'institution d'un pouvoir neutre par une puissance publique encadrée par le droit, respectueuse du marché, et au service de l'autonomie de l'individu. Le droit des services publics reflète cette inspiration libérale du droit public français. Néanmoins, le parallèle entre l'histoire de la pensée libérale et l'avènement de la notion de service public, souligné par de nombreux auteurs[135], et la richesse théorique et doctrinale à laquelle donne lieu la notion de service public, incitent à aller plus loin et à proposer l'hypothèse suivante : loin de s'opposer, libéralisme et service public sont indissociables. La notion de service public scelle l'emprise du libéralisme sur l'organisation et le droit de la puissance publique.

32. Les vertus libérales gisent dans l'individu et le marché, au service desquels se déploie des fonctions publiques émancipées de la figure exorbitante de l'Etat. Conformément à la dynamique libérale, la notion de service public aboutit à la démystification du pouvoir et à l'édification d'un véritable régime juridique de la puissance publique. La soumission de l'Etat au droit augure ainsi la transformation et l'instrumentalisation de la puissance publique au service des finalités libérales. Parce que le service public désacralise la puissance publique, il institue le libéralisme.

Partie 1 : la puissance publique désacralisée par le service public

Partie 2 : le libéralisme institué par le service public

---

[134] « *Le droit des services publics : une vitrine des idées économiques libérales* », J-F. AUBY et O. RAYMUNDIE, *Le service public*, Le Moniteur, Paris, 2003, n°81, p. 37.

[135] « *Ces trois générations de services publics se sont développées dans un contexte libéral, marqué par le respect du marché.* », G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114 ; « *La notion de service public par nature est consubstantielle au credo libéral qui irrigue la jurisprudence du Conseil d'Etat* […] », N. FOULQUIER, « Le service public », *in* P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, Traités Dalloz, Paris, 2011, p. 58 ; R. DRAGO, « L'apparition de la notion de service public dans la conception libérale du droit au 19ème siècle », *in* A. MADELIN (dir.), *Aux sources du modèle libéral français*, Perrin, 1997, p. 311 ; « *Il est acquis pour la plupart des auteurs et des critiques que la notion originaire de service public recouvre ce que l'on qualifie de nos jours de service public administratif et correspond idéologiquement à la conception libérale des fonctions de l'Etat* […] », J-J. BIENVENU, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 96.

PARTIE 1 - LA PUISSANCE PUBLIQUE DESACRALISEE PAR LE SERVICE PUBLIC

33. Au sein de l'ordre juridique traditionnel décrit par Léon Duguit en 1913, l'institution de la puissance publique repose sur un « *système métaphysique* »[136]. La Révolution de 1789 a établi un système impérialiste forgé par la volonté sacrée de « *la nation personnifiée* »[137]. Cette souveraineté fonde l'organisation de la puissance publique et ses relations avec les particuliers sur des principes exorbitants. La puissance publique est le privilège de l'Etat et le droit administratif est irrigué par la volonté commandante du souverain sur ses sujets.

34. Volontariste, le droit public du XIXème siècle procède cependant d'une révolution libérale car la reconnaissance de droits naturels de l'individu limite la souveraineté de l'Etat. Dans les domaines où « *la nation s'est organisée* »[138], la puissance publique est assurée exclusivement pour préserver les droits naturels de l'homme, comme le prescrit l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*[139]. La puissance du droit public est consacrée mais cantonnée à un domaine régalien indispensable au règne des libertés. Exorbitant et exceptionnel, le droit administratif est dérogatoire au droit commun et régit les fonctions d'un Etat centralisé.

35. A l'aube du XXème siècle, « *la désagrégation de ce système apparaît à tous* »[140] et annonce l'avènement de la notion de service public. Depuis 1789, les révolutions industrielle et démocratique ont transformé la structure économique et sociale. Les fonctions publiques nécessaires à la poursuite de la destinée libérale ne peuvent se limiter aux tâches régaliennes puisque de nouvelles obligations s'imposent à la charge des gouvernants. Or, sous le système impérialiste, le courant libéral ne peut souffrir l'augmentation des fonctions publiques qui conduirait à étendre l'exorbitance de l'intervention publique au détriment du droit dit de la liberté.

---

[136] « *C'est un système métaphysique puisqu'il repose essentiellement sur le concept de droit subjectif.* », L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, Paris, 1913, p. XV.
[137] « *La nation s'organise.* », *id*., p. XII.
[138] « *Puissance souveraine qui est le droit subjectif de la nation organisée en Etat, limitation de cette puissance par les droits naturels de l'individu.», id*., p. XIV.
[139] Article 2, *DDHC*, *op.cit*.
[140] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit*., p. XV.

36. La notion de service public permet à la société libérale de surmonter l'impasse du paradigme énoncé en 1789 car elle emporte la désacralisation de la puissance publique. Fondée sur cette notion, l'organisation de la puissance publique ne se réduit plus à celle de l'Etat souverain. Elle est libéralisée. Du point de vue organique, cette transformation met fin au monopole de l'Etat central sur les prérogatives de puissance publique. A travers la notion de service public, les activités d'intérêt général justifiant un régime juridique exorbitant ne sont plus réservées à la personne de l'Etat. D'autres personnes juridiques, publiques et privées y accèdent. L'on assiste tout au long du XXème siècle à la libéralisation organique de la puissance publique. Moins impériale, la nouvelle organisation des activités d'intérêt général assumées par la puissance publique permet notamment au juge de celle-ci de poursuivre l'édification d'un véritable régime juridique. Matériellement toujours dérogatoire au droit commun, mais progressivement davantage respectueux des principes prônés par les libéraux, et même sous la pression du droit de l'union européenne, du droit de la concurrence, le droit administratif à l'aube du XXIème siècle reflète la libéralisation matérielle du droit de la puissance publique.

Puisée dans la notion de service public, la libéralisation organique de la puissance publique (titre 1) précède la libéralisation matérielle du droit administratif (titre 2).

Titre 1 - La libéralisation organique de la puissance publique par le service public

37. Au tournant des XIXème et XXème siècles, l'intervention publique se transforme. L'Etat demeure le centre de gravité de la puissance publique mais l'action de celle-ci ne se limite plus à l'intervention de celui-là. A travers la mission de service public, collectivités territoriales, établissements publics et personnes privées participent à l'action de la puissance publique, dont l'Etat n'a plus le monopole. L'avènement de la notion de service public en droit administratif justifie l'utilisation de prérogatives exorbitantes du droit commun par des personnes juridiques autres que l'Etat. Alors qu'à l'époque de l'Etat-gendarme, le droit administratif s'apparente au droit de l'Etat central réduit à ses fonctions régaliennes, la multiplication des services publics sous l'Etat-providence conduit à la diversification des personnes juridiques investies de prérogatives de puissance publique. La libéralisation organique de la puissance publique consiste donc en l'assouplissement des conditions requises pour accomplir une activité de puissance publique. L'atténuation de l'exorbitance organique du secteur public autorise le renforcement de l'office du juge de la puissance publique. En effet, la dispersion des prérogatives qui caractérisent le droit de la puissance publique entre des personnes juridiques plus humbles que l'Etat permet l'émancipation du juge administratif, désormais au centre de l'édification d'un droit de la puissance publique. La libéralisation organique de la puissance publique se traduit donc par l'émergence de nouveaux « acteurs » publics, et en particulier, par l'avènement d'un juge administratif.

A travers le prisme du service public, la libéralisation organique de la puissance publique accélère la construction de l'Etat de droit. Celui-ci procède de la désétatisation de la puissance publique (chapitre 1) puis de la consécration du juge de la puissance publique (chapitre 2).

Chapitre 1 - La désétatisation de la puissance publique

38. A la fin du XIXème siècle, face à l'avènement de la question sociale, l'intervention de la puissance publique est sollicitée. L'emprise de la pensée libérale, caractérisée par l'hostilité à l'égard de la toute-puissance de l'Etat, oblige les théoriciens du droit public à justifier le recours à la puissance publique sans pour autant exalter le rôle de l'Etat souverain. A travers la notion de service public, les juristes opèrent alors la distinction entre la puissance publique et la personne de l'Etat. L'intervention publique émane non seulement de l'Etat, mais également « *des personnes publiques secondaires* »[141] ou « *péri-étatiques* »[142] et de personnes privées, dès lors que celles-ci participent à l'exécution du service public. Permise par la notion de service public, la dissociation entre l'organisation administrative et l'Etat procède d'une définition désacralisée de la puissance publique. Celle-ci tend à devenir une organisation comme les autres, plus encline à servir l'autonomie de la société civile qu'à asseoir la domination de l'Etat souverain.

Par le service public, la décentralisation justifie la participation des personnes publiques secondaires à l'activité de la puissance publique (section 1), alors que l'association de personnes privées[143] à la mission de service public provoque la privatisation de la puissance publique (section 2).

[141] J-P. NEGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, Paris, 1971, p. 19.
[142] G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, LGDJ, 1991, Paris, p. 154.
[143] « *Le phénomène de la gestion de certains SPA par des organismes privés, ajouté à celui de la délégation de service public, constitue l'un des aspects de la privatisation des services publics.* […] *cette privatisation présente deux aspects indissolublement liés à l'intervention directe d'une personne privée dans la gestion de ces services publics, et un aspect lié à la mission de service public.* », J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Thémis droit, 16ème éd., Paris, 2014, p. 268.

SECTION 1 - LA DÉCENTRALISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC

L'aversion du libéralisme envers la puissance de l'Etat conduit la plupart des auteurs affiliés à la pensée libérale à promouvoir la décentralisation. Celle-ci assure une certaine limitation du pouvoir central et laisse augurer une organisation plus rationnelle de l'action publique. Cependant, l'unité politique de l'Etat sur laquelle s'est appuyée la Révolution libérale de 1789 commande de contenir le mouvement décentralisateur. Il existe dès lors un dilemme propre au libéralisme français à l'égard de la décentralisation (§1). Or, la notion de service public prescrit un équilibre entre centralisation politique et décentralisation administrative. Elle satisfait ainsi les préconisations libérales relatives à l'organisation administrative française, mais emporte également un risque de « *désinstitutionalisation* »[144] propre à l'impératif gestionnaire qui accompagne la décentralisation (§2).

§1 - Le dilemme libéral français à l'égard de la décentralisation

Alors que la défiance du libéralisme envers l'Etat conduit la plupart des penseurs libéraux à accorder une place privilégiée à la décentralisation parmi les institutions de la liberté (A), le courant libéral français n'est jamais parvenu à s'émanciper de la tutelle de l'Etat central (B).

A. Les aspirations libérales à la décentralisation

Dans l'histoire des idées politiques, la décentralisation n'est pas le monopole de la pensée libérale[145] mais la confiance que voue le libéralisme dans l'individu et son

[144] G. QUINTANE, « La désinstitutionalisation de l'administration », *in* J-P. BRAS, *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, 2008, Paris, p. 175.

[145] « *Pendant le Second Empire, un fort mouvement libéral et républicain s'est dessiné pour faire de la décentralisation un vecteur de limitation du pouvoir de l'administration. Le thème de la décentralisation ne saurait cependant se réduire à ce seul objectif. Il renvoie au XIXème siècle à toute une gamme d'usages qui se rapportent à des problématiques tour à tour légitimistes, libérales et républicaines.* », P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours,* Seuil, 1990, p. 79 ; « *Revendiquée par les uns,*

hostilité corollaire à l'égard du pouvoir étatique conduisent la majorité des penseurs libéraux à promouvoir la décentralisation[146]. « *Procédé d'affranchissement de l'individu* » qui « *n'a jamais cessé d'être une exigence libérale* » selon Georges Burdeau[147], il convient de lui accorder une place de premier rang au sein des « *institutions de la liberté* »[148] (I). L'importance de la décentralisation dans les écrits libéraux atteste que le libéralisme, loin de se réduire à la sauvegarde de la liberté individuelle, s'attèle à penser le social et constitue une véritable théorie du pouvoir politique (II).

I. Décentralisation et libertés

39. Pensée par les libéraux, la décentralisation a, tout d'abord, une fonction défensive ou négative. Elle est un contre-pouvoir essentiel face à l'impérialisme de l'Etat central[149], qu'il procède de l'absolutisme monarchique ou du despotisme démocratique. Contre la puissance royale, Montesquieu préconise de restaurer « *les puissances sociales* » par l'intermédiaire des Parlements locaux et de la noblesse afin de neutraliser le pouvoir central[150]. De même, pour Benjamin Constant, les libertés locales réservent un potentiel de résistance face à l'absorption de l'individu par « *la puissance sociale* »[151]. L'autonomie des autorités locales est nécessaire pour éviter à la révolution démocratique de connaître de funestes dénouements. Pleinement partisan de la

annexée par les autres, la décentralisation est en réalité comme le souligne le professeur Charles Eisenmann "politiquement neutre". », Y. MENY, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, LGDJ, Paris, 1974, p. 33.

[146] « *Dans la nébuleuse libérale, presque tous les auteurs s'accordent pour décentraliser* […] », G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société*, tome 1, 1789-1870, LexisNexis, Manuel, Paris, 2014, n°135, p. 191.

[147] « *Dans l'un et l'autre cas, la décentralisation est un procédé d'affranchissement de l'individu*. » et « *Quant à la décentralisation, il est superflu de rappeler qu'elle n'a jamais cessé d'être une exigence libérale* […] », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, Points, 1979, pp. 257 et 256.

[148] Dans un chapitre sur « l'Etat de droit », Catherine AUDART place la décentralisation parmi « *les institutions de la liberté* » aux côtés du « *gouvernement représentatif* », des « *élections libres* » et de « *la séparation des pouvoirs* ». Voir C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, Folio Essais, 2009, p. 247.

[149] « *Les libéraux considéraient la décentralisation comme un antidote contre le* "Pouvoir" *oppresseur et égalisateur, à ce titre elle avait une place dans la théorie des contre-pouvoirs.* », C. ROIG, « Théorie et réalité de la Décentralisation », *Revue française de science politique*, 1966, p. 455.

[150] « *Consistant en une association libre de groupes, non pas d'individus, il crée un double réseau de fidélités et d'allégeances qui se neutralisent, pour Montesquieu, en* "une société des sociétés" *dont le but est d'affaiblir la souveraineté et l'indivisibilité du pouvoir royal.* », C. AUDART, *op.cit.*, p. 247 ; « *Pour Montesquieu, la décentralisation constitue un frein aux excès du monarque au même titre que les privilèges de l'aristocratie.* », Y. MENY, *op.cit.*, p. 32.

[151] M. GAUCHET, « Préface », *in* B. CONSTANT, *Ecrits politiques. Textes choisis et annotés par Marcel Gauchet*, Gallimard, 1997, p. 62.

Révolution qui, par le triomphe du système électif sur le système héréditaire, a rendu la souveraineté au peuple, Benjamin Constant, témoin de la Terreur[152], est également parmi les premiers à prévenir du danger despotique d'un pouvoir qui, parce qu'il émane désormais de tous, serait légitime à s'inviter partout[153]. Dès lors, il convient de circonscrire précisément la puissance étatique et donc la compétence du législateur. Son œuvre doit se limiter à déclarer les relations qui existent entre les hommes. Le législateur constate des faits, il ne crée pas spontanément de loi. Un gouvernement central en charge de l'intérêt général est nécessaire mais son champ d'intervention doit être limité par le respect de l'indépendance individuelle et du pouvoir normatif des entités locales, dont l'autorité sera d'autant plus douce qu'elles auront en charge des affaires qui correspondent à leur « *sphère* »[154]. Cette exigence de contenir « *le pouvoir social* » dans « *la sphère qui lui revient* »[155] est également la préoccupation de Tocqueville car il voit dans la décentralisation administrative le seul moyen de freiner l'accroissement du pouvoir de l'Etat qui dépossède l'individu de toute initiative.

40. Ce plaidoyer contre « *la centralisation politique* » instrument d'une « *démocratie despotique et non pas libérale* »[156] s'appuie également sur le rôle essentiel des libertés locales dans la vie démocratique. Si parmi les libéraux français, Tocqueville a le mieux théorisé cette nécessaire décentralisation du pouvoir, l'œuvre de Constant présente déjà la dimension offensive ou positive de la fonction décentralisatrice dans une démocratie libérale. Le centralisme, cause de l'isolement de l'individu, condamne à vivre dans « *un présent rapide* »[157], par la destruction des coutumes et de la sociabilité locale, d'où jaillit le « *seul genre de patriotisme véritable* »[158]. A l'inverse, le respect de

---

[152] B. CONSTANT, *Des effets de la Terreur (1797),* Flammarion, Champs, p. 162.

[153] « *Mais de ce que le pouvoir social procède également et expressément de la volonté de tous, résulte-t-il qu'il s'étend à tous ?* », M. GAUCHET, « Préface », *op.cit.*, p. 81.

[154] « *Le gouvernement a une sphère qui lui est propre.* », B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, *op.cit.*, p. 682 ; « *Constant* […] *propose logiquement une* "décentralisation" *administrative et politique* […]. *Les intérêts de l'Etat et des autorités locales sont divisibles dans la mesure où,* in fine*, les institutions ont pour objet de préserver la liberté individuelle.* », G. BIGOT, *op.cit.*, n°136, pp. 193 et 194.

[155] « […] *le libéral désireux de voir le pouvoir social enfermé dans la seule sphère qui lui revient*. », F. BURDEAU, *Liberté, libertés locales chéries !,* Cujas, 1984, p. 126.

[156] « *Dans les termes de Tocqueville, la* "décentralisation administrative" *est un élément capital de la souveraineté démocratique, élément sans lequel la démocratie comme gouvernement pratiquant la* "centralisation politique" *est une démocratie despotique et non pas libérale.* », L. JAUME, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *in* G. KERVORKIAN, *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Ellipses, 2010, pp. 135 et 136.

[157] B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, *op.cit.*, p. 429.

[158] « […] *on voit le patriotisme qui naît des variétés locales, seul genre de patriotisme véritable, renaître comme de ses cendres, dès que la main du pouvoir allège un instant son action* », B. CONSTANT, *id*., p. 167

l'autonomie des autorités locales par la décentralisation permet aux gouvernés de se saisir des affaires publiques et de veiller à la défense de leurs intérêts collectifs. L'apprentissage de la citoyenneté passe donc par l'investissement dans les affaires locales[159]. La décentralisation semble être le sens de l'organisation démocratique. Par ailleurs, pour Tocqueville, l'éloge du *self government* corrobore la déconstruction des théories traditionnelles de la souveraineté qui confèrent à l'Etat, institution externe et supérieure à la société civile, le privilège d'imposer les orientations de l'intérêt général[160]. Aux Etats-Unis, où l'expérience démocratique est la plus pure, Tocqueville constate que la souveraineté du peuple « *sort de la commune pour s'emparer du gouvernement* »[161]. Elle s'exerce ainsi de bas en haut et non de haut en bas comme c'est le cas dans les vieilles monarchies constitutionnelles européennes[162]. Or, selon cette conception libérale de la souveraineté du peuple[163], la décentralisation se trouve au cœur de la dynamique démocratique car « *dans cette sphère restreinte qui est à sa portée, il* [le citoyen] *s'essaie à gouverner la société* »[164].

II. Décentralisation et libéralisme

41. Cette place accordée à la décentralisation par les penseurs et les publicistes libéraux éclaire, par ailleurs, la véritable nature de la pensée libérale. Alors que le centralisme enferme l'individu dans un égoïsme asocial et le dépossède de toute qualité citoyenne, le mérite de la décentralisation est de sortir l'individu de sa sphère privée et de l'initier aux affaires publiques. L'exigence décentralisatrice affirmée chez Constant, Tocqueville, Royer-Collard[165] ou Odilon-Barrot[166], exprime donc la crainte du

[159] « *A ses yeux, la démocratie communale est une école pour l'apprentissage de la liberté politique la plus immédiate* […] », L. JAUME, *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté*, Fayard, 2010, p. 41.
[160] « *Plongeant aux origines du modèle papal de la* "plénitude de puissance", *le concept de souveraineté s'accompagne de la prétention à l'infaillibilité : le souverain est celui qui est à même de se prononcer sur l'intérêt général, par sa position de suprématie, d'extériorité et parce qu'il jouit du point de vue d'ensemble.* », L. JAUME, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *op.cit.*, p. 137.
[161] « *La révolution américaine éclata. Le dogme de la souveraineté du peuple sortit de la commune et s'empara du gouvernement.* », TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Robert Lafont, Bouquin, Paris, 1986, p. 82.
[162] L. JAUME, *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté, op.cit.*, p. 39.
[163] L. JAUME, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *in* G. KEVORKIAN, *La pensée libérale*, *op.cit.*, p. 133.
[164] TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, *op.cit.*, p. 92.
[165] P-P. ROYER-COLLARD, *De la liberté de la presse. Discours*, Librairie de Médicis, Paris, 1949.
[166] O. BARROT, *De la centralisation et de ses effets*, Dumineray, Paris, 1861.

libéralisme envers les conséquences d'une organisation institutionnelle et administrative qui mènerait à l'isolement de l'individu[167]. Une fois livré à ses seules affaires privées, celui-ci pourrait se satisfaire de l'oppression qui l'étouffe[168], jusqu'à en perdre la conscience[169]. Pour que la liberté politique, que le libéralisme accorde avec confiance à l'individu, ne soit pas une coquille vide, il convient de veiller à ce qu'elle ne soit pas déconnectée de l'état social. Loin d'être une pensée fondée exclusivement sur la liberté d'un être abstrait qui se suffit à lui-même et dont la préservation est la seule préconisation pour l'organisation du politique, le libéralisme pense, par la décentralisation, l'articulation entre l'individu et le social, entre le social et le politique[170]. Le libéralisme voue sa pleine confiance en la liberté de l'individu, mais se prémunit contre l'individualisme funeste, par la décentralisation. Elément de la traduction institutionnelle et administrative du libéralisme, la décentralisation teinte donc, tout au long du XIXème siècle, la pensée libérale d'un certain « *sociologisme* »[171] qui se retrouvera au fondement de la notion de service public, érigée par la doctrine publiciste au début du XXème siècle, pour permettre à la puissance publique de répondre à l'avènement de la question sociale.

B. L'Etat, « tuteur » du libéralisme français

Au sein de la pensée libérale, la genèse du libéralisme français se singularise sur un point capital : le problème que pose la Révolution. Alors que la « *mouvance libérale* » postule l'autonomie de la société civile pour faire du pouvoir de l'Etat un instrument à la fois extérieur et circonscrit, les libéraux français ont dû compter sur

---

[167] « *Pour que l'individu devienne une force dans l'Etat, c'est-à-dire, pour que ses droits soient respectés, que son énergie naturelle ne soit pas entravée, il ne faut pas qu'il reste isolé, sans quoi l'Etat l'écrase et l'absorbe inévitablement.* », *id*., p. 207.

[168] « […] *la force et la vitalité des sociétés grandit ou s'affaiblit, selon que les facultés et les droits de l'individu y sont respectés ou étouffés par le pouvoir central* », *id*., p. 27.

[169] « *D'un autre côté, dépouiller l'individu de toute participation aux affaires communes, c'est non seulement le décharger de toute responsabilité, mais lui en faire perdre jusqu'à la conscience.* », *id.*, p. 155.

[170] « *C'est ici que Constant renoue avec l'esprit de 1789, du moins avec la logique d'un pouvoir ascendant où l'individu est la pierre angulaire d'un édifice social qu'il bâtit pour sa garantie. Il ne nie pas que le pouvoir transcende l'individu, mais le propre du libéralisme politique est de considérer la construction politique à partir des rapports interindividuels* […] », G. BIGOT, *op.cit.*, n°136, p. 194.

[171] « *Le* "sociologisme" *que nous évoquions plus haut trouve ici une expression aussi franche que remarquable* » ; M. GAUCHET, « préface », *op.cit.,* p. 69 ; « *La souveraineté deviendrait-elle, sous la plume de Tocqueville, un concept sociologique ?* », L. JAUME, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *op.cit.*, p. 135.

l'Etat central pour accomplir la Révolution[172]. Cette équivoque dans les rapports entre l'émancipation de la société civile et le rôle accordé au pouvoir central confère aux processus de centralisation et de décentralisation, dans la tradition libérale française, une tonalité particulière. Les libéraux se sont appuyés sur la centralisation pour faire la Révolution (I) et la décentralisation administrative a été, paradoxalement, un instrument au service de la stabilisation et du renforcement du pouvoir central dans le but de terminer la Révolution[173] (II). L'équilibre entre centralisation et décentralisation préconisé par les libéraux français permet de comprendre les caractères principaux de la « *constitution administrative* »[174] que la France se forge au cours du XIXème siècle (III).

I. La centralisation, condition de la Révolution libérale individualiste

42. Les principes de 1789 proclamés, le règne de la liberté s'amorce, en France, par une grande prohibition. L'abolition des corporations et des corps intermédiaires pour laisser libre cours aux libertés individuelles est à la fois une manifestation et une cause de l'accroissement du rôle de l'Etat central. La Révolution s'appuie sur le centralisme de l'Ancien Régime, non seulement selon une certaine continuité historique décrite par Tocqueville[175], mais également par nécessité fonctionnelle. La libération de l'individu découle du déploiement de la puissance de l'Etat central et de sa capacité à contenir le rôle des corps intermédiaires[176]. Ainsi le face-à-face entre l'individu et l'Etat opéré par

---

[172] « *Pour Benjamin Constant, il faut accepter la séparation entre la société et l'Etat, et la gérer rationnellement* […] *Du côté doctrinaire, le projet confère la primauté au sociologique sur le politique : l'énigme de la Révolution, sa capacité à faire renaître les passions dans les esprits et les émeutes dans la rue connaîtra une fin dès lors que les héritiers du tiers état exerceront la gestion des intérêt sociaux à travers l'Etat et ses prolongement administratifs.* », L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris, 1997, p. 149.

[173] « *Comment fonder un régime libre ? Ce problème, que la Révolution française pose sans le résoudre, Guizot le reprend là où les libéraux thermidoriens l'avaient laissé. Car pour lui, comme pour Constant et Mme de Staël avant lui, il est toujours question de terminer la Révolution en l'enracinant dans la loi. D'une génération d'intellectuels à l'autre, séparées par l'avènement d'une dictature et sa chute, le programme politique demeure le même : fonder en France un droit public, créer des institutions stables qui garantissent l'ordre et la liberté.* », M. VALENSISE, *in François Guizot et la culture de son temps. Colloque de la fondation Guizot-Val Richer*, Gallimard, Le Seuil, Paris, 1991, p. 16.

[174] G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 793.

[175] TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Lafont, Bouquins, Paris, 1986, p. 1068.

[176] « *La réticence à considérer les corps intermédiaires comme des instruments de liberté, des moyens d'action et de défense pour organiser l'autonomie des groupes et des personnes ou des moyens de gouvernement a aussi des racines internes au libéralisme français lui-même.* », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, *op.cit.*, p. 218.

la Constituante à la suite de la Révolution répond aux exigences centralisatrices du « *premier programme libéral* »[177] de la fin du XVIIIème siècle[178]. Dès l'origine donc, le libéralisme français se distingue du libéralisme anglo-saxon par son incapacité à penser l'autonomie « *pure* » de l'individu[179]. Le libéralisme, en France, ne peut se passer de la tutelle de l'Etat[180]. Pour reprendre l'analyse du professeur Pierre Rosanvallon, le modèle politique français issu de la Révolution est libéral mais caractérisé par une forte polarisation entre l'individu d'un côté et l'Etat de l'autre. Cette polarisation, indispensable à la réalisation de la liberté individuelle, conduit les penseurs et publicistes libéraux français à défendre une certaine centralisation[181]. Cela étant, au début du XIXème siècle, l'arrivée des libéraux doctrinaires au gouvernement montre que centralisation politique et décentralisation de l'appareil administratif sont deux processus davantage complémentaires qu'antagonistes.

II. La combinaison de la décentralisation administrative et de la centralisation politique[182]

43. La singularité du libéralisme français à l'égard de l'aménagement administratif de l'Etat trouve ses origines dans la conception de la dynamique révolutionnaire, mais se cristallise durant la Restauration, notamment à travers les écrits de Guizot et son œuvre au gouvernement. Guizot, chef de file des libéraux doctrinaires, refuse la

---

[177] P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration à nos jours*, PUF, Thèmis, Paris, 1968, p. 74.

[178] « *La centralisation : l'œuvre de la Constituante et du Consulat ruina les pouvoirs intermédiaires, contre lesquels la royauté avait eu à soutenir des conflits si fréquents. L'uniformité fut une revendication du libéralisme français au XVIIIème siècle ce qui le distingue profondément du libéralisme anglais ; ce trait a été souvent relevé au XXème siècle. Cette grande réalisation révolutionnaire supposait certaines conditions, déjà définies dans les doctrines : abolition des ordres et corporations, nouveau découpage géographique (v. les projets de Le Trosne, d'Argenson, Turgot, Dupont de Nemours), qui constituent un achèvement historique.* », *id*., p. 76.

[179] « *Le modèle politique français (et sa philosophie de la liberté) est ainsi fondé en définitive sur une certaine appréhension de la puissance et sur une certaine vision de la société civile.* […] *Mais vision de la société civile aussi, avec l'idée implicite que l'individu n'est pas capable d'être maître de lui-même. C'est une culture capacitaire qui sous-tend en fin de compte la résistance à la décentralisation.* », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, *op.cit.*, p. 226.

[180] « *A sa façon, l'école doctrinaire dit que le libéralisme ne peut être un libéralisme contre l'Etat (ce que Constant* "tribun" *pouvait laisser croire), mais par lui, par son chef et par ses moyens administratifs.* », L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op.cit.*, p. 168.

[181] C. DUPONT-WHITE, *La centralisation : suite de « l'individu et l'Etat »*, Guillaumin, Paris, 1860.

[182] « *D'autre part, la décentralisation administrative ne détruit pas la centralisation, elle se combine avec elle pour lui faire contrepoids ; il subsiste donc une administration centrale de l'Etat* […] », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002 (réédition de la 12ème édition de 1933), p. 85.

distinction artificielle que posent les libéraux classiques entre la société civile et le pouvoir[183]. Selon ces derniers, la société civile a une existence spontanée et autonome. L'Etat n'est qu'un instrument extérieur, un mal nécessaire, subordonné à la souveraineté de la volonté, émanation du contrat social. Guizot s'oppose à l'articulation d'un pouvoir, instrument de la société[184], parce qu'il récuse la conception de la souveraineté qui la soutient. Il faut, selon lui, exclure toute notion de souveraineté de la volonté, individuelle ou collective[185]. Il n'y a de souveraineté que transcendantale, non pas « *divine* », mais de « *la raison* ». Or, ce règne de la raison guide la société à travers le gouvernement représentatif réservé aux plus capables ; et si les institutions sont bien conçues, le pouvoir croît alors conjointement avec la garantie de la liberté dans la société[186]. Le progrès de la civilisation est parallèle au renforcement du pouvoir social qui suppose la centralisation politique[187]. Pour autant, la décentralisation n'est pas moins nécessaire[188], mais dans une perspective radicalement différente de celle,

---

[183] « […] *Guizot fonde son libéralisme sur des bases qui non seulement se distinguent de celles du libéralisme classique, mais encore les contredisent ; Pour le dire d'un mot, il récuse la conception « conventionnaliste » ou « artificialiste » du pouvoir, ou encore, il récuse le primat de la volonté, individuelle aussi bien que collective. La seule « souveraineté » concevable à ses yeux est celle de la* "raison" *ou du* "droit", *elle ne saurait donc jamais se trouver telle quelle dans une institution ou une personne individuelle ou collective.* », P. MANENT, *Les libéraux*, Gallimard, Tel, 2001, p. 535.

[184] « *Il le fait en attaquant frontalement ce qu'on pourrait appeler l'idée libérale par excellence, celle du pouvoir-serviteur-de-la-société. Cette idée suppose que le pouvoir est un artefact inventé par la société qui seule serait vraiment* "naturelle" *pour garantir ses droits et protéger ses intérêts.* », *id.*, p. 520.

[185] « *Le fond de la philosophie politique de Guizot réside en ceci qu'il rejette résolument le rôle politique fondateur de la volonté humaine ou individuelle ou collective. Par-là, il rompt avec toute la tradition de la philosophie moderne. Or, la distinction entre la société civile et l'Etat suppose le rôle politique fondateur de la volonté : pour que l'Etat puisse être l'instrument de la société, il faut qu'il ait sa source,* […] *dans la souveraineté de la volonté* […] *Aussi la critique radicale adressée par Guizot à la divinisation moderne de la volonté humaine met-elle radicalement en cause la distinction entre la société civile et l'Etat.* », P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Hachette Littératures, Pluriel, 1987, p. 216.

[186] « *Telle est l'idée mère de Guizot : le développement politique moderne conduit à l'accroissement simultané de l'action du pouvoir sur la société et de l'influence de la société sur le pouvoir.* », *id.*, p. 205.

[187] « *Guizot va ici à contre-courant en refusant d'assimiler la centralisation au despotisme. Le mouvement de centralisation est en effet pour lui le cœur du lent travail de la civilisation.* », P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, *op.cit.*, p. 59 ; « *Si Guizot ne retrace pas l'histoire de la Révolution, il en fait ainsi la théorie. La civilisation européenne se caractérise pour lui par la réalisation de deux faits principaux ; la formation des Etats-nations (mouvement de centralisation et principe d'unité) et l'affranchissement de l'esprit humain (mouvement de liberté et principe d'égalité)* […] *Mais ce nœud est en même temps une crise, dans la mesure où les deux principes du libre examen et de la centralisation du pouvoir ont quelque chose de contradictoire entre eux, « l'un étant la défaite du pouvoir absolu dans l'ordre spirituel, l'autre sa victoire dans l'ordre temporel. »* », P. ROSANVALLON, « Guizot et la Révolution française », *in* M. VALENSISE, *François Guizot et la culture de son temps*, *op.cit.*, p. 61.

[188] « *Si la vie et les besoins de la société s'expriment dans les Chambres, ils doivent aussi s'insérer dans un travail beaucoup plus capillarisé de la représentation. Il faut comprendre dans cette optique très particulière l'importance du thème de la décentralisation chez les doctrinaires*. », P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, *op.cit.*, p. 58.

défensive, orientée contre le pouvoir et défendue par les penseurs libéraux classiques[189]. La décentralisation doit permettre d'asseoir l'autorité et l'efficacité du pouvoir central ; elle a donc pour les libéraux, de la Restauration à la fin du Second Empire, une visée essentiellement administrative[190]. Cette conception de la décentralisation, au service du pouvoir central[191], qui correspond davantage à ce que l'on nomme déconcentration au XXème siècle[192], a irrigué les programmes des publicistes libéraux tout au long du XIXème siècle[193], comme en témoigne la description de la « *vraie décentralisation* »[194] par Paul Leroy-Beaulieu en 1872. La décentralisation administrative n'est acceptable, pour Dupont-White, que si elle n'entrave pas le principe supérieur de « *la Centralisation politique* »[195] par le maintien d'une tutelle administrative de l'Etat

[189] « *Guizot ne peut donc concevoir la décentralisation comme Benjamin Constant pour qui le pouvoir local est lié à l'existence de sphères autonomes, de niveaux indépendants de la vie sociale, en même temps qu'il l'appréhende comme un moyen de limitation du pouvoir central. La décentralisation est au contraire pour Guizot un moyen de renforcer le pouvoir social, de telle sorte qu'elle devient très clairement le moyen d'une centralisation/ unification renforcée.* », P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, *op.cit.*, pp. 62 et 63.

[190] « *La perspective des doctrinaires n'est donc pas tant de combattre la centralisation que de réaliser une centralisation de type nouveau. Il ne s'agit pas pour eux de célébrer les communes contre la monarchie absolue mais de donner son plein effet au travail de celle-ci dans une société d'égalité au sein de laquelle on ne puisse plus dissocier le centre de la périphérie, la société civile de l'Etat, le pouvoir local du pouvoir central.* », *id.*, p. 60.

[191] « *L'idée du pouvoir social repose en effet sur la visée d'un encastrement du politique dans le social. Ce n'est plus seulement la société qui doit être représentée dans le système politique pour Guizot, mais le pouvoir social qui doit être également reconnu comme partout présent dans la société. La décentralisation, dans ces conditions, n'implique pas une limitation du pouvoir central, une concession faite par l'Etat à la société civile. Elle est au contraire un moyen de constituer un pouvoir social plus homogène et plus fort, de l'enraciner dans les profondeurs du social.* », *id.*, p. 58.

[192] « *Cependant, seul le terme « décentralisation » existait, et il était seul employé pour rendre compte de ces situations différentes* […] *puisque* "décentralisation" *était alors couramment employée pour* "déconcentration". », G. SAUTEL, « Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif : aux origines du terme « déconcentration » », *in Le Pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Lgdj, 1977, 1190 p., 983.

[193] « *A bien des égards, même les lois de la Monarchie de Juillet concernaient plus la déconcentration – ce qui revient à maintenir le centralisme en le déplaçant – que la décentralisation. Ce n'est qu'avec la IIIème République que la décentralisation est devenue un objectif étatique.* », N.FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème siècle au XXème siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, Paris, 2003, p. 98.

[194] *La vraie décentralisation, écrit-il, ne consiste pas seulement à transporter d'une circonscription plus petite ou plus rapprochée, ou même d'un fonctionnaire à un conseil électif, la décision des affaires locales; elle consiste beaucoup plus à accroître la sphère d'action de l'individu et de la famille, à réduire au minimum possible les autorisations préalables et toutes les formalités dont le nombre excessif en France a étouffé l'esprit d'initiative*. », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Administration locale en France et en Angleterre*, 1872, p. 437.

[195] C. DUPONT-WHITE, *op.cit.*, p. 22.

sur les collectivités locales[196]. La décentralisation importe pour les libéraux, mais sous « *le contrôle énergique de l'Etat* », insiste Jean Barthélémy[197].

III. L'équilibre entre centralisation politique et décentralisation administrative au cœur de la constitution administrative de la France

44. La domination du libéralisme de gouvernement – celui des doctrinaires – au cours du XIXème siècle lègue à la tradition libérale française, une conception singulière du pouvoir, du social et de l'administration qui se reflètera dans la constitution administrative de la France[198]. Le libéralisme français, qu'il émane des penseurs et publicistes de la fin du XVIIIème ou des doctrinaires du XIXème siècle, conçoit des rapports harmonieux entre le pouvoir et la liberté[199], d'autant plus si ce pouvoir échappe à l'arbitraire grâce à la centralisation[200]. Les libéraux français qu'il s'agisse d'ailleurs de Constant, de Tocqueville, mais surtout de Guizot, comprennent que l'émancipation des sociétés modernes, l'influence croissante de la société sur le pouvoir s'accompagnent, en contrepartie, d'une emprise toujours plus importante du pouvoir sur la société[201]. Ces

---

[196] *Id*., p. 22

[197] « *Que les localités aient une initiative toujours plus grande ! Nous le voulons. Mais nous réclamerons toujours le contrôle énergique de l'Etat.* », J. BARTHELEMY, « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *RDP*, 1909, p. 154.

[198] « *La force de ce* "libéralisme jacobin" *tient au fait qu'il lie philosophie du pouvoir et philosophie de la liberté, il refuse de considérer isolément la seconde. C'est par le libéralisme que le jacobinisme s'est acclimaté en France. C'est pourquoi il a facilement supplanté le libéralisme* "traditionnel". *Ce dernier de Benjamin Constant à Prévost-Paradol, de Daunou à Laboulaye, de Tocqueville à Leroy-Beaulieu a certainement compté parmi les écrivains les plus brillants et les plus profonds. Mais il n'a jamais réussi à constituer une culture de gouvernement.* », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*, *op.cit.*, p. 223 ; « *Quant à la décentralisation, il est superflu de rappeler qu'elle n'a jamais cessé d'être une exigence libérale alors même qu'en France le libéralisme vécu s'est fort bien accommodé de l'Etat centralisateur.* », G. BURDEAU, *op.cit.*, p. 256.

[199] « *La liberté politique en France n'est donc pas le fruit de l'indépendance des personnes mais de la capacité du pouvoir à se retrouver en harmonie avec les besoins profonds de la société ; l'idée est celle d'un pouvoir tuteur et éducateur de la société parce qu'il connaît ses besoins.* », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*, *op.cit.*, p. 226.

[200] « *Combien seraient plus imparfaites les sauve-gardes qu'on les chercherait dans une institution locale* », F. GUIZOT, « Réflexions sur l'organisation municipale et sur les conseils généraux de département », *Archives philosophiques, politiques et littéraires*, t. IV, n°16, octobre 1818, p. 429, cité par P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*, *op.cit.*, p. 219 ; « *En temps de liberté politique, la centralisation ne semble avoir que des avantages.* », CH. REMUSAT, *Mémoires de ma vie*, Paris, 1960, tome III, p. 327, cité par P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*, *op.cit.*, p. 219.

[201] « *Guizot est certainement un des premiers auteurs à avoir perçu que l'idée du gouvernement représentatif, que la distinction entre la société civile et l'Etat étaient lourdes, contrairement à l'intention ou à la postulation libérale originelle, d'une extension considérable du pouvoir de l'Etat sur la société civile, extension qui aurait sa source moins dans les propensions despotiques du pouvoir que dans la « demande sociale », comme nous disons aujourd'hui*. », P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op.cit.*, p. 208.

grands auteurs ont finalement conscience dès le début du XIXème siècle de l'impasse ou du nœud libéral : la Révolution libérale a conduit à la désacralisation d'un pouvoir que la société exerce désormais sur elle-même ; mais ce renversement entraîne le renforcement du « *pouvoir social* » exercé par l'Etat[202]. De ce rapport entre l'émancipation de la société civile et la croissance du pouvoir social[203] découle une constitution administrative propre à la France dont on peut dégager ici deux caractéristiques : celle-ci vise tant à limiter le pouvoir qu'à légitimer sa croissance, d'une part, et, d'autre part, elle assure la tutelle du pouvoir central autant que le service de la société civile à travers un maillage administratif décentralisé mais coordonné par l'Etat. De ces exigences libérales davantage contradictoires qu'antagonistes et propres à l'histoire politique française, naît un équilibre singulier entre centralisation politique et décentralisation administrative que la notion de service public cristallise au cœur de notre droit public moderne.

§2 - La puissance publique « éparpillée » par le service public

Conformément aux préconisations libérales, le service public conduit à l'organisation décentralisée de l'administration (A), mais la réduction de l'institution administrative à un principe gestionnaire d'organisation ouvre la voie à un phénomène propre au tournant néo-libéral : la désinstitutionalisation de la puissance publique (B).

A. L'organisation décentralisée de l'administration ou le compromis du libéralisme français

Au tournant des XIXème et XXème siècles, l'avènement du service public traduit un bouleversement de la théorie de l'Etat (I) sans pour autant remettre en cause l'unité de l'Etat libéral (II).

---

[202] « *L'idée du caractère essentiellement subordonné du pouvoir politique méconnaît la dynamique spécifique et irrésistible des rapports entre l'Etat et la société civile, dynamique qui exclut que la non-intervention, le laissez faire, laissez passer puisse être la maxime du gouvernement.* », *id*., p. 207.

[203] « *L'accroissement de l'influence du pouvoir sur la société et de celle de la société sur le pouvoir, ce double mouvement n'est pas contradictoire, il n'est que l'endroit et l'envers d'un unique phénomène, à la fois social et politique* […] », *id*., p. 209.

I. La notion de service public et la théorie de l'Etat

45. L'émergence de la notion de service public au fondement du droit public est un préalable indispensable à la décentralisation, dans la mesure où la participation d'autres personnes morales que l'Etat à la puissance publique suppose la désacralisation organique du pouvoir. Lorsqu'à l'époque classique, la principale fonction des pouvoirs publics consiste au maintien de l'ordre public par le monopole de la violence légitime[204], elle ne peut émaner que d'un organe dont la supériorité est incontestable : l'Etat souverain. La relation administrative entre la puissance publique et l'administré est alors caractérisée par la transcendance de l'organe exécutif. Or, comme l'expose Maurice Hauriou dans sa préface, « *Puissance publique et service public* », à la onzième édition de son *Précis*[205], c'est à travers le prisme du service public que « *l'idée de service s'est substituée à celle de la domination dans les préoccupations du pouvoir* »[206]. Cette révolution de la définition du pouvoir « *est l'œuvre de la lente diffusion d'une idée* »[207] à laquelle le pouvoir « *s'est plié de lui-même* »[208], faisant basculer la relation administrative de la transcendance de la sujétion à la puissance publique vers l'immanence du service de l'administré. *Les transformations du droit public* décrites par Léon Duguit révèlent également la disparition d'une conception impérialiste du pouvoir des gouvernants sur les gouvernés au profit d'une obligation de servir les gouvernés par des gouvernants. Dans le système impérialiste, la relation de pouvoir au fondement du droit public est caractérisée par la souveraineté du gouvernant. Une fois la puissance publique fondée sur la notion de service public, l'autorité n'est plus le critère d'identification des gouvernants tant qu'ils sont au service du public[209]. Le renversement de la relation de pouvoir opéré par la notion de service public aboutit à une conception plus fonctionnelle de la puissance publique. En découle la désacralisation organique de l'Administration, à laquelle non seulement l'Etat central

[204] Selon le concept forgé par Max Weber dans *Le Savant et le Politique*, Poche, 2002.
[205] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op.cit.*
[206] M. HAURIOU, « Préface à la onzième édition », *id.* p. 14 ; « *C'est l'idée de servir plutôt que celle de dominer qui anime l'organisation administrative de la puissance publique* », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, thèse, Université de Toulouse 1, 1998, p. 1001.
[207] *Ibid*.
[208] *Ibid*.
[209] « *Dans l'œuvre de Léon Duguit, l'Etat ne se définit en effet pas par l'autorité et les prérogatives de puissance publique qu'il endosse mais par l'activité qu'il accomplit* […] », K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif*, Economica, Paris, 2010, p. 148.

mais aussi « *les personnes publiques secondaires* »[210] peuvent participer. Ainsi les deux principaux théoriciens du droit public du tournant du XXème siècle, Léon Duguit et Maurice Hauriou analysent le mouvement de décentralisation de la puissance publique à l'aune de l'émergence de la notion de service public.

46. Au fondement du droit public moderne, le service public légitime et accroît les fonctions de l'Etat dont la finalité est de satisfaire aux besoins de la société, mais le développement des services publics s'accompagne également d'une transformation organique de la puissance publique dont la décentralisation est toujours plus effective. Pour Léon Duguit, la décentralisation s'analyse comme un processus de compensation de l'extension de la sphère publique, induite par la multiplication des services publics, afin de contenir la puissance de l'Etat[211]. Selon Maurice Hauriou, dans un premier temps du moins, la décentralisation de la puissance publique est davantage un processus administratif[212] qui « *se combine* » avec le progrès de la centralisation politique[213]. Mais pour les deux auteurs, la décentralisation de la puissance publique par le service public revêt deux formes : la décentralisation territoriale et la décentralisation fonctionnelle ou par service. Dans le premier cas, la satisfaction des besoins sociaux à l'échelle locale suppose la création de services publics locaux ou la collaboration des autorités administratives locales à la gestion des « *services généraux* »[214] ou nationaux. Dans le second cas, le service public est le cadre même de la décentralisation fonctionnelle puisque les établissements publics sont des services publics personnifiés[215]. Le service

---

[210] « *Si, à l'heure qu'il est, le recours pour excès de pouvoir est admis contre les actes dits de pure administration, nous sommes convaincus que c'est dû, en grande partie, à ce que la décentralisation a fait perdre à la puissance publique de sa majesté, en en confiant une partie à des personnes publiques secondaires.* » M. HAURIOU, « Décentralisation », *op.cit.*, p. 490.

[211] « *Seulement, en même temps que s'accroît ainsi la sphère d'action de l'Etat, Duguit constatait que cet Etat tend à s'assouplir dans sa constitution et ses modalités d'action. Il caractérisait cette transformation sous le terme de* "décentralisation par service public" […] », G. PIROU, « Léon Duguit et l'Economie politique », *Revue d'économie politique*, 1933, n°1, p. 83.

[212] « *Mais Hauriou n'est pas dupe de sa formule et analyse le phénomène de la décentralisation avec précision et lucidité :* "Il n'y a point d'autre décentralisation que la décentralisation administrative", *c'est-à-dire qu'elle ne concerne que le* "fonctionnement des services publics". *Cette référence aux services publics permet d'opposer décentralisation et fédéralisme.* », F. FOURNIE, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 245, 2005, p. 236.

[213] « *D'autre part, la décentralisation administrative ne détruit pas la centralisation, elle se combine avec elle pour lui faire contrepoids ; il subsiste donc une administration centrale de l'Etat* […] », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, op.cit.*, p. 85.

[214] M. HAURIOU, « Décentralisation », in L. BEQUET et P. DUPRE, *Répertoire du doit administratif*, Paul Dupont, Paris, 1892, p. 472.

[215] « *S'agissant des établissements publics, qui se définissent comme des services publics dotés d'une personnalité juridique distincte de celle des personnes publiques (Etat ou collectivités territoriales) qui*

impose la forme de l'organisation. La définition de la puissance publique par le service public renvoie donc à une conception désacralisée d'un Etat désormais décentralisé qui s'apparente à une « *coopération de services publics* »[216] auquel participent différentes personnes morales administratives secondaires.

II. Le service public et l'unité de l'Etat

Le service public décentralise la puissance publique, mais il contient le mouvement décentralisateur dans sa dimension administrative. L'unité politique de l'Etat est préservée (a) et l'uniformité de la relation administrative sur le territoire national, renforcée (b).

a. Décentralisation administrative et unité politique de l'Etat

47. Le transfert de services publics aux collectivités territoriales et la création d'établissements publics ne portent pas atteinte à l'unité politique de la société constituée par la loi[217]. Processus essentiellement administratif, la décentralisation, à laquelle conduit la définition de la puissance publique par le service public, se limite à l'exécution des services publics[218]. L'augmentation du nombre de services assumés par la puissance publique est compensée par la décentralisation des autorités publiques en charge de ces derniers, mais ce mouvement est de nature administrative. La décentralisation n'empiète pas sur l'organisation de la liberté politique, expression de la volonté générale[219]. D'ailleurs, la Constitution de la Vème République réserve la

---

les ont créés […]. », C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Dalloz, Cours, 5ème éd., 2010, Paris, n°10, p. 9.

[216] « […] *l'Etat n'est pas comme on a voulu le faire croire et comme on a cru quelques temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants.* », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, tome 1, Théorie générale de l'Etat*, Fontemoing, 1911, p. 98.

[217] « *Ce qui constitue l'unité de l'Etat, c'est l'unité de la loi et du Souverain en tant qu'il fait la loi ; ce qui constitue le fédéralisme, c'est la diversité des lois et l'existence de plusieurs souverainetés secondaires* [...] *cela n'intéresse pas le Droit administratif, parce que c'est indifférent à l'organisation des services publics.* », M. HAURIOU, « Décentralisation », *Répertoire Béquet*, p. 473.

[218] « *Au point de vue du droit, la décentralisation est une manière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance de droits de puissance publique, et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant ces droits* […] », *id*., p. 482.

[219] « *D'abord, il ne faut pas confondre la décentralisation administrative avec la décentralisation politique ou fédéralisme. La décentralisation politique supposerait brisée dans le pays l'unité du droit.*

maîtrise de la décentralisation au législateur puisque tant la création des collectivités territoriales et des nouvelles catégories d'établissements publics que la répartition des compétences entre les autorités publiques appartiennent au domaine de la loi[220]. En outre, grâce à la vigilance du Conseil constitutionnel, même le législateur n'a pu émanciper le mouvement de décentralisation de la tutelle de l'Etat central sur l'organisation des services publics par les personnes publiques secondaires. En effet, la loi de décentralisation de 1982[221] prévoyait d'accroître les libertés locales notamment par la réforme du déféré préfectoral : à la nécessaire approbation préalable des actes des collectivités territoriales et de leurs groupements par le représentant de l'Etat, succédait la faculté du préfet de solliciter *a posteriori* le contrôle du juge administratif[222]. Or, par la décision du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel conditionne le caractère exécutoire des actes des collectivités locales à leur transmission au préfet[223] et, au travers de la décision du 21 janvier 1994, il procède à une interprétation plus contraignante de l'article 72 de la Constitution en considérant que le représentant de l'Etat est « *tenu* » d'assurer le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales[224]. Dans le même souci de préserver « *les équilibres nés des lois de décentralisation* »[225], le Conseil d'Etat a étendu le champ d'application du déféré préfectoral à l'ensemble des actes de droit public émanant des autorités locales. Même les actes dont la transmission au représentant de l'Etat n'est pas rendue obligatoire par la loi[226] ainsi que les délibérations ne faisant pas grief[227] et les décisions implicites de

---

Les circonscriptions locales, qui seraient des provinces ou des Etats secondaires, se feraient une législation spéciale, l'Etat deviendrait fédéral. », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, op.cit.,* p. 85.

[220] Constitution du 4 octobre 1958, art. 34.

[221] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

[222] « […] *la philosophie de la réforme intervenue en 1982, dans le cadre de la relance du processus de décentralisation, est simple : à un régime d'approbation préalable assorti du pouvoir d'annulation, et parfois animé par des considérations d'opportunité, a succédé pour l'essentiel un contrôle* a posteriori, *fondé sur l'examen de la légalité de l'acte dont il revient désormais au seul juge administratif de sanctionner le non-respect. Il s'agit là d'un changement majeur.* », C. GUETTIER, *Institutions administratives, op.cit.,* n°343, p. 353.

[223] CC, décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions,* cons. 6.

[224] CC, décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 21.

[225] « *Nous ne croyons pas enfin qu'admettre la recevabilité de telles actions du préfet bouleverserait les équilibres nés des lois de décentralisation et porterait atteinte à la libre administration des collectivités locales.* », J-H. STAHL, aux conclusions de l'arrêt CE 28 février 1997, *Commune du Port, RFDA,* 1997, p. 1190 ; « […] *l'équilibre général sur lequel repose le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales que le représentant de l'État est tenu d'assurer en vertu du troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution ;* », CC, décision du 21 janvier 1994, *op.cit.,* cons. 21.

[226] CE 4 novembre 1994 *Département de la Sarthe, Rec.* p. 1109.

rejet provoquées par le préfet sont susceptibles d'être déférés à la juridiction administrative[228]. Cette jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat confirme que la décentralisation ne progresse pas au détriment de la tutelle de l'Etat central mais davantage au gré de sa transformation[229]. La tutelle administrative est bien, en France, selon une expression de Pierre Legendre, « *une tradition clé* »[230] du processus libéral de décentralisation. Garante de l'unité politique de l'Etat, elle sert avant tout à empêcher les administrations locales « *de sortir de leurs compétences et de s'aventurer sur le terrain politique* »[231], mais elle permet également de tempérer la contrainte du pouvoir central[232]. Induite par la notion de service public, la décentralisation revêt un caractère principalement administratif qui n'entrave nullement le règne de la loi et partant l'unité politique de l'Etat.

b. L'uniformité administrative par les lois du service public

48. Loin de menacer l'unité politique de la nation, la décentralisation de l'exécution des services publics renforce le maillage administratif de l'Etat. Si la décentralisation se traduit par le transfert de l'exécution des services publics à des autorités décentralisées, elle n'introduit pas d'inégalité entre les administrés devant la puissance publique. Au contraire, le régime administratif véhiculé par les lois du service public garantit la continuité et l'uniformité de la relation entre les administrés et les autorités publiques sur l'ensemble du territoire national malgré la décentralisation[233]. Comme le saisit

---

[227] CE, 15 avril 1996, *Syndicat des hospitaliers de Bédarieux*, N°120273.
[228] CE, 28 février 1997, *Commune du Port*, *op.cit.*
[229] « […] *certains ont pu considérer que cette réforme s'était traduite par une transformation de la tutelle plutôt que par son allègement* […] *on constate que le mécanisme créé par les textes sur la décentralisation confère au représentant de l'Etat dans le département ou dans la région des prérogatives importantes, qui ne sont pas sans évoquer parfois l'ancienne tutelle par substitution.* » C. GUETTIER, *Institutions administratives*, *op.cit.*, p. 354.
[230] « *Une tradition clé : la tutelle administrative* […] », P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'Etat en France. L'Administration classique*, Fayard, Les savoirs, 1992, p. 146.
[231] « *A la fin du XIXème siècle, cette tutelle administrative s'exerce avec une grande rigueur, s'attachant notamment à ce que les administrations locales ne sortent pas de leurs compétences et ne s'aventurent pas sur le terrain politique*. », G. BIGOT et T. LE YONCOURT, *L'Administration française. Politique, droit et société*, tome 2 1870-1944, LexisNexis, Manuel, Paris, 2014, p. 130.
[232] « *L'autorité du préfet joue à double sens.* », P. LEGENDRE, *op.cit.*, p. 141.
[233] « *La décentralisation administrative respecte l'unité de la loi, les assemblées décentralisées n'ont point de pouvoirs législatifs, elles n'ont que des pouvoirs administratifs.* », *ibid.* ; « *Sur le plan des mécanismes juridiques de l'administration, l'aménagement départemental devait permettre effectivement de donner consistance à la simplicité et à l'uniformité. Tous les services, toutes les procédures, toutes les compétences trouvaient ainsi leur assise au sein d'universelles définitions, les mêmes pour tous les départements.* », P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif français. Recherches sur les

Hauriou dès 1899, « *le travail d'exécution des services publics* » contribue à « *constituer et maintenir l'unité politique du pays* »[234]. Parmi les services publics auxquels participent les collectivités territoriales, le service public de l'éducation est sans doute le plus emblématique ferment de l'unité nationale. Bien que les communes soient propriétaires des écoles primaires, que les collèges et les lycées soient des établissements publics rattachés respectivement aux conseils départementaux et régionaux, l'unité de l'éducation nationale est réalisée, notamment, au travers des grandes lois du service public et de leur déclinaison en matière d'éducation. Ainsi quelle que soit la collectivité – ou d'ailleurs, la personne privée – responsable de l'établissement scolaire, les principes d'égalité, de continuité, de laïcité et de gratuité – pour ce qui concerne l'école publique – façonnent l'uniformité du statut de l'usager du service public de l'éducation en France. Cela étant, le service public de l'éducation n'est que partiellement décentralisé, il convient donc d'évoquer un exemple plus significatif pour mesurer la force uniformisante des lois du service public. La distribution d'eau potable est un service public totalement décentralisé dont le choix des modalités de gestion incombe exclusivement aux municipalités, ce qui explique la différence du prix de l'eau selon les communes considérées. Cependant, les lois du service public imposent des obligations à l'ensemble des gestionnaires du service de distribution d'eau potable et concourent à l'uniformité de la situation des usagers sur l'ensemble du territoire français. Les principes de continuité et de mutabilité du service public contraignent ainsi toutes les communes à aménager et entretenir leur réseau de distribution afin que les usagers puissent toujours recevoir l'eau potable dans des conditions techniques similaires sur l'ensemble du territoire[235]. Par ailleurs, le principe d'égalité des usagers devant le service public commande les mêmes règles de

---

fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France », *Revue historique du droit français et étranger*, 1974, p. 154.

[234] « […] *je ne crois pas qu'en réalité le travail d'exécution des services publics produise uniquement un résultat économique. Je crois qu'il contribue, aussi, par la centralisation qu'il crée, à constituer et maintenir l'unité politique du pays.* », M. HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2012 (reproduction de l'édition parue en 1899 chez Larose), p. 6.

[235] « *La continuité du service public se traduit par la nécessité de concevoir des réseaux qui puissent assurer la sécurité de la distribution d'eau ainsi que sa qualité quelles que soient les circonstances : pollution ou interruption accidentelle des ressources. Il est, à cet égard, recommandé que les communes procèdent à une interconnexion de leurs réseaux respectifs. En pratique, cette opération est souvent complexe et coûteuse ce qui rend son application difficile à mettre en œuvre. La mutabilité du service, qui découle du principe de continuité, est l'obligation pour les communes de prévoir un renouvellement et un renforcement constant de leurs réseaux.* », F. MASQUELIER et R. BERTORA, *Encyclopédie des collectivités territoriales*, Chapitre 5 « Le service de distribution d'eau potable », Folio n°4163.

tarification du service. Ainsi, conformément à la jurisprudence *Denoyez et Chorques*[236], le Conseil d'Etat admet par un arrêt *M. Bachelet* du 14 janvier 1991que les règles de facturation de l'eau varient selon la situation des usagers du service public[237]. L'application du principe d'égalité par le Conseil d'Etat permet de dégager une nouvelle catégorie d'usagers parmi les usagers du service public de distribution de l'eau sur laquelle une autre commune pourra s'appuyer pour établir ses tarifs. Le prix de l'eau peut donc varier entre deux communes en fonction des modes de gestion, d'une part, et entre deux habitants de la même commune en fonction de la situation de l'usager, d'autre part. Pour autant, le Conseil d'Etat décline, au travers du principe d'égalité devant le service public, la même conception de l'égalité sur l'ensemble du territoire et dégage ainsi les mêmes règles de tarification à l'égard de l'ensemble des usagers du service public de distribution de l'eau. Enfin, le service public peut être l'objet de la reconnaissance de droits essentiels qui contraignent l'ensemble des gestionnaires de réseau et dont peuvent se prévaloir tous les usagers du service public quelle que soit leur commune de rattachement. Par une décision QPC du 29 mai 2015, le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu que l'accès à l'eau potable répond à un besoin essentiel qui compose l'objectif à valeur constitutionnelle selon lequel toute personne devrait disposer d'un logement décent[238]. Le droit au maintien du service public de l'eau s'impose donc à tous les gestionnaires de réseau en dépit du non-paiement des factures d'eau par l'usager du service public. La décentralisation et son corollaire la diversification des modalités de gestion des services n'entraînent pas nécessairement de rupture d'égalité ni de discontinuité entre les administrés dans la mesure où les lois du service public garantissent une certaine uniformité de la situation de l'administré[239]. A l'inverse, le progrès du droit des services publics, au travers de l'affinement des lois du service public et de la reconnaissance des droits de l'usager du service public, permet la poursuite de la décentralisation sans compromettre l'unité de la société.

---

[236] CE 10 mai 1974 *Denoyez et Chorques*, *RDP*, 1975, p. 467, note Waline. M. BORGETTO, *RFDA*, 1993, p. 673.

[237] En l'espèce, un conseil municipal est fondé à instituer une cotisation supplémentaire à la tarification forfaitaire de l'eau pour les usagers propriétaire d'une piscine. CE 14 Janvier 1991, *M. BACHELET*, *RFDA*, 1993, p. 673, note M. BORGETTO.

[238] CC, décision 2015-470 QPC.

[239] « […] *elles n'en apparaissent pas moins comme un excellent témoignage tant des incertitudes et difficultés nombreuses que connaît ce droit que de la nécessité, pour celui-ci, de marquer, sur plusieurs points et, notamment, en matière de services publics locaux, des progrès aussi sensibles que ceux enregistrés ailleurs à propos, par exemple, des principes communs régissant le fonctionnement de ces derniers et plus spécialement à propos du principe d'égalité.* », M. BORGETTO, *op.cit.*, p. 673.

49. L'équilibre singulier entre centralisation politique et décentralisation administrative auquel aboutit la définition de la puissance publique par la notion de service public caractérise « *les tendances libérales* »[240] de « *la constitution administrative* » de la France. Cet équilibre a été pensé par les libéraux français au cours du XIXème puis traduit en droit public au début du XXème siècle. Le rapprochement des écrits de l'auteur libéral Edouard de Laboulaye qui en 1863 compte sur « *le pouvoir énergique de l'Etat dans l'intérêt même de la liberté* »[241] et de ceux de Léon Duguit pour qui « *le système décentralisateur* […] *s'harmonise admirablement avec un gouvernement central fort* » [242] est, à cet égard, saisissant.

B. La désinstitutionalisation de la puissance publique ou le risque néo-libéral

La réforme de l'organisation administrative induite par le service public (I) entraîne l'atténuation de la différence entre les administrations publiques et les organisations de droit commun (II). Ce qui confère à la notion de service public un risque de désinstitutionalisation de la puissance publique.

I. La réduction de l'institution à un principe d'organisation par le service public

La notion de service public introduit l'idée de gestion comme principe d'ordonnancement des administrations (a) et anime la réforme de l'Etat tout au long du XXème siècle (b).

---

[240] L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Boccard, Paris, 1926, treizième leçon, p. 251.

[241] « *Convaincu que, dans l'intérêt même de la liberté, il faut à l'Etat un pouvoir énergique, et que ce pouvoir ne peut exister que par la centralisation, il me semble qu'on ne peut revenir aux idées municipales du Moyen Age ; il faut que l'action politique du gouvernement arrive jusque dans la commune la plus oubliée ; rien ne doit affaiblir cette unité qui fait la force et la grandeur de la France ; mais l'unité politique n'est pas l'uniformité administrative.* », E. DE LABOULAYE, *L'Etat et ses limites*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen, 1992, p. 92.

[242] « *On ne saurait méconnaître que le système décentralisateur, ainsi compris, sagement limité, répond aux tendances libérales modernes et s'harmonise admirablement avec un gouvernement central tout à la fois parlementaire et fort.* », L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, *op.cit*., p. 251.

a. L'invention de la gestion administrative

50. A l'aube du XXème siècle, face aux évolutions du rôle de la puissance publique, Maurice Hauriou tente d'expliquer l'ensemble du droit administratif par *La gestion administrative*[243]. Si le droit administratif régit les relations entre l'administration et les administrés, celles-ci ne se réduisent plus au commandement de la première et à l'obéissance des seconds. Finalité de l'action de l'administration, l'exécution des services publics suppose une administration non seulement commandante mais également gestionnaire[244]. L'idée de service renverse la relation de pouvoir entre gouvernants et gouvernés, mais elle introduit également, au cœur de l'institution administrative, un rapport entre les moyens utilisés et les fins poursuivies par la puissance publique. Ce nouveau principe gestionnaire emprunté au secteur privé anime l'organisation administrative des services publics assumés par la puissance publique. Il justifie la création de personnes juridiques autonomes dotées d'une capacité financière propre destinée à l'organisation et à l'exécution d'un service public particulier comme l'illustre la multiplication des établissements publics tout au long du XXème siècle. L'établissement public devient « *le mode de gestion par excellence des services publics* »[245], car la notion de service public prescrit une nouvelle forme d'organisation de l'administration fondée sur la relation entre la définition d'objectifs et l'allocation de moyens publics. La rationalisation de l'organisation de la puissance publique à travers l'emprunt du principe de gestion issu du secteur privé est donc véhiculée par la notion de « *décentralisation par service public* » comme le relève Gaëtan Pirou dès 1933 dans la Revue d'économie politique à propos de la théorie de Léon Duguit[246].

[243] M. HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2012 (reproduction de l'édition parue en 1899 chez Larose).

[244] « *A côté de la puissance publique qui commande, apparaît celle qui gère la vaste entreprise coopérative des services publics* […] », *id*. p. III.

[245] « *A l'âge d'or du service public, l'établissement public fut ainsi consacré comme le mode de gestion par excellence des services publics.* », CE, *Les établissements publics*, EDCE, 2009, p. 9.

[246] « *Il caractérisait cette transformation sous le terme de « décentralisation par service public », entendant par-là que les services publics prendront une part croissante d'autonomie* […]. *Par-là, à son avis, se cumuleraient les avantages de la gestion privée et de l'organisation en service public. Par-là se concilieraient l'accroissement inévitable de ces services et la protection nécessaire de l'individu contre l'omnipotence des gouvernants.* », G. PIROU, « Léon Duguit et l'économie politique », *op.cit.*, p. 83.

b. La réforme de l'Etat

Préconisé par les économistes libéraux soucieux de la maîtrise des finances publiques, l'aménagement fonctionnel et économique des institutions administratives selon le principe de gestion induit par la notion de service public nourrit les projets de réforme de l'Etat depuis l'entre-deux-guerres jusqu'à nos jours[247].

51. Certes, la réforme de l'Etat engagée dans les années 1920 se traduit en partie par la réduction de la dépense publique et la suppression de certains services publics sous la pression « *d'un libéralisme d'avant 1914* »[248]. Mais dès 1923, le gouvernement a conscience que la réforme de l'Etat-providence consiste moins en la compression des finances publiques qu'en « *la réforme des organes administratifs* »[249]. Désengorger l'Etat central sans circonscrire l'intervention de la puissance publique devient la démarche clé du gouvernement pour satisfaire les exigences libérales sans revenir à l'Etat-gendarme du XIXème siècle. Ce mouvement de transformation des institutions administratives, dont la première étape est la réforme Poincaré de 1926, est fondé sur la notion de service public. Il s'agit, en premier lieu, d'accélérer « *la décentralisation par service public* » en transformant certaines administrations de la puissance publique en services publics personnifiés distincts de la personne de l'Etat[250]. L'objet des décrets du gouvernement Poincaré du 1er octobre 1926 est bien d'accorder la personnalité morale et l'autonomie financière à différentes administrations, à travers la forme de l'établissement public, afin d'alléger le budget et la responsabilité de l'Etat proprement dit. En second lieu, la réforme Poincaré consiste à modifier les lois de décentralisation au profit des municipalités[251]. Leur octroyer la possibilité de créer des services publics communaux en cas de défaillance de l'initiative privée permet de compter sur un

[247] N. ROUSSELIER, « La contestation du modèle républicain dans les années 1930 : la réforme de l'Etat », *in Le modèle républicain*, S. BERNSTEIN et O. RUDELLE (dir.), PUF, Paris, 1992, p. 319 ; J. GICQUEL et L. SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, PUF, Paris, 1965.

[248] « *Le Gouvernement aspire alors à ce que l'Etat fonctionne à moindre frais. En outre, la droite au pouvoir entend refermer l'épisode de l'étatisme de guerre ; elle veut un retour* "à la normale", *c'est-à-dire au libéralisme d'avant 1914. Ce qui implique un resserrement du périmètre de la puissance publique.* » G. BIGOT et T. LE YONCOURT, *L'Administration française. Politique, droit et société,* tome 2, 1870-1944, LexisNexis, Manuel, Paris, 2014, n°97, p. 153.

[249] Premier rapport de la Commission des rapports instituée par le décret du 3 août 1922, Journal officiel, 10 décembre 1923, pp. 885-953, cité par G. BIGOT et T. LE YONCOURT, i*d.*, n°98, p. 154.

[250] « *La réforme Poincaré entreprend, outre ces suppressions, de désencombrer l'appareil d'Etat et ce, de deux points de vue. D'abord en conférant une autonomie accrue à certains établissements publics. Plusieurs décrets du 1er octobre 1926 accordent ainsi la personnalité morale et l'autonomie financière* […] », G. BIGOT et T. LE YONCOURT, *id.*, n°99, p. 155.

[251] « *Ensuite, les décrets Poincaré modifient les lois* "décentralisatrices" *à la marge au profit des municipalités.* », *ibid.*

transfert de la charge de certaines activités auparavant assumées par l'Etat aux collectivités territoriales sans pour autant froisser les principes libéraux. Les décrets lois des 5 novembre et 28 décembre 1926 présentés communément comme étant à l'origine du mouvement dit du socialisme municipal sont en réalité motivés par le souci du Gouvernement de ménager les finances de l'Etat, sous la pression des idées libérales d'après-guerre.

52. Par ailleurs, la réforme de l'Etat se traduit également dans le dernier tiers du XXème siècle par la mutualisation des dépenses publiques imposée par la culture du *New Public Management*[252]. Or, la personnification des services publics au travers de la création d'un établissement public à l'initiative de plusieurs personnes publiques ou d'un groupement d'intérêt public (GIP) justifie également la mutualisation des moyens destinés à la gestion d'un service public déterminé. Alors que les établissements de coopération inter ou *supra* communale permettent la mise en commun des moyens des collectivités publiques, la création d'un GIP oblige à l'association des moyens des personnes publiques et des personnes privées dans une optique de rationalisation des institutions administratives.

53. Enfin, en imposant une organisation des finances de l'Etat par mission, la Loi organique relative aux lois de finances adoptée en 2001, identifie « *la catégorie des organismes bénéficiaires d'une subvention pour charge de services publics* »[253] et introduit ainsi le dernier avatar de la rationalisation des institutions administratives : les opérateurs de l'Etat. Bien que non définis par un texte normatif, les opérateurs de l'Etat, identifiés par l'existence d'une activité de service public financée et contrôlée par l'Etat, constituent le nouveau prisme de l'organisation des finances publiques et invitent à se demander s'il est toujours possible de distinguer les organes administratifs des opérateurs de droit commun.

---

[252] « *Si la libéralisation de l'action publique promue par le NPM prend également la forme d'une mutualisation des moyens* […] », F. BOTTINI, « L'impact du *New Public Management* sur la réforme territoriale », *RFDA* 2015, à paraître.

[253] La première est tirée de l'esprit même de la LOLF dont il n'aurait pas été logique de limiter la portée au seul budget de l'État alors que des entités créées par lui jouissant de la personnalité morale participent de manière parfois déterminante à ses missions, grâce à son concours financier et sous son contrôle. Tout en respectant l'autonomie de ces entités, ce lien de filiation avec l'État conduit assez logiquement à leur étendre les principes de la LOLF. D'ailleurs, même si elle ne mentionne pas directement le terme « opérateur », la LOLF identifie la catégorie des « *organismes bénéficiaires d'une subvention pour charges de service public » qui désigne exclusivement des opérateurs.* », Opérateurs de l'Etat, annexe au projet de loi de finances pour 2015, http://www.performance_publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2015/pap/pdf/jaunes/jaune2015_operateurs.pdf, p. 7.

54. Alors que le thème de la réforme de l'Etat donne continûment lieu à souligner la remise en cause du service public en France, il semble que d'un bout à l'autre du XXème siècle, c'est la notion de service public elle-même qui commande au démembrement puis à la rationalisation de l'organisation de la puissance publique pour satisfaire l'impératif gestionnaire imposé par les libéraux. Facteur de rationalisation de l'organisation du pouvoir, la notion de service public peut dès lors être considérée comme l'instrument privilégié de « *l'art libéral de gouverner* »[254], théorisé par Michel Foucault en 1979 dans son cours au Collège de France sur le libéralisme, et souligné en 1998 par Madame Espagno dans sa thèse consacrée à la *refondation de la notion de service public en droit administratif français*[255].

II. L'atténuation de la distinction entre la gestion des administrations publiques et celle des organisations de droit commun

L'organisation des activités de la puissance publique à travers la notion de service public conduit à la soustraction de la gestion publique au sein de la puissance publique (a) et vide de sa substance le concept d'institution (b).

a. La soustraction de la gestion publique

Tout au long du XXème siècle l'ordonnancement des institutions administratives à partir de la notion de service public permet à la puissance publique de convertir partiellement l'intervention publique au fonctionnement du secteur privé.

55. Les établissements publics sont des services publics personnifiés. Mais selon la nature du service assuré, le recours à l'établissement public est particulièrement utile à exonérer la puissance publique des contraintes de la gestion publique. Au-delà des

[254] « *C'est cela me semble-t-il, qui caractérise la rationalité libérale : comment régler le gouvernement, l'art de gouverner, comment fonder le principe de rationalisation de l'art de gouverner sur le comportement rationnel de ceux qui sont gouvernés*. », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, *op.cit*., p. 316.

[255] « […] *situé dans la logique foucaldienne de la raison d'Etat, le service public apparaît comme un facteur de rationalité gouvernementale.* » et « *Dans le cadre de cette recherche sur la notion de service public, l'analyse menée par Foucault démontre combien la notion de service public est un instrument de rationalisation. Elle démontre également qu'il ne faut pas voir dans la rationalisation un simple objectif économique.* » D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, thèse, Université Toulouse 1, 1998, pp. 428 et 446.

principes de la personnalité morale et de l'autonomie financière propres à tous les établissements publics, la qualification d'établissement public industriel et commercial confère aux autorités publiques la prétendue souplesse de gestion du secteur privé lorsqu'elles entreprennent des activités dans le domaine marchand[256]. Le personnel des EPIC échappe ainsi généralement au statut des fonctionnaires, et la gestion des services publics dont ces personnes publiques sont investies, à la comptabilité publique. Cette forme de l'organisation administrative conjugue la multiplication des interventions de la puissance publique dans le domaine économique à la doctrine de l'Etat limité du point de vue des finances publiques.

56. Par ailleurs, malgré la jurisprudence du Tribunal des conflits liant la nature du droit applicable à celle du service confié à un groupement d'intérêt public[257], la création de ces personnes publiques spécifiques offre la possibilité de soustraire une activité purement administrative à la gestion publique comme le prévoit la loi du 17 mai 2011[258]. En effet, sous couvert d'un objectif de simplification du droit, les dispositions relatives aux groupements d'intérêt public confèrent un caractère à la fois subsidiaire et dérogatoire à l'utilisation de la gestion publique quelle que soit la nature des activités assurées par les GIP. Un service public confié à un GIP est par principe soumis aux règles de droit privé sauf si les parties en sont convenues différemment dans la convention constitutive du groupement[259]. Le personnel assurant la gestion et l'exécution du service public concerné est soumis au Code du travail ou à un régime de droit public dérogatoire au droit commun de la Fonction publique bien que le service soit de nature administrative[260].

---

[256] E. FATOME, « Les établissements publics à caractère industriel et commercial et la tentation de l'abandon », *JCP A* 2009, n°31, p. 40.

[257] « *Considérant qu'en raison de son objet comme de ses modalités d'organisation et de fonctionnement* […] *assure la gestion d'un service public à caractère administratif ; que les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'une personne publique gérant un service public à caractère administratif sont soumis, dans leurs rapports avec cette personne et quel que soit leur emploi, à un régime de droit public* », TC 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public* "Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris" *contre Madame Verdier*, n°03170.

[258] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

[259] « *La comptabilité du groupement est tenue et sa gestion assurée selon les règles du droit privé, sauf si les parties contractantes ont fait le choix de la gestion publique dans la convention constitutive ou si le groupement est exclusivement constitué de personnes morales de droit public soumises au régime de comptabilité publique.* », art 112, *ibid.*

[260] « *Des personnels propres recrutés directement par le groupement, à titre complémentaire. Sous réserve des dispositions relatives à la mise à disposition prévues par le statut général de la fonction publique, les personnels du groupement ainsi que son directeur sont, quelle que soit la nature des activités du groupement, soumis, dans les conditions fixées par la convention constitutive, aux*

b. L'indifférenciation entre les institutions et les organisations

57. La notion de service public introduit donc non seulement le principe de gestion au cœur de l'organisation de la puissance publique mais invite également à la substitution de la gestion publique par la gestion privée au sein des organes de l'administration. L'évolution de la forme administrative depuis le début du XXème siècle conduit dès lors à une certaine indifférenciation entre les institutions publiques et les autres organisations de la société que le professeur Guy Quintane désigne par le processus de « *désinstitutionalisation de l'administration* »[261]. A travers l'introduction du principe gestionnaire au sein des administrations par la notion de service public, il semble que l'on assiste à « *la transformation de l'institution administrative en organisation administrative marquée par l'insistance sur le technico-économique* »[262]. Si l'idée d'institution suppose une conception idéaliste du monde ou la référence à un certain ordre social, elle ne peut se réduire au principe managérial que semble introduire la notion de service public au sein de l'organisation de la puissance publique. Par ailleurs, l'hybridation des organes de l'administration que reflète l'émergence des nouveaux opérateurs de l'Etat mène à un véritable brouillage de la distinction entre sphère publique et sphère privée, pourtant nécessaire à l'existence de l'institution. Ainsi est-il aujourd'hui de plus en plus difficile de circonscrire le champ des institutions administratives tant la forme des organes de gestion des services publics apparaît équivoque. Si un groupement d'intérêt public semble encore relever des institutions administratives à raison de la personnalité publique dont il fait l'objet et malgré sa soustraction quasi-totale à la gestion privée, la société publique locale, créée par la loi du 28 mai 2010[263], est une société commerciale dont le capital est exclusivement public. Peut-elle également s'apparenter à une institution ou est-elle davantage le reflet de la privatisation de la puissance publique ?

---

dispositions du code du travail ou à un régime de droit public déterminé par décret en Conseil d'Etat. », art. 109, *ibid.*

[261] G. QUINTANE, « La désinstitutionalisation de l'administration », *in* J-P. BRAS, *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, 2008, Paris, p. 175.

[262] *Id.,* p. 200.

[263] Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

SECTION 2 - LA PRIVATISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC

L'association des personnes privées à l'action de la puissance publique relève de la même logique que la décentralisation de la puissance publique puisqu'elle consiste à confier la poursuite de l'intérêt général à des organes périphériques, autres que l'Etat[264]. Alors que la décentralisation opère une répartition des prérogatives de puissance publique au sein de la sphère publique, la « *privatisation de la puissance publique* » associe les entreprises privées et les particuliers à la réalisation des missions de l'administration. Comme la décentralisation, la privatisation rapproche les autorités administratives de la structure de la société civile et lui confère ainsi une organisation publique libérale au service de son autonomie.

De la désacralisation du pouvoir par le service public découle également la participation de personnes privées à l'intervention publique (§1) afin de satisfaire aux exigences libérales relatives à l'organisation de la puissance publique (§2).

§1 - La participation des personnes privées à l'action de la puissance publique

La participation des personnes privées à la puissance publique se justifie en doctrine par le recours à la notion de collaboration au service public (A) et s'appuie dans la jurisprudence administrative sur la mission de service public (B).

[264] La décentralisation et la privatisation peuvent être considérées comme deux mouvements totalement distingués soit, au contraire, comme deux déclinaisons du même mouvement de désétatisation. Hauriou semble être passé de la première à la seconde conception. « *Peut-on cependant parler de décentralisation ou de centralisation quand des services utiles au public sont rendus par des particuliers ou par des pouvoirs autonomes qui sont organisés en dehors de l'Etat ? Hauriou répond catégoriquement en 1892 par la négative. Il est vrai qu'il changera d'avis plus tard.* », « *Ainsi Hauriou a révélé sa conception très large de la décentralisation. Au fond, pour lui, est décentralisation tout phénomène consistant à répartir le pouvoir à la périphérie, quelle que soit cette périphérie.* » L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 71, 1966, pp. 109 et 119.

A. La collaboration des particuliers à la gestion des services publics

Comme l'a théorisé Hauriou, la notion de collaboration est inhérente à la notion de service public (I) et permet ainsi d'associer des personnes privées à la gestion administrative (II).

I. Service public et collaboration

58. Selon Maurice Hauriou, l'exécution de l'ensemble des services publics constitue la gestion administrative. Or, celle-ci est caractérisée par la collaboration de l'administration avec les autres agents de la société[265], parmi lesquels, les différentes personnes publiques mais également les personnes privées. Le service public appelle la gestion administrative et l'acte de gestion suppose la collaboration. Si cette théorie de la gestion administrative n'a pas été consacrée explicitement par l'évolution de la jurisprudence administrative ni par la majorité de la doctrine[266], elle est importante pour trois raisons. Elle révèle, tout d'abord, les efforts accomplis par les auteurs publicistes pour redéfinir le droit d'une puissance publique dont le rôle est, à l'entrée dans le XXème siècle, à un tournant. Hauriou, en affirmant que toute « *gestion administrative* » contient de la puissance publique[267], « *s'est fait le chantre du service public sans jamais l'opposer à la puissance publique* »[268]. Ensuite, publiée en 1899, *La gestion administrative* préfigure pour certains la découverte quelques années plus tard, par les magistrats du Conseil d'Etat, de la gestion publique comme critère de compétence de la juridiction administrative[269]. Enfin et surtout, elle explique la force attractive que

---

[265] « […] *dans la gestion administrative, le caractère coopératif se révèle avec la même évidence que dans la production économique* […] », *ibid.* ; « *J'avance, sauf à le prouver, que le critérium de la gestion administrative est la collaboration des administrés à l'action administrative, parce que cette collaboration est signe de l'accomplissement du travail d'exécution des services publics.* », *id.*, p. 7.

[266] « *Excepté évidemment l'idée selon laquelle les actes de gestion des personnes publiques sont a priori de nature administrative, les propositions les plus immédiates de son essai, celle de collaboration et celle de situation de gestion, n'ont finalement conquis ni le juge, ni la doctrine, à l'exception notable de Félix Moreau.* », N. FOULQUIER, « Avant-propos », *in* M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op.cit.*, p. 5.

[267] « *La question de principe se ramène à celle-ci : dans la gestion administrative subsiste-t-il de la puissance publique ?* […] *Si nous envisageons la puissance publique comme la force même qui actionne les services publics, et il est difficile de nier la réalité de cette conception* […] *il est évident que cette force subsiste dans le fonctionnement des services.* », M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op.cit.*, p. 72.

[268] N. FOULQUIER, « Avant-propos », *op.cit.*, p. 8.

[269] « […] *Hauriou avait parfaitement deviné le cours que prenait la jurisprudence du Conseil d'Etat. Finalement, l'arrêt Terrier de 1903 consacra ses propositions, quoique, à son habitude, Romieu ne mentionnât pas les écrits de l'illustre professeur de droit.* », *ibid.* ; « […] *les conclusions de Romieu sont*

confère la notion de service public à la puissance publique. En effet, c'est parce que la puissance publique est considérée sous l'angle du service public, que d'autres personnes juridiques que l'Etat central, qu'il s'agisse des personnes publiques ou des personnes privées, peuvent participer à cette puissance publique, car l'activité de service suppose « *la collaboration du milieu* »[270]. Comme le relève Jean-Paul Négrin au début de sa thèse relative à l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, la collaboration traduit, dans la théorie de Maurice Hauriou, une idée davantage économique et sociale que strictement juridique[271]. A travers cette notion de collaboration, la puissance publique à la veille du XXème siècle s'apprête à s'infiltrer dans le tissu social. Après le tournant sociologique du début de la IIIème République, l'organisation de la puissance publique fondée sur l'idée de collaboration, inhérente à la notion de service public, suit la métamorphose de l'Etat libéral caractérisée par le passage de l'ère de l'Etat-gendarme à celle de l'Etat-providence.

II. Des collaborateurs bénévoles aux collaborateurs occasionnels du service public

Il convient de distinguer l'illustration traditionnelle de la théorie de la collaboration au service public qui offre à la puissance publique la possibilité de recourir spontanément à des particuliers pour accomplir sa mission (a) de son utilisation plus récente qui s'apparente davantage à une nouvelle modalité d'organisation de la puissance publique (b).

---

issues de l'œuvre d'Hauriou », « Le père doctrinal de l'arrêt Terrier, le premier Maître du service public, c'est, on voudrait l'avoir montré, le même Hauriou. Le Doyen Hauriou est le Saturne du service public : c'est sa créature, appelée par lui à la vie juridique, qu'il s'est acharné à dévorer… », J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *in Etude en l'honneur d'Achille Mestre, Evolution du droit public*, Sirey, Paris, 1965 pp. 469 et 471.

[270] « *Or, il est un phénomène remarquable dans les forces sociales en mouvement et en travail, c'est que leur travail s'accomplit avec la collaboration du milieu.* », M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op.cit.*, p. 7 ; « *Le doyen Hauriou, au moins du temps où il fonde de grands espoirs sur la notion de service public, considère l'idée de collaboration comme la base fondamentale de tout le droit administratif* […] », J-P. NEGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, Paris, 1971, p. 2.

[271] « *Hauriou lui-même avait admis que l'idée de collaboration est une idée plus économique et sociale que juridique, mais sans en tirer les conséquences, puisque c'est sur elle qu'il bâtissait sa théorie de la « gestion administrative* » », J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 3.

a. Les collaborateurs bénévoles du service public, ultime recours de la puissance publique

59. La décision du 22 novembre 1946 *Commune de Saint-Priest-La-Plaine*[272]est l'illustration la plus directe, par la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la théorie de la collaboration à l'exécution des services publics – la gestion administrative[273]. Le Conseil d'Etat accepte d'indemniser deux habitants blessés à la suite de leur participation à l'organisation du feu d'artifice de la fête communale et consacre ainsi la jurisprudence dite du « *collaborateur bénévole du service public* ». La collaboration de personnes privées à l'intervention publique justifie la réparation des dommages causés aux personnes concernées devant le juge administratif mais cette jurisprudence est encadrée à double titre par le service public. L'existence d'un service public et la collaboration effective à l'exécution de ce service doivent être indéniables pour engager la responsabilité de la personne publique. La notion de collaboration est bien au centre du raisonnement du juge administratif mais elle est également inséparable de la notion de service public. La jurisprudence *Commune de Saint-Priest-La-Plaine* transcrit explicitement la théorie de la collaboration à l'exécution des services publics énoncée par Maurice Hauriou en 1899, mais la notion de collaboration irrigue également, de manière implicite, les jurisprudences relatives aux concessions de services publics ou aux contrats d'exécution d'un service public par les particuliers. Si dans ces derniers cas, il n'est pas fait référence explicitement à la collaboration, c'est parce que cette relation est déjà contenue et donc visible dans l'acte conventionnel passé entre la personne publique et la personne privée. Le contrat vaut toujours collaboration. L'association des personnes privées à l'action de la puissance publique découle toujours de cette notion de collaboration, elle-même indissociable de la notion de service public, soit qu'elle irrigue le contrat, soit qu'elle soit spontanée. La libéralisation organique du droit de la puissance publique s'explique donc par le procédé de collaboration, inhérent à l'idée de service public.

60. Malgré la frivolité du contexte de sa consécration par le Conseil d'Etat – l'organisation d'une fête communale –, la théorie du collaborateur bénévole est surtout

[272] CE 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-La-Plaine*, *Rec*., 279.
[273] « *Si la jurisprudence et la doctrine n'ont pas accordé à la notion de collaboration l'importance que Hauriou lui destinait – exceptions faites tout au plus de la jurisprudence* Commune de Saint-Priest-La-Plaine *et de la thèse de Bernard Gény – c'est en grande partie parce qu'il l'entendait très, trop largement.* », N. FOULQUIER, « Avant-propos », *op.cit.*, p. 6.

invoquée dans des circonstances d'urgence et de gravité qui imposent la participation d'un particulier à une mission qui incombe à la puissance publique. Le débordement des services de secours par le cours d'événements accidentels justifie que les autorités publiques s'en remettent aux collaborateurs du service public en même temps qu'il les confine à la fonction d'ultimes recours.

b. La collaboration occasionnelle au service public, nouvel horizon de l'organisation administrative

61. Il n'en est pas de même de la nouvelle tendance des pouvoirs publics à solliciter les collaborateurs du service public afin de palier de manière plus structurelle l'insuffisance de moyens des institutions publiques traditionnelles. La collaboration occasionnelle des personnes privées aux activités de la puissance publique devient dès lors davantage une fin en soi. Elle concerne des professions aussi variées que les experts désignés par le juge, les enquêteurs sociaux, les médiateurs civils, les médecins et même les hydrogéologues comme l'atteste le décret du 17 janvier 2000 *portant rattachement de leurs activités au régime général de la sécurité sociale*[274]. La loi du 22 décembre 2014 de *financement de la sécurité sociale pour 2015* élargit le spectre de ces collaborations occasionnelles au service public et coordonne leur rattachement au régime de sécurité sociale des activités salariées ou artisanales dont elles sont le prolongement[275]. La collaboration occasionnelle du service public traduit une évolution bien plus « *insidieuse* »[276] de l'organisation de la puissance publique que la théorie

[274] Décret n° 2000-35 du 17 janvier 2000, modifié par le décret n° 2008-267 du 18 mars 2008.

[275] « *Les personnes qui contribuent à l'exécution d'une mission de service public à caractère administratif pour le compte d'une personne publique ou privée, lorsque cette activité revêt un caractère occasionnel* […] *Un décret précise les sommes, les activités et les employeurs entrant dans le champ d'application du présent 21°. Il fixe les conditions dans lesquelles, lorsque la participation à la mission de service public constitue le prolongement d'une activité salariée, les sommes versées en rétribution de la participation à cette mission peuvent, en accord avec l'ensemble des parties, être versées à l'employeur habituel pour le compte duquel est exercée l'activité salariée, quand ce dernier maintient en tout ou partie la rémunération* […] *Il fixe également les conditions dans lesquelles les deux premiers alinéas du présent 21° ne sont pas applicables, sur leur demande, aux personnes participant à la mission de service public qui font partie des professions mentionnées à l'article L. 621-3. Dans ce cas, les sommes versées en rétribution de l'activité occasionnelle sont assujetties dans les mêmes conditions, selon les mêmes modalités et sous les mêmes garanties que le revenu d'activité non salarié, défini à l'article L. 131-6 du présent code, ou les revenus professionnels, définis à l'article L. 731-14 du code rural et de la pêche maritime, que ces personnes tirent de leur profession* […] », art. 8, Loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015.

[276] « […] *plus récemment, on a vu apparaître un autre phénomène, beaucoup plus insidieux : celui de ce que l'on pourrait appeler la* "collaboration occasionnelle" *au service public.* », J. WALINE,

initiale des collaborateurs bénévoles du service public. Elle s'appuie néanmoins de la même façon sur la notion de service public et constitue l'une des déclinaisons les plus récentes de la libéralisation organique de la puissance publique.

B. La participation des personnes morales de droit privé à la puissance publique par la mission de service public[277]

Les pouvoirs publics confient l'intervention publique à des organismes privés par la mission de service public (I) mais se limitent parfois à reconnaître l'association spontanée et permanente de personnes privées à la puissance publique par l'activité de service public (II).

I. L'intervention publique confiée à des personnes privées

Le degré de privatisation de l'organisation administrative par le service public est plus ou moins avancé selon que le recours à la personne privée prend la forme d'une association contractuelle (a) ou d'une intégration statutaire (b), d'une part, ou *a fortiori* résulte de la méconnaissance de la distinction entre personnes publiques et privées, d'autre part (c).

a. L'association contractuelle des personnes privées à la puissance publique

62. L'association des personnes privées à l'action de la puissance publique précède de très loin la reconnaissance du modèle de la concession de service public par la jurisprudence administrative. Depuis le Moyen Âge, l'Etat a délégué des missions d'intérêt général aux personnes privées[278] avant que cette pratique ne se développe

---

« Collaborateurs bénévoles et collaborateurs occasionnels du service public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 46, 19 novembre 2012, p. 2370.

[277] « *En s'appuyant sur cette notion simplificatrice le Conseil d'Etat s'affranchit lentement des concepts du siècle passé, en reconnaissant des formes croissantes de service public et des variétés de plus en plus nombreuses de personnes chargées de gérer des services publics y compris en dehors de l'administration*.», X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 206, 2001, p. 396.

[278] « *Les premiers contrats de concession d'infrastructures (canaux) et de transports de personnes datent du XVIème siècle.* », *id*., p. 67.

fortement au cours du XIXème siècle tant elle est conforme aux nouveaux principes libéraux posés par la Révolution[279].

63. Ce n'est qu'au début du XXème siècle que le Conseil d'Etat précise et consacre le modèle de la concession de service public par des arrêts fondateurs tant pour le droit des services publics que pour le régime du contrat administratif[280]. L'exploitation du service de l'éclairage public dans la commune de Déville-les-Rouen[281], de Bordeaux[282], de celui des tramways à Marseille[283], tous trois concédés à des sociétés privées, illustre la consécration, par le Conseil d'Etat, de l'association des personnes privées à l'action publique communale par la concession de service public. Par définition, cette privatisation de l'action de la puissance publique est d'origine contractuelle. Le modèle de la concession de service public traduit dès lors une simple externalisation de l'action publique par l'association d'entreprises privées qui ne relèvent pas de la sphère publique. La mission de service public n'est que le support d'une collaboration à l'activité assumée par la puissance publique de personnes privées issues de la société civile. La délégation de service public suppose donc l'existence juridique de personnes privées préalable à toute intervention des autorités publiques. La puissance n'est pas à l'origine de la création de la personne privée. Elle se contente de lui confier la gestion d'un service public.

---

[279] « *Au cours de la période 1789-1925 le procédé de la concession, ne va pas disparaître mais au contraire trouver des bases nouvelles fondées sur les principes libéraux et connaître un développement systématique dans tous les domaines où la puissance publique juge nécessaire d'intervenir.», id*., p. 103.

[280] « *La gestion déléguée de services publics est, dans le monde, notamment pour la banque mondiale, l'un des grands modèles, que nous devons soutenir dans la concurrence entre les modèles anglo-saxons – notamment la famille du Built Operate Transfer (BOT) soutenus par la Private Finance Initiative (PFI), les modèles continentaux (allemand et espagnol) et la privatisation… En le faisant dans l'intérêt de l'expansion de conceptions remontant à nos plus anciennes traditions juridiques, nous restons dans la ligne du service public. L'histoire du droit nous fait constater que la jurisprudence du Conseil d'Etat a construit les principes du service public à partir des concessions telles qu'elles étaient et telles qu'elles devraient être : ils ont été gravés en creux à partir des concessions de canaux* […] », M. LONG, « Service public et réalités économiques du XIXème siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161.

[281] CE 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Les-Rouen*, *Rec*., p. 5.

[282] CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec*., p. 125.

[283] CE 11 mars 1910, *Compagnie générale françaises des tramways*, *Rec*. p. 216.

b. L'intégration statutaire des personnes privées en charge d'une mission de service public à l'organisation de la puissance publique

64. Dans les années 1930, la participation d'organismes privés à l'action publique change de nature puisqu'elle se déroule en dehors de tout cadre contractuel. A partir d'une définition matérielle ou fonctionnelle du service public esquissée par le Conseil d'Etat dès 1935[284], la mission de service public justifie la création ou l'incorporation d'organismes privés par les autorités législatives et réglementaires à l'organisation de la puissance publique. Alors que le modèle de la concession de service public n'aboutit qu'à une simple externalisation de l'action de la puissance publique confiée à des personnes privées, l'arrêt du Conseil d'Etat *Caisse primaire « Aide et protection »*[285], par l'habilitation réglementaire d'organismes privés à accomplir une mission de service public, consacre un mouvement de privatisation plus structurel de l'organisation de la puissance publique. Il convient néanmoins de distinguer la simple habilitation règlementaire de personnes privées préalablement créées par la société civile telles les fédérations sportives, de la création artificielle d'organismes privés par les pouvoirs publics et habilités à gérer un service public comme les organismes professionnels de l'entre-deux-guerres par exemple[286]. Dans le premier cas, l'habilitation s'apparente à une réelle forme d'externalisation. Dans le second, le recours à une personne extérieure est factice puisque l'organisme n'émane pas initialement du secteur privé. L'intervention de la puissance publique est alors plus importante car elle ne se limite pas à confier un service public ; elle crée également son gestionnaire. A l'instar du professeur Jean-Paul Négrin, il est donc possible d'opposer les « *vraies* » personnes privées associées à l'organisation de la puissance publique aux personnes de droit privé « *fictives* » assimilées à des autorités administratives[287]. La mission de service public

[284] CE 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia, Rec*., p. 1212.
[285] CE 13 mai 1938 *Caisse primaire « Aide et protection* », *Rec*., p. 417.
[286] « *Ainsi dans un cas, l'intervention a pour auteur des personnes privées le plus souvent préexistantes et composées de particuliers ; dans l'autre, c'est l'administration elle-même qui agit sous le vêtement juridique d'une personne morale de droit privé. Aux personnes privées assurant la participation des particuliers à l'action administrative, s'oppose la personnalité morale de droit privé, simple procédé de technique juridique pour assurer l'intervention des personnes publiques selon le procédés du droit privés. »*, J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 17.
[287] « *Sont incontestablement de* "vraies" *sociétés ou de* "vraies" *associations celles qui sont créées par l'initiative privée et dont les organes dirigeants sont composés de particuliers* […] *En sens inverse, la qualité de personne morale de droit privé* "fictive" *est unanimement attribuée à celles des entreprises publiques qui sont constituées en la forme de société commerciale et dont la totalité ou la majorité du capital appartient à l'Etat, ou pour les sociétés d'économie mixte régionales ou locales, à des personnes publiques secondaires.* », J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 19.

invite donc à la coopération entre les personnes publiques et privées jusqu'à justifier la création d'organismes privés par les autorités publiques.

c. La méconnaissance orientée de la *summa divisio* personne privée / personne publique en charge d'une obligation de service public en droit de l'Union européenne

La neutralité du droit de l'Union européenne à l'égard de la nature juridique publique ou privée des personnes morales est explicitement affirmée au moins à deux reprises au sein du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). Puisque « les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les Etats membre »[288], le droit de l'Union ne semble pas, à première vue, supposer la privatisation ou la publicisation du secteur des activités d'intérêt général assumées par la puissance publique. En droit cependant, la neutralité est nécessairement libérale puisqu'elle se traduit par un principe de liberté. En conséquence, toutes « personnes morales relevant du droit public ou privé »[289] jouissent en principe du droit d'établissement au sein du marché intérieur dès que l'activité concernée s'apparente à une prestation donnant lieu à une contrepartie[290]. Or, parmi celles-ci, certaines sont assumées par la puissance publique, à travers l'obligation de service public[291]. Au milieu du XXème siècle, s'opère donc à travers l'adoption du Traité de Rome et du point de vue du droit communautaire, un renversement du rapport de la puissance publique aux personnes privées. Alors qu'en droit interne, les secondes sont tenues à une certaine distance des activités de la première par l'intermédiaire d'un principe d'habilitation contractuelle ou réglementaire, la construction européenne œuvre à la privatisation du secteur public. Celle-ci n'est pas nécessairement absolue, puisque le droit des traités ne s'applique pas aux services d'intérêt général (SIG) et qu'un système d'autorisation permettant d restreindre l'accès à certaines activités n'est pas inenvisageable pour les services d'intérêt économique général (SIEG), mais elle est de principe.

En pratique, la privatisation des organismes investis de mission d'intérêt général par la puissance publique a été fortement accélérée sous l'influence du droit de l'Union,

[288] TFUE, art. 345.
[289] TFUE, art. 54.
[290] TFUE, art 50.
[291] S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, 2015.

surtout à compter des années 1990[292]. L'application de l'esprit des traités et de la lettre des instruments de droit dérivé a consisté à favoriser l'accès des personnes privés aux activités de réseaux traditionnellement monopolisées par des opérateurs publics. En outre, à travers la garantie des libertés d'établissement et de prestation dans les activités de services en général, le droit de l'Union européenne participe à la libéralisation organique de la puissance publique[293]. Elle est d'autant plus effective que le droit de l'Union européenne privilégie la reconnaissance des missions d'intérêt général assurée spontanément par des personnes privées.

II. La reconnaissance de la participation spontanée et permanente de personnes privées à l'activité de la puissance publique

La participation de personnes privées à des activités assumées par la puissance publique ne découle pas nécessairement d'un contrat de délégation de service public ou d'une habilitation réglementaire à gérer un service public. Quand les activités d'intérêt général sont entreprises à l'initiative des personnes privées sans intervention préalable des pouvoirs publics, la collaboration de celles-ci à la puissance publique s'inscrit dans un cadre juridique distinct comme l'analyse le Conseil d'Etat dans l'avis du 18 mai 2004[294] confirmé par un considérant de principe de l'arrêt du 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*[295]. La qualification de service public des activités d'intérêt général entreprises par des acteurs de la société civile, dont la plupart sont constitués en

[292] P. BAUBY, « L'Europe des services publics : entre libéralisation, modernisation, régulation, évaluation », *Politique et management public*, 2002, p. 15.
[293] J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *RDP* 2011, p. 883.
[294] « *La mission exercée par la Cinémathèque ne correspond donc pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'un service public. Elle s'analyse en la reconnaissance par l'Etat du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante accordée annuellement par le canal du C.N.C. s'il en découle présentement l'exécution par la Cinémathèque d'une mission de service public culturel.* », CE 18 mai 2004 avis n°370.169 *Cinémathèque française*, http://www.lagazettedescommunes.com/telechargements/avis-18-mai-2004.pdf, p. 5.
[295] « *Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* », CE, 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA*, 2007, p. 812.

association, suppose l'existence d'un acte de reconnaissance[296] et un certain contrôle de l'organisation de l'activité de la part des autorités publiques. Ce droit de regard des collectivités publiques permet à la puissance publique d'assumer une activité d'intérêt général dont elle n'est pas à l'initiative, bien qu'elle contribue souvent de manière substantielle à son financement[297].

La reconnaissance de ces services publics d'initiative privée[298] traduit une association plus lâche des personnes privées à la puissance publique que celle qui découle d'un acte contractuel ou règlementaire de dévolution d'un service public. Cette modalité d'association des personnes privées aux activités d'intérêt général est garantie par le droit de l'Union européenne qui exige cependant un acte de reconnaissance clair, par l'application de la théorie du mandat, et en vertu du principe de transparence. La transposition de ces principes, contenus notamment dans la directive européenne relative aux services dans le marché intérieur[299], a obligé le gouvernement français repenser les relations entre les pouvoirs publics et les associations. Afin de conforter leur rôle « dans la construction de réponses originales et pertinentes aux enjeux actuels »[300] et « respecter l'initiative associative […] concourant à l'intérêt général »[301], il convient de mettre en place entre les pouvoirs publics et les associations bénéficiant d'un soutien public, des conventions pluriannuelles. Ces nouvelles règles permettent donc d'établir des partenariats transparents entre la société civile et les personnes publiques et surtout de subordonner l'action des secondes à l'initiative de la première.

[296] Cet acte de reconnaissance peut prendre, par exemple, la forme d'une convention d'objectifs entre les collectivités publiques et les personnes morales de droit privé à l'initiative de l'activité d'intérêt général.
[297] « *Il consiste positivement en ceci que des personnes morales de droit privé accomplissent des tâches d'intérêt général que la puissance publique a* décidé "d'assumer" *sinon* "d'assurer". *Elles agissent non pas en tant que personnes privées exerçant librement des activités d'intérêt général au titre de la collaboration par voie d'activité parallèle, mais en tant qu'agents de l'action administrative*. », J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 5.
[298] « *L'avis introduit donc une distinction entre les services publics d'initiative publique qui seuls peuvent faire l'objet d'une délégation, tandis que les services publics d'initiative privée sont regardés comme exercés sans délégation par leur initiateur privé*. » F. ROLIN, in Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2008, 3ème éd. p. 518.
[299] Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative au services dans le marché intérieur, notamment art. 2, al.2, j et art. 13, al.4.
[300] Circulaire n°5811/SG du 29 septembre 2015 portant sur les nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations.
[301] *Ibid.*

Cette organisation de l'activité de la puissance publique en fonction des initiatives civiles, au travers de la mission de service public[302], reflète le degré avancé du processus de libéralisation organique de la puissance publique.

§2 - Les justifications libérales à l'association des personnes privées à l'action de la puissance publique

Dans la continuité du mouvement décentralisateur, et conformément aux principes posés par les auteurs libéraux et néo-libéraux, l'association de personnes privées à l'action publique traduit l'externalisation de la puissance publique (A) et la subordination des pouvoirs publics à la société civile (B).

A. L'externalisation de la puissance publique par le service public

Le processus d'externalisation permet à des personnes morales de droit privé d'accomplir des missions de la puissance publique dans l'optique libérale de limiter l'étendue du secteur public (I) ou, selon la logique néo-libérale, d'adapter le secteur public au fonctionnement du secteur privé (II).

I. Limiter le secteur public par l'habilitation de personnes privées extérieures

66. Contractuelle, légale ou réglementaire, l'habilitation d'organismes privés à participer à l'intervention publique caractérise l'Etat libéral comme le reconnaît le professeur Jean-Paul Négrin dans sa thèse pourtant explicitement positiviste sur *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*[303]. La

[302] « *Il est fréquent en effet que l'Etat décide de satisfaire, par le procédé du service public, des besoins qui jusque-là étaient satisfaits par l'initiative privée. C'est la création d'un service public par transformation d'une activité privée préexistante, par opposition à la création* ex nihilo. *Cela ne signifie nullement que l'activité assumée par la personne privée avant sa prise en charge par les pouvoirs publics soit une activité de service public.* », J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 112.

[303] « *Le développement considérable de la concession de travail public-service public au dix-neuvième siècle s'explique certainement par des raisons de doctrine (l'Etat doit intervenir le moins possible et lorsqu'il le fait, en utilisant la modalité la moins éloignée de l'entreprise privée), mais plus encore le souci de ménager les finances publiques* […]. *Dès l'Etat libéral, il est certain qu'en plus du désir de ménager les finances publiques, la concession de travail public-service public s'explique par le manque*

préoccupation des auteurs libéraux classiques est de cantonner au maximum la sphère publique sans pour autant oblitérer la poursuite d'un intérêt général indissociable de la somme des intérêts privés. Les personnes privées associées à l'action publique participent de manière concomitante à la poursuite du bien commun et de leur propre intérêt. Selon cette vision pacifiée des rapports entre intérêt général et intérêts privés soulignée par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1999[304], l'action publique n'est pas le monopole de l'Etat central ni même des personnes publiques. De plus, le recours aux personnes morales de droit privé réduit considérablement l'intervention des pouvoirs publics et l'engagement des deniers publics. Créées à l'initiative de la société civile, les associations, les écoles, les cliniques ou les sociétés privées en charge d'une mission de service public sont affiliées à la puissance publique sans alourdir considérablement les finances publiques. Limitée à la dévolution d'une mission de service public à des entités souvent déjà existantes dans la société civile, l'intervention de la puissance publique, par la voie de l'externalisation, réduit les investissements publics. En outre, la rémunération de collaborateurs occasionnels du service public suscite des dépenses de fonctionnement moindres que celles que supposerait le traitement d'agents publics permanents. Le recours à des personnes privées respecte la distinction chère aux auteurs libéraux entre les secteurs public et privé tout en œuvrant contre l'opulence du premier. La privatisation de l'activité de la puissance publique par l'association des personnes privées à son exercice participe donc de la doctrine libérale de l'Etat limité.

II. Adapter le secteur public par la création de prestataires privés intégrés

67. L'externalisation de la puissance publique ne se limite pas à l'habilitation par les autorités publiques de personnes privées authentiques à l'exécution d'un service public. Elle consiste également en la création publique d'entités privées destinées à exécuter les missions de la puissance publique dans les conditions du secteur privé. Dotés de la personnalité morale de droit privé, ces organismes sont soustraits aux contraintes de la

---

d'aptitude technique et commerciale de l'administration et plus encore […] *par l'idée que les procédés du droit public sont mal adaptés à une tâche d'intervention en matière économique.* », J-P. NEGRIN, *op.cit.*, p. 25.

[304] « *Il ne s'agit pas de contrarier le conflit des intérêts particuliers, mais de déduire du libre jeu des égoïsmes des conséquences socialement vertueuses, en favorisant la coïncidence du profit personnel et de l'intérêt commun. Cette théorie libérale de l'Etat fait prévaloir la liberté sur l'égalité et déduit la liberté politique de la liberté économique.* », CE, *L'intérêt général*, EDCE, 1999, p. 262.

gestion publique. Pourtant, quand la composition de leur capital et de leur conseil d'administration révèle l'emprise des personnes publiques, dont elles sont l'émanation, sur leur activité, ces entités s'apparentent à des prestataires privés intégrés à l'organisation administrative. Contrairement aux personnes privées auxquelles les collectivités publiques peuvent avoir recours pour répondre à leurs besoins propres ou privés, les prestataires intégrés de l'administration ont vocation à mettre en œuvre des missions d'intérêt public au service des administrés. Ainsi la logique de la pratique dite du *in house* doit être nettement distinguée de celle de la jurisprudence *Unipain*[305]. Cette dernière traduit simplement la nécessité des administrations de recourir à des prestataires privés pour répondre aux besoins propres du fonctionnement interne des services. Le *in house* consiste à intégrer des entités privées à l'organisation administrative des collectivités pour le compte desquelles elles agissent au service du public. Du point de vue de la théorie des institutions administratives, l'émergence du *in house* est donc considérablement plus significative que la jurisprudence *Unipain*. En effet, bien que revêtus de la personnalité morale de droit privé, les prestataires *in house* constituent le prolongement de la puissance publique puisqu'ils sont investis de fonctions administratives qui incombent à la puissance publique.

68. Parmi les deux voies de l'externalisation à disposition des personnes publiques afin de bénéficier de la souplesse de la gestion privée que sont la dévolution de service public et le recours à des prestataires intégrés, la jurisprudence communautaire dite du *in house* conduit les collectivités publiques à encourager la constitution d'entités privées fictives plutôt que de recourir à la délégation de missions de service public à des personnes privées authentiques. En effet, depuis l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européenne du 18 novembre 1999, *Teckal*[306], les relations entre une personne publique et un prestataire intégré sont exonérées du respect des règles de la concurrence et de la commande publique contrairement à la délégation de service public. Alors que cette dernière permet à la puissance publique de s'en remettre au secteur privé pour poursuivre un objectif d'intérêt général, conformément à l'orientation libérale classique, le recours aux prestataires intégrés invite à la conversion du secteur public au fonctionnement du secteur privé selon une logique davantage promue par les néo-libéraux. Ainsi, la société publique locale créée par la loi du 28 mai 2010 est une

[305] CE 29 avril 1970, *Société Unipain*, *Rec.*, p. 280.
[306] CJCE18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

société commerciale susceptible de se voir confier tout type d'activité d'intérêt général[307]. Elle est introduite en droit interne pour permettre aux collectivités publiques de bénéficier du cadre juridique de la jurisprudence *in house* et à la puissance publique d'internaliser la souplesse, réelle ou supposée, de la gestion privée[308]. Parce que son capital est exclusivement public et qu'elle agit pour le compte d'une personne publique, la société publique locale est assimilée aux propres services de la collectivité publique. Considérer une société commerciale comme les services d'une personne publique revient à amenuiser la distinction entre les secteurs public et privé, voire à privatiser la personnalité publique au travers de son prolongement : le prestataire intégré.

B. La subordination de la puissance publique à la société civile par le service public

Le service public est un instrument de l'autonomisation libérale de la société par rapport au pouvoir. En effet, par la justification de la collaboration des personnes privées à l'intervention publique, le service public favorise l'adaptation de l'activité de la puissance publique à la société civile (I) et la dépendance de la première par rapport à la structure de la seconde (II).

I. L'adaptation de la puissance publique à la société civile

69. La privatisation de l'organisation de la puissance publique à travers le recours aux personnes privées ne présente pas qu'un intérêt comptable ou financier aux yeux des auteurs libéraux. La démocratie libérale ne consiste pas uniquement à contenir

[307] « […] *désormais les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des sociétés publiques locales non seulement pour* "réaliser des opérations d'aménagement"*, mais aussi* "pour réaliser des opérations de construction ou exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général" - *ce qui est large.* », P. DELVOLVE, « Les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2012, p. 1069 ; « *Le champ d'application des SPL est très large.* », S. SAVALL ; « *La SPL un nouvel outil de gestion des services publics locaux* », *RDP*, 2011 n°3, p. 753.

[308] « *L'adoption très commentée, de la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales donne aux collectivités, et uniquement à ces dernières, l'outil sociétaire dont elles rêvaient pour prendre en charge des missions d'intérêt général en jouissant de la souplesse (réelle ou présumée) du droit privé*. », M. KARPENSCHIF , « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », *JCP A*, n°48, 29 novembre 2010, p. 13 ; « *Les collectivités territoriales ne disposaient avant 2010 d'aucun instrument d'intervention économique susceptible de se voir confier directement une mission, alliant la souplesse d'un statut privé et les avantages d'un capital entièrement public. La loi n°2010-559 du 28 mai 2010 remédie à cette lacune en créant des sociétés publiques locales*. », S. NICINSKI, « Intervention économique », *Traité de droit administratif*, p. 150.

l'accroissement de la sphère publique. En effet, la destinée libérale s'apparente moins à la quête vaine d'une société sans Etat qu'à l'émancipation progressive de la société civile par rapport au pouvoir. L'articulation de l'organisation collective à la marche libre et autonome de la société civile correspond davantage que le démantèlement de l'appareil bureaucratique au projet du libéralisme. Dans cette perspective, la collaboration des pouvoirs publics avec les agents de la société civile au travers de la dévolution de service public et du recours aux collaborateurs occasionnels du service public permet d'adapter l'ordonnancement de la puissance publique tant au dynamisme qu'aux attentes de la société civile. La délégation de la gestion du service public d'éclairage public à des entreprises privées par des collectivités territoriales fait ainsi, par exemple, bénéficier la puissance publique des savoir-faire et de l'innovation technique dans le but de fournir un meilleur service aux administrés. En matière de sécurité publique, la création du « *service volontaire citoyen de la police et de la gendarmerie nationale* » par la loi du 15 mars 2011 est, selon les termes employés par le législateur, destinée à « *renforcer les liens entre la nation et les forces de sécurité* »[309] à travers les collaborateurs occasionnels du service public issus de la société civile[310]. La volonté de l'exécutif de recourir au « *statut* »[311] de collaborateurs occasionnels du service public traduit la nécessaire adaptation des modalités d'intervention de la puissance publique pour une meilleure acceptation et efficacité des politiques publiques.

II. L'organisation de la puissance publique réglée sur la société civile

70. L'autonomie de la société civile par rapport à l'Etat ne signifie pas le démantèlement de l'organisation collective assumée par les autorités publiques mais plutôt la subordination de la puissance publique à la constitution de la société civile.

---

[309] « *Le service volontaire citoyen de la police et de la gendarmerie nationales est destiné, afin de renforcer le lien entre la Nation et les forces de sécurité intérieure, à des missions de solidarité, de médiation sociale, d'éducation à la loi et de prévention, à l'exclusion de l'exercice de toute prérogative de puissance publique.* », art. 113, loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

[310] « *Les personnes admises au service volontaire citoyen souscrivent un contrat d'engagement d'une durée d'un à cinq ans renouvelable qui leur confère la qualité de collaborateur occasionnel du service public.* », *ibid*.

[311] « *Au sein de chaque quartier ou secteur concerné, des points de contact pourraient être identifiés, les personnes volontaires ainsi désignées pouvant alors bénéficier du statut juridique de collaborateur du service public prévu par la LOPPSI du 15 mars 2011* », Ministre de l'intérieur, circulaire du 22 juin 2011, p. 4, http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/06/cir_33332.pdf

L'existence de « *services publics d'initiative privée* »[312] reconnue par le Conseil d'Etat dans l'avis du 18 mai 2004 illustre parfaitement cette articulation de l'organisation de l'administration aux forces vives de la société civile. La reconnaissance par les collectivités publiques de la qualité de service public d'une activité d'intérêt général spontanément développée par des acteurs de la société civile et le soutien logistique qu'elles peuvent leurs apporter en conséquence sont particulièrement utiles dans les domaines où l'Etat libéral est peu susceptible d'intervenir directement et de manière ostensible. Ainsi, la reconnaissance de nombreuses associations gérant un service public d'initiative privée dans le domaine culturel[313] satisfait les auteurs libéraux qui privilégient l'initiative privée à l'initiative publique, tout en étant conscients de l'impérieuse nécessité d'un accompagnement de la puissance publique. La jurisprudence *Ville d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007 révèle une organisation de l'activité de la puissance publique de plus en plus dictée par la société civile. L'exercice volontaire et spontané d'une activité par des individus libres précède son encadrement par la collectivité publique à travers la mission de service public. Subordonné à la forme de la société civile, « *l'Etat encadre couramment de nombreuses organisations volontaires* » comme dans « *une société libre* », au sens où l'entend Friedrich Von Hayek[314].

[312] F. ROLIN, *op.cit.*, p. 518.

[313] « *La logique de cette analyse nous paraît non seulement forte, mais aussi opportune,* […] *parce qu'elle légitime les initiatives privées dans les domaines où la puissance publique a négligé d'organiser le service public et que ces initiatives sont tout simplement bienvenues en matière culturelle.* », F. SENERS, conclusions de l'arrêt CE 6 avril 2007, *Ville d'Aix en Provence, RFDA,* 2007, p. 812.

[314] « *Dans une société libre, l'Etat est une organisation parmi les autres* […] *Et tandis que cette organisation de l'Etat encadre couramment de nombreuses organisations volontaires, c'est le réseau spontanément développé des relations entre les individus, et entre les diverses organisations créées par eux, qui constitue les sociétés. Les sociétés se forment mais les Etats sont fabriqués.* », F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, op.cit.*, pp. 852 et 853.

Conclusion du chapitre 1

71. D'un bout à l'autre du XXème siècle, de la veille de l'arrêt *Terrier* au lendemain de l'arrêt *Ville d'Aix-en-Provence*, l'organisation de la puissance publique s'est transformée. Elle était l'exclusivité de l'Etat central. Souveraine, distante, étatique, la puissance publique était à la fois extérieure et supérieure à la société civile. A travers les processus de décentralisation et de privatisation, elle s'est progressivement asservie à la constitution de la société civile. Souvent employés par des personnes privées ou des associations spontanément créées par les forces vives de la société sans aucune immixtion du pouvoir politique, les agents de la puissance publique ne sont plus nécessairement des fonctionnaires d'Etat protégés et préposés. L'organisation de la puissance publique s'est progressivement pliée à la forme de la société civile, poursuivant ainsi la dynamique libérale de subordination du pouvoir à la société.

72. Parallèlement, un mouvement de rationalisation anime la libéralisation organique de la puissance publique. Certes, en valeur absolue et en part du PIB, les dépenses publiques ont crû. Mais, en vertu du principe gestionnaire, elles sont allouées en fonction du coût de plus en plus exact des services qu'elles financent. Cette tendance s'accentue au long du XXème siècle et est contenue dans l'expression « réforme de l'Etat ». Cependant, au cours des trente dernières années, s'opère un basculement consacré par la LOLF de 2001. Alors que jusque-là, la détermination de l'activité de la puissance publique précédait la forme de son organisation, c'est désormais l'optimisation de l'allocation financière qui dessine le spectre des missions assumées par les opérateurs de l'Etat. La réorganisation des institutions administratives par la mission de service public s'accompagne d'une nouvelle répartition des prérogatives de puissance publique au sein du régime des activités assumées par l'administration.

Chapitre 2 – La consécration du juge de la puissance publique

73. La désacralisation du pouvoir par la notion de service public permet la participation des autorités publiques décentralisées et des personnes privées à l'action publique. Cette ouverture organique de la puissance publique a un corollaire immédiat : l'application du droit administratif à certains actes de ces organes assimilés à la puissance publique par la mission de service public dont ils sont investis. Face à ces nouveaux contentieux, le juge administratif s'octroie plus de liberté qu'à l'égard de ceux engageant directement l'Etat. Au début du XXème siècle, les avancées du contrôle du juge de la puissance publique sont alors acquises au gré du contentieux des services décentralisés ou confiés à des entités privées, puis se propagent au droit administratif dans son ensemble à travers la notion de service public. La désacralisation organique de la puissance publique s'avère donc un puissant levier pour l'affirmation d'un véritable juge de l'administration et l'affermissement de l'Etat de droit[315].

La consécration de l'office du juge de la puissance publique est à la fois quantitative et qualitative. À travers la notion de service public, l'on assiste à une sollicitation plus fréquente du juge administratif (section 1) puis à l'approfondissement par celui-ci du contentieux de la puissance publique (section 2).

SECTION 1 – LE DÉPLOIEMENT DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF PAR LE SERVICE PUBLIC

74. Le service public entraîne un bouleversement de la définition du droit administratif, droit des relations entre la puissance publique et les administrés. Jusqu'à la fin du XIXème siècle, le critère de l'Etat débiteur et, plus durablement, celui des actes d'autorité définissent le droit administratif. Le droit de la puissance publique est

[315] « *La décentralisation a soumis à des règles juridiques une bonne partie de la puissance publique, qui jusque-là échappait à toute règle. En effet, sous un régime de centralisation, toute l'administration est l'œuvre de l'Etat, or l'Etat discute peu sa propre administration et la laisse peu discuter. Au contraire sous un régime de décentralisation, une bonne partie de l'administration passe aux autorités décentralisées. Immédiatement l'Etat laisse discuter la valeur des actes de ces autorités ; bien mieux, il est obligé de la discuter lui-même pour exercer la tutelle.* », M. HAURIOU, « Décentralisation », *Répertoire Béquet*, 1892, p. 489.

alors circonscrit aux prérogatives de l'Etat central. Au fondement du droit public classique, à l'ère de l'Etat-gendarme, la notion de souveraineté impose la confusion entre le droit administratif et le contentieux des actes de l'Etat central[316]. Or, juridiquement, le processus de décentralisation et de privatisation consiste à mettre fin au monopole de l'Etat central sur les prérogatives de puissance publique au profit de personnes morales secondaires et périphériques[317]. Dans un Etat décentralisé, le droit administratif ne régit plus uniquement l'activité de l'Etat central car l'organisation des fonctions publiques ne se réduit plus à celui-là[318]. La désacralisation organique de l'administration a pour corollaire la distribution des prérogatives de puissance publique auxquelles ont désormais accès des entités autres que l'Etat. Cette propagation du droit différant du droit commun a pour conséquence d'attiser la compétence du juge administratif.

75. Pour autant, l'ensemble du contentieux des collectivités territoriales puis des personnes privées associées à la puissance publique ne relève pas systématiquement de la compétence du juge administratif. Seules les prérogatives exorbitantes du droit commun transmises à des organes périphériques justifient l'application du droit administratif. Puisque la part des prérogatives de puissance publique, dans le régime juridique des activités concernées, s'amenuise à mesure que celles-ci se déploient en dehors du cadre étatique, l'on assiste à une nouvelle répartition des règles foncièrement différentes du droit commun dans le contentieux des activités assumées par la puissance publique.

Le déploiement de la compétence du juge administratif se traduit dès lors par la progression du contentieux administratif en dehors du périmètre d'intervention de

[316] « *La souveraineté nationale est par définition une et indivisible ; elle implique la suppression sur le territoire national de toutes collectivités investies de droits de puissance ; or de pareilles collectivités existent dans les pays décentralisés et les pays fédéralisés.* », L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit.*, p. 19.

[317] « *Au point de vue du droit, la décentralisation est une manière d'être de l'Etat caractérisée par ce fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives, qui ont la jouissance de droits de puissance publique, et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant ces droits, c'est-à-dire en faisant des actes d'administration.* », M. HAURIOU, « Décentralisation », *op.cit.*, p. 482.

[318] *A contrario*, Maurice Hauriou définit la centralisation comme « *une manière d'être de l'Etat consistant en ce que celui-ci constitue seule une personnalité ayant des droits de puissance publique.* », *ibid*.

l'Etat-gendarme (§1) mais s'accompagne également de la dilution des règles propres à la puissance publique par la mission de service public (§2).

§1- L'élargissement du champ du droit de la puissance publique

Libéré du périmètre du contentieux de l'Etat central par la décentralisation, le droit administratif s'étend à l'activité des autres personnes morales à l'intérieur (A) puis à l'extérieur de la sphère publique (B).

A. L'intégration du contentieux des personnes publiques secondaires au droit administratif

La participation des personnes publiques distinctes de l'Etat au service public autorise l'intégration du contentieux des collectivités territoriales (I) et des établissements publics (II) au contentieux administratif.

I. L'absorption du contentieux des collectivités territoriales

La notion de service public ouvre une partie de l'activité des collectivités territoriales au droit administratif. En effet, les contentieux contractuel et extracontractuel des départements et des communes sont intégrés au contentieux administratif (a) dès lors qu'ils relèvent de la gestion publique des services publics[319] (b).

a. L'enjeu des litiges contractuels et extracontractuels des collectivités territoriales

76. L'amalgame opéré par le Commissaire du gouvernement David entre la puissance publique et le service public, aux conclusions de l'affaire *Blanco*, ouvre de

[319] « *Au tournant des deux siècles, et surtout à compter de 1903, la jurisprudence, rompant avec ses timidités antérieures, s'est engagée sur des voies qui ont conduit à un élargissement notable de la compétence de la juridiction administrative. Poursuivant un dessein de simplification des règles qui président à la répartition des affaires contentieuses, Tribunal des conflits et Conseil d'Etat ont entrepris d'unifier, au profit du juge administratif, les règles de compétence en matière de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, quelle que soit la personne publique en cause.* », F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Thèmis, Paris, 1995, p. 274.

larges perspectives au droit administratif[320]. Le 8 février 1873, le Tribunal des conflits suit les conclusions de David et considère que les litiges engageants la responsabilité de l'Etat relèvent du juge administratif dès lors qu'ils concernent la marche des services publics. Trente ans sont nécessaires avant que le Commissaire Romieu, devant le Conseil d'Etat, effectue le syllogisme suivant : le contentieux relatif au fonctionnement des services publics relève de la compétence du juge administratif, le conseil général de la Saône-et-Loire a passé un contrat avec le sieur *Terrier* en vue de la marche d'un service public[321], donc le contentieux contractuel départemental relatif aux services publics doit relever de la juridiction administrative[322]. En 1908, le Commissaire Tessier adopte le raisonnement de Romieu pour inviter le Conseil d'Etat à intégrer le contentieux départemental et communal de la responsabilité extracontractuelle par la décision *Feutry*[323]. Il affirme, en effet, que les services publics de l'Etat appellent la compétence du juge administratif. Il n'y a pas de raison de distinguer les autorités nationales des administrations décentralisées dès lors qu'elles sont des services publics. Refuser la compétence de la juridiction administrative pour le contentieux de services locaux revient à méconnaître leur qualité de service public, ce qui n'est plus soutenable[324].

---

[320] « […] *le service des tabacs* […] *n'en est pas moins un service public* […]. *Or, tous ces services sont des branches de l'administration ; l'Etat, dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique* […] », DAVID, conclusions de l'arrêt TC 8 février 1873 *Blanco*, *S.*, 1873, III, p. 156.

[321] « […] *c'est un service public, pour lequel le conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré procéder par voie de prime offerte à des particuliers* […] », ROMIEU, conclusions de l'arrêt CE 6 février 1903, *Terrie*r, *Rec.*, p. 98.

[322] « *Si telle est la base de la compétence administrative en ce qui concerne les services publics des départements, des communes, des établissements publics qui ont au même degré le caractère administratif. Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir* […]. », ROMIEU, *id*., p. 95.

[323] CE 29 février 1908 *Feutry*, *Rec*., p. 217.

[324] « *En ce qui concerne les dommages causés par les fautes des représentants ou agents de l'Etat et par le fonctionnement des services publics nationaux, il n'y a plus de question aujourd'hui.* […] *Il semble* a priori *qu'on ne puisse même pas concevoir la possibilité d'une différence entre la situation des départements ou des communes et celle de l'Etat.* […] *Il faut bien se rendre compte en effet que la dévolution à l'autorité judiciaire des questions de responsabilité départementale et communale, implique que les services départementaux et les services municipaux ne sont pas des services publics* […]. *Or, personne n'ose plus aujourd'hui soutenir une semblable thèse* […]. », TESSIER, conclusions de l'arrêt CE *Feutry*, 29 février 1908, *Rec*., p. 212.

b. La gestion publique, critère du droit administratif

77. L'arrêt *Terrier* met fin à une longue période de flottement du droit administratif (1873-1903)[325] et permet d'aboutir à l'unification de celui-ci par la notion de service public au cours de la première décennie du XXème siècle. D'ailleurs, le rôle du service public dans l'extension et l'unification du contentieux administratif est salué par la doctrine dès le prononcé de la décision *Terrier*[326] et explicitement consacré en 1910 par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Théron* qui reconnaît une relation directe et absolue entre le but de service public et la compétence du juge administratif[327]. Historiquement, le rôle de la notion de service public est bien établi par les historiens du droit administratif[328]. L'année 1910 est retenue comme l'apogée du règne du service public dont l'efficacité juridique sera contestée dès l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïde des Vosges*[329]. Certes, la confusion parfaite entre le service public et la compétence du juge administratif, entre le droit de la puissance publique et le droit des services publics, a duré moins d'une décennie. Dès 1912, tout ce qui concerne le service public ne relève plus automatiquement du juge administratif puisque le critère de la gestion publique détermine la compétence de la juridiction

[325] « […] *ensuite et surtout parce que la théorie du contentieux des services publics communaux est depuis une quinzaine d'années en pleine évolution, que la compétence administrative s'élargit de jour en jour par l'action lente mais incessante de la jurisprudence et que le Conseil d'Etat restera fidèle aux tendances manifestées dans un grand nombre de ses arrêts les plus récents en accueillant aujourd'hui une solution qui aurait pu, il y a peu de temps encore, ne pas se présenter avec un degré suffisant de maturité.* », ROMIEU, *op.cit.,* p. 94 ; « *Le contentieux administratif, c'est-à-dire le contentieux des opérations auxquelles l'administration publique est mêlée, ne peut plus demeurer longtemps dans l'état d'incohérence où il se trouvait depuis un siècle, engagement de l'Etat aux tribunaux administratifs, engagements des départements et des communes aux tribunaux civils* […] », M. HAURIOU, note sous CE 6 février 1903 *Terrier*, *S*., 1903, III, p. 26.

[326] « *C'est avec une satisfaction profonde que nous enregistrons cet arrêt, qui consacre à la fois l'extension du contentieux administratif aux affaires départementales et communales et son application naturelle à tout ce qui est exécution d'un service public ou d'une mesure prise par les mêmes moyens administratifs.* », *id*., p. 25.

[327] « *Ainsi au plan historique, la notion de service public permit d'intégrer dans le contentieux administratif les litiges concernant les collectivités locales. Les arrêts Terrier, Feutry ont joué ici un rôle capital et c'est avec l'affaire Thérond que, grâce à la notion de service public, elles ont été pleinement intégrées dans la fonction administrative.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, Collection Droit Fondamental, Paris, 1991, p. 36.

[328] « *En moins de dix années, le contentieux des collectivités locales, en tous domaines, se trouvait aligné sur celui de l'Etat. Simultanément, le principe était bien établi que doit ressortir à l'autorité administrative tout recours dirigé, tant contre l'Etat que ses démembrements, dès lors qu'il avait pour objet une opération effectuée pour l'exécution d'un service public.* », F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif, op.cit.,* p. 277 ; « *Si, en effet, remarquait-il (Romieu), la compétence est administrative, en vertu du seul principe de séparation des pouvoirs, quand il s'agit de la marche des services publics de l'Etat, il est logique que la même règle vaille pour ceux des collectivités locales ou des établissements publics. Car, quelle que soit la personne administrative en cause, dès qu'il y a, de son fait, prise en charge de besoins collectifs, c'est-à-dire service public, il y a administration publique.* », *id*., p. 275.

[329] CE 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec*., p. 909.

administrative, le service public pouvant faire l'objet d'une gestion privée. Pourtant, entre les arrêts *Blanco* et *Théron*, à travers le prisme du service public, une révolution au fondement du droit public a eu lieu. Avant 1873, le droit de la puissance publique régit la relation de commandement de l'Etat souverain sur les administrés. Seuls les actes d'autorité de l'Etat peuvent relever du juge administratif. Après 1910, la puissance est devenue service, et bien que le service public ne révèle pas nécessairement l'exercice de la puissance publique − puisque celle-ci peut se placer « *dans les conditions du public* »[330] − il permet d'assimiler certaines activités de gestion et une part de l'intervention des collectivités territoriales à l'action de la puissance publique[331]. Le service public désacralise la puissance publique et fonde de manière concomitante l'impérialisme du droit administratif.

[330] ROMIEU, *op.cit.*, p. 97

[331] « *Pour Tessier, c'est donc parce que la puissance publique se réfléchit dans tous les échelons de l'administration que l'asile départemental doit être envisagé comme un service public dont la responsabilité obéit à des* "règles spéciales" *celles du droit administratif – par application de la jurisprudence Blanco. Il n'est pas question, dans cette optique, de faire la part des actes d'autorité et des actes de gestion ;* "cette distinction", *selon Teissier* "n'a aucune base légale". *Il faut abandonner tout le terrain civiliste pour cette simple raison que l'action vise* "la puissance publique elle-même", *représentée dans un service départemental.* », G. BIGOT, *Histoire du droit administratif*, *op.cit.*, p. 275.

II. L'extension du droit administratif au contentieux des personnes morales publiques spécialisées en charge d'un service public

78. Comme n'importe quelle personne morale de droit public, l'établissement public est régi au moins partiellement par le droit administratif. Le service public n'entraîne pas nécessairement la qualification d'établissement public, mais tout établissement public désigne un service public[332]. Pour reprendre l'analyse du professeur Chapus, la qualification de l'établissement public dépend souvent de « *ce que recommande l'opportunité* »[333] alors que ce qui caractérise un établissement public, « *ce service public personnifié* »[334], c'est justement « *d'être une personne morale créée pour la gestion d'un service public* »[335]. Il existe donc une dichotomie entre la définition d'un établissement public et sa qualification juridique puisqu'elles ne se confondent pas parfaitement, laissant place à l'opportunité du juge administratif mais créant parallèlement une difficulté pour la doctrine[336].

79. Cette impossibilité de qualifier une personne juridique d'établissement public par un critère particulier peut apparaître comme une aporie du droit administratif à laquelle ont voulu remédier « *les faiseurs de système* »[337]. Or, cette difficulté constitue en réalité « *le cheval de Troie* » de l'impérialisme du droit administratif. Le service public justifie que la puissance publique émane d'une personne publique créée à ce seul effet – l'établissement public – mais il ne l'enferme pas dans ce seul cadre juridique. Dès lors, si les actes de puissance publique peuvent être pris par des personnes morales autres que les établissements publics, c'est bien parce que le service public leur « *transfuse* »[338] la puissance publique sans pour autant leur imposer une qualification juridique. Ce que la doctrine a nommé « *la crise de l'établissement public* », révèle que l'indétermination organique de la notion de service public, le fait que la mission de service public n'impose pas de forme juridique particulière à l'entité qui en a la charge,

[332] E. FATOME, « Etablissement public et service public », *AJDA* 1997, p. 96 ;
[333] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Monchrestien, Domat droit public, 15ème éd., 2001, n°241.
[334] *Id.*, n°25.
[335] *Ibid*.
[336] X. DOMINO, E. FATOME, Y. JEGOUZO, F. LOLOUM et O. SCHRAMECK, « Questions sur l'avenir de l'établissement public », *AJDA* 2010, p. 1238.
[337] J. RIVERO, « Apologie des « faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, chronique, p. 23.
[338] « *La puissance publique qui se transfuse dans la jurisprudence Feutry* […] », G. BIGOT, *Histoire du droit administratif, op.cit.*, p. 276.

permet à la puissance de se doter d'une organisation administrative diversifiée et libéralisée.

Le service public, en invitant les collectivités territoriales et les établissements publics à participer à l'activité de la puissance publique, a permis au droit administratif de s'étendre au-delà du contentieux de l'Etat central au sein de la sphère publique. A travers la notion de service public, le droit administratif s'est également étendu au-delà du contentieux des personnes publiques.

B. La reconnaissance de la nature administrative de certains actes de personnes morales non-publiques en charge d'un service public

Le service public désacralise la puissance publique au point qu'il justifie le transfert de certaines prérogatives de puissance publique à des personnes juridiques extérieures à la sphère publique. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat se limite à reconnaître le caractère administratif des actes concernés sans préciser la nature publique ou privée des personnes associées au service public (I), avant d'assumer de voir en des personnes privées la capacité d'édicter des actes de puissance publique (II).

I. Des actes administratifs pris par des personnes juridiques de nature indéterminée

80. Dans l'entre-deux-guerres, la puissance publique veille à l'encadrement de certaines activités économiques mais les principes de la démocratie libérale interdisent à l'Etat de s'introduire directement dans la régulation de l'économie. Le législateur crée donc des entités intermédiaires et notamment les comités d'organisation et les ordres professionnels auxquels le Conseil d'Etat reconnaît la compétence de prendre des actes administratifs, donc des actes de puissance publique, pour l'exécution du service public administratif dont ils ont la charge.

81. Pour les auteurs libéraux classiques, l'intervention de l'Etat, de la puissance publique est réservée aux activités régaliennes. La réglementation des secteurs industriels et des professions libérales ne doit pas relever de l'action des pouvoirs publics. On ne saurait donc, par principe, qualifier les comités d'organisation et les

ordres professionnels d'établissements publics[339]. Ce serait intégrer, à la sphère publique, l'activité de personnes morales dont la puissance publique, sous l'ère libérale, n'a pas à se mêler. En outre, il convient d'éviter que de tels organismes soient soumis au régime juridique trop contraignant des établissements publics afin d'en faciliter la gestion[340]. Le pragmatisme comme les principes libéraux s'opposent à la qualification de ces organismes professionnels d'établissements publics. Cela étant, l'exécution du service public dont ils ont la charge conduit les Commissaires du gouvernement Ségalat[341] et Lagrange[342] à inviter le Conseil d'Etat à reconnaître la qualité d'acte administratif à certaines décisions prises par ces organismes[343]. De droit donc, ces entités participent à la puissance publique puisqu'elles peuvent prendre des actes administratifs dont le contentieux relève de la juridiction administrative. Or, pour les libéraux, l'action de la puissance publique est le privilège des personnes publiques, il paraît donc impossible de qualifier ces différents organismes, sous le dogme libéral classique, de personnes privées. Confiné par le dilemme libéral[344], le Conseil d'Etat se contente donc de nier la qualité d'établissement public à ces organismes professionnels sans pour autant préciser leur nature publique ou privée.

---

[339] « *Si l'économie dirigée veut être autre chose que le détournement de pouvoir érigé en institution, elle doit être dirigée par une autorité indépendante des intérêts auxquels elle commande et suffisamment éclairée pour pouvoir résister à ces intérêts. Aucune confusion ne saurait être plus grave que celle qui tiendrait à identifier autorité corporative et puissance publique, intérêts professionnels et intérêts généraux, comités d'organisation et établissements publics.* », J. DONNEDIEU de VABRES, note sous l'arrêt CE du *Bouguen*, *D.*, 1944, p. 54.

[340] « *Les comités sont empreints d'autre part d'un caractère professionnel indéniable. Ce caractère, que nous avons essayé de dégager de la loi, commande, au point de vue juridique, le recours à des formules souples et neuves, leur laissant par exemple la possibilité d'utiliser les méthodes de gestion des entreprises privées*. », SEGALAT, conclusions de l'arrêt CE du 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *D.*, 1943, p. 141.

[341] « *L'ensemble de ces règles ne permet pas de s'y tromper : le législateur a fait de l'organisation de la production un service public. L'intérêt général qui s'attache à la bonne marche de la production dans les circonstances présentes, la nature et l'étendue de la mission que la loi assigne aux comités d'organisation, les prérogatives de puissance publique qu'elle consacre, ce sont là les éléments que votre jurisprudence retient pour définir et caractériser le service public.* », *id.*, p. 140 ; « *Ils suffisent à justifier votre compétence dans la présente affaire, puisque, dans la mesure où les comités sont chargés d'un service public de la production, les décisions ont le caractère d'actes administratifs relevant de la juridiction administrative.* », *ibid*.

[342] « *Il suffit, mais il faut, pour que la décision ait le caractère d'un acte administratif et soit, dès lors, justiciable de la juridiction administrative, que l'organisme en cause ait été chargé de l'exécution d'un service public*. », LAGRANGE, conclusions de l'arrêt CE 2 avril 1943, *Bouguen*, *D.*, 1944, p. 52.

[343] « *Le fondement de cette compétence est la participation des comités d'organisation à un service public*. », P.C., note sous l'arrêt CE du 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *D.*, 1943, p. 139.

[344] « *L'organisation professionnelle, à tendance plus ou moins corporative, répond exactement à cette notion d'intérêt collectif, générateur de droits et d'obligations, à laquelle nous avons fait allusion, et qui vient s'interposer entre les deux seules notions agréées par la doctrine libérale : celle de l'intérêt et des droits de l'individu, en face de l'intérêt général et des droits de l'Etat, muni des armes de la puissance publique.* », LAGRANGE, *op.cit.*, p. 52.

82. Le service public désacralise la puissance publique jusqu'à permettre à des personnes morales exclues de la sphère publique de prendre des actes administratifs. Le droit administratif trouve, dans la notion de service public, la justification de son intrusion au-delà de l'activité réservée aux personnes publiques. Etant donné qu'il mène le juge administratif à reconnaître à des organismes issus de la société civile la capacité de prendre des actes administratifs, le service public tend à atténuer la différence entre les régimes juridiques applicables aux personnes publiques, d'une part, et aux personnes morales issues de la société civile, d'autre part. Cette indifférenciation entre les personnes morales traditionnellement détentrices des prérogatives de puissance publique et les autres personnes juridiques conduit à brouiller la frontière, pourtant chère aux auteurs libéraux classiques, séparant les sphères publique et privée. Par la reconnaissance de la qualité d'actes de puissance publique à des décisions prises par des personnes morales situées en dehors de la sphère publique, les arrêts *Montpeurt* et *Bouguen* introduisent une faille dans le respect des principes du libéralisme classique attaché à une distinction claire entre les sphères publique et privée. La difficulté de qualifier juridiquement ces « *corps intermédiaires* » associés à l'action de la puissance publique révèle l'impasse de la pensée libérale classique au milieu du XXème siècle.

II. Dispersion des prérogatives de puissance publique en dehors de la sphère publique et crise du libéralisme

83. La libéralisation organique de la puissance publique par le service public est achevée en 1961 quand le Conseil d'Etat accepte d'apprécier la légalité de décisions prises par des personnes privées en charge d'un service public administratif[345]. L'acte de puissance publique n'est dès lors plus le monopole des personnes publiques. Les personnes privées sont, à travers le service public, associées à la puissance publique. Dans le silence des textes législatifs et règlementaires, l'identification de la prise en charge d'un service public par une personne privée suppose dès lors la réunion de trois conditions posées par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Narcy* du 28 juin 1963[346]. Le droit administratif, droit de la puissance publique, s'étend alors au contentieux de certaines personnes morales de droit commun selon un raisonnement suivi par le Tribunal des conflits[347] et avalisé ensuite par le Conseil constitutionnel[348].

84. Cette situation juridique satisfait à double titre les libéraux. D'une part, l'exécution des services publics concernés n'entraîne ni étatisation ni publicisation de la société puisqu'ils sont confiés à des personnes privées. D'autre part, la nature privée de ces organismes associés à l'action de la puissance publique leur permet d'échapper à certaines contraintes de la comptabilité publique et d'accéder plus facilement aux financements privés. Cependant, en reconnaissant des prérogatives de puissance publique à des organismes privés, c'est-à-dire en acceptant la délégation d'une partie du pouvoir réglementaire à des autorités qui appartiennent à la sphère privée, le Conseil

[345] CE 13 janvier 1961, *Magnier*, *Rec.*, p. 33.

[346] L'activité prise en charge par la personne privée doit être reconnue d'intérêt général, l'accomplissement de celle-ci suppose la détention de prérogative de puissance publique et que l'organisme privé soit soumis au contrôle de l'administration proprement dite. Voir CE 28 juin 1963, *Narcy*, *in* J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Thémis droit, 16ème éd., Paris, 2014, p. 275.

[347] TC 2 mai 1977, *Confédération nationale du Crédit mutuel*, *Rec*., p. 668.

[348] « *Considérant que, s'il existe un objectif d'intérêt général qui s'attache à la préservation des éléments du patrimoine archéologique et qui justifie que le législateur fasse de l'archéologie préventive une mission de service public, aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle ne lui impose d'accorder, en la matière, des droits exclusifs à un établissement public spécialisé ; qu'il lui était loisible d'associer des personnes privées à l'exécution de ce service public en leur permettant de réaliser les opérations de fouilles faisant l'objet de prescriptions ; que cette association requiert, néanmoins, que des procédures de contrôle administratif et scientifique soient mises en place pour assurer tant la qualité des prestations que la continuité des opérations.* », CC, décision n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003, Loi relative à l'archéologie préventive, cons. 10.

d'Etat, s'il satisfait les libéraux, n'en trouble pas moins leurs repères[349]. Si les libéraux classiques tiennent à l'existence d'une sphère publique au sein de laquelle l'Etat est en charge des activités régaliennes, c'est pour s'assurer qu'en dehors de celle-ci, le droit privé régisse les rapports juridiques. En permettant à des personnes privées de s'emparer de prérogatives de puissance publique, ou, dit autrement, à la puissance publique de s'immiscer dans des organismes privés, les digues qui séparent les deux mondes du libéralisme classique sont rompues. Parallèlement à la réalisation d'une fonction libérale (la désacralisation de la puissance publique et le rapprochement entre les personnes publiques et celles issues de la société civile), le service public oblige le libéralisme à revenir sur l'un de ses principes fondateurs (la différentiation entre les sphères publique et privée). Au début des années soixante, quand le Conseil d'Etat reconnaît explicitement la qualité d'acte administratif à des décisions prises par des personnes privées, la crise du libéralisme classique atteint son apogée.

85. A travers la notion de service public, la puissance publique se libéralise puisque les collectivités territoriales, les établissements publics et les personnes morales de droit privé en charge d'un service public acquièrent des prérogatives de puissance publique. La puissance est désacralisée, elle ne se réduit plus aux manifestations de l'Etat central. Le droit administratif s'étend et la compétence du juge administratif progresse à mesure que le cercle des personnes morales associées à l'action de la puissance publique s'élargit jusqu'à inclure des personnes privées. Les prérogatives de puissance publique sont davantage distribuées et le juge administratif, davantage sollicité. Cela étant cette extension du champ du droit administratif accompagne la dilution de l'exorbitance du droit de la puissance publique.

§2 - La dilution de l'exorbitance du droit de la puissance publique

Toutes les activités assurées par les collectivités publiques ou les personnes privées assimilées, à travers la notion de service public, à des autorités

[349] « "Le libéralisme des professions" *aboutirait, non à une délégation du pouvoir réglementaire, mais à sa division ; il serait contraire à la souveraineté essentielle de l'Etat ; à l'encontre du vrai libéralisme qui limitait l'exercice du pouvoir réglementaire en l'excluant de certains domaines mais qui, du moins, n'en déniait pas le monopole à l'Etat, il affaiblirait la puissance publique sans renforcer, pour autant, le pouvoir professionnel.* », P. DIETERLEN, « La réforme des comités d'organisation », *Droit social*, 1943, numéro 10, p. 347.

administratives[350] ne justifient pas le recours à un régime exorbitant du droit commun. Le contentieux administratif est en effet circonscrit aux prérogatives de puissance publique utilisées par ces personnes juridiques distinctes de l'Etat (A) avant que celles-ci soient dépossédées de prérogatives de puissance publiques malgré la mission de service public (B).

A. La circonscription du contentieux administratif

Le corollaire de l'extension du droit de la puissance publique en dehors du cercle des interventions étatiques est la réduction du contentieux administratif au contexte de gestion publique (I) puis son cantonnement à l'utilisation des prérogatives de puissance publique (II).

I. La réduction du droit de la puissance publique à la gestion publique

86. Pas plus d'une décennie, le service public ne justifie, à lui seul, la compétence du juge administratif et l'application d'un régime juridique exorbitant du droit commun. Dès le 31 juillet 1912, l'arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*[351] suscite « *la stupéfaction* » de Léon Duguit[352]. En effet, bien que le contrat faisant l'objet d'un litige devant la juridiction administrative participe à l'exécution du service public, le Conseil d'Etat décline sa compétence et inaugure ainsi la crise de la notion de service public[353]. Pour autant, celle-ci a révolutionné le droit de la puissance publique. Avant l'émergence du service public, le caractère gestionnaire d'un acte disqualifiait la

[350] « *Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif.* », loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative au droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations, art. 1er.

[351] CE 31 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, *S.*, 1917, III, p. 15, conclusions Blum.

[352] « *Cet arrêt provoqua une véritable stupéfaction parmi les* "théoriciens du service public"*, et de véhémentes réactions* […] *Duguit commence par reprocher au Conseil d'Etat d'être tombé dans la contradiction avec soi-même :* "[…] je ne comprends pas…et les conclusions de Léon Blum sur lesquelles a été rendu cet arrêt ne sont pas faites pour m'éclairer." », C. EISENMANN (cite Léon Duguit*), Cours de droit administratif*, tome I, Lextenso, *Anthologie du droit*, Jouve, 2014, p. 67.

[353] Jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat *Société des Granits*, tous les litiges relatifs aux services publics relèvent de la compétence du juge administratif comme le relate Léon Blum dans ses conclusions : « […] *la jurisprudence actuelle affirme la compétence administrative pour tous les litiges nés de l'organisation ou du fonctionnement des services publics, que ces services dépendent du pouvoir central ou se rattachent aux pouvoirs locaux.* », L. BLUM, *S.*, 1917, III, p. 16.

compétence du juge administratif et l'application du régime exorbitant du droit commun. Réduit aux actes d'autorité de l'Etat central, le droit administratif, confiné par le XIXème siècle libéral, était condamné au chambardement par l'avènement de l'Etat-providence tant celui-ci impliquait le déploiement de services publics dont la gestion incombait à la puissance publique. Le critère du service public a permis d'intégrer les actes de gestion émis par les autorités publiques au contentieux administratif même si, très vite, une partie d'entre eux en ont été exclus. En ce sens, le sacre du service public fut un préalable à la consécration de la gestion publique. En outre, l'idée que l'ensemble des actes de gestion des autorités administratives ne relève pas nécessairement du droit administratif, en raison de l'hypothèse de la gestion privée des services publics, se développe, à partir des conclusions de Romieu de 1903, au contentieux des personnes publiques secondaires. En effet, les interventions de l'Etat proprement dit ne sont pas un terrain propice à l'émergence de la notion de gestion privée de la puissance publique. Il est théoriquement difficile de reconnaître que des activités entreprises par l'Etat central ne justifient pas nécessairement un régime juridique exorbitant du droit commun, tant elles sont associées à la notion de souveraineté. En revanche, l'intégration du contentieux des collectivités publiques secondaires au profit du juge administratif est récente[354]. L'histoire du droit enseigne que la gestion des intérêts locaux a longtemps relevé exclusivement du droit civil conformément, d'ailleurs, à une conception propre à la tradition libérale française[355]. Dès lors, considérer que les communes et les départements puissent se mettre dans « *les conditions d'un simple particulier* »[356] à l'occasion de l'exécution de leurs services publics s'apparente quasiment à un retour aux sources du droit des autorités locales. La circonscription du contentieux administratif au contexte de gestion publique, et en conséquence la reconnaissance de la gestion privée, est indissociable du processus de décentralisation de l'organisation administrative induite par la notion de service public.

---

[354] « […] *dans diverses décisions des années 1890, le Conseil d'Etat laissait entrevoir sa volonté de rapprocher la condition juridique des collectivités locales de celle de l'Etat* […]. *En 1903, le pas fut franchi.* », F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op.cit.*, p. 274 ; CE 6 février 1903, *Terrier*, *op.cit.*

[355] « *D'où le fait que Royer-Collard fasse partie de ces libéraux qui ont recours à l'histoire* […] *et aux mécanismes de droit privé* […] *pour soutenir les prérogatives des municipalités* […] *il développe l'idée selon laquelle la commune est irréductible à l'Etat et à l'administration générale ; elle a ses intérêts propres relevant du droit privé* […] », G. BIGOT, *L'Administration française*, *op.cit.*, n°134, p. 190.

[356] « *Il demeure entendu qu'il faut réserver, pour les départements et les communes, comme pour l'Etat, les circonstances où l'Administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier* […]. », ROMIEU, conclusions de l'arrêt *Terrier*, *op.cit.*, p. 96.

II. Le cantonnement du régime administratif à la prérogative de puissance publique

87. La délimitation de la part du droit administratif dans le régime des personnes morales investies d'une mission de service public est d'autant plus accentuée que l'organe considéré est une personne privée. La présomption de la compétence de la juridiction judiciaire et de l'application du droit commun à l'égard d'un acte pris par une personne morale de droit privé est difficilement réfragable. Les conditions posées par le Conseil d'Etat dans la jurisprudence qui accompagne la privatisation de l'organisation administrative[357] limitent le recours à la compétence du juge administratif et au droit administratif aux seuls contextes justifiant l'exorbitance du régime. Dans le cas des services publics administratifs confiés à des personnes privées, le juge et le droit de la puissance publique ne sont sollicités que dans la mesure où l'activité litigieuse, placée sous le contrôle de l'administration proprement dite, concerne l'exécution du service public et nécessite de prendre des actes qui s'apparentent à des prérogatives de puissance publique[358]. Lorsque le service public est industriel ou commercial, le régime administratif est encore plus circonscrit puisqu'il se réduit au règlement relatif à l'organisation même du service public, c'est-à-dire à un seul acte qui s'apparente à une prérogative de puissance publique[359]. Certes le service public justifie la progression du droit de la puissance publique en dehors de la sphère publique mais, dans la continuité de la jurisprudence *Caisse primaire « Aide et Protection »*[360], au travers des notions d'exécution du service public administratif et d'organisation du service public industriel et commercial, il justifie un recours très circonstancié au régime exorbitant du droit commun[361]. La privatisation organique de la puissance publique par le service public s'accompagne donc du développement d'un régime juridique de « l'administration » fortement imprégné du droit privé et de la compétence judiciaire, et seulement

[357] On entend par « privatisation de l'organisation administrative » le mouvement consistant à associer des personnes privées à l'action administrative. Celui-ci aboutit à une définition des « autorités administratives » qui englobe les organismes privés en charge d'une mission de service public, mais il ne revient pas à nier l'existence d'une sphère publique dissociée de la sphère privée.
[358] CE 13 janvier 1961, *Magnier*, *op.cit.* ; CE 28 juin 1963, *Narcy*, *op.cit.*
[359] TC 15 janvier 1968, *Compagnie Air France contre Epoux Barbier*, *Rec*., 789, conclusions Kahn.
[360] CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, *op.cit.*
[361] « […] *il devait avoir une nombreuse postérité et remettre pour partie en cause, s'agissant des services publics ainsi gérés et qui sont pourtant de nature administrative leur soumission de principe au droit public.* », J-F. LACHAUME et autres, *op.cit.*, p. 260.

marginalement concerné par le droit administratif[362]. Le service public invite à la distribution des prérogatives de puissance publique aux personnes morales de droit privé, mais le juge administratif impose à ce mouvement une allocation maitrisée du régime administratif seulement à ce qui est rendu strictement nécessaire par l'exorbitance des situations de gestion administrative[363]. L'on assiste dès lors à une rationalisation de l'exorbitance du régime juridique de l'organisation administrative, par le service public. La mission de service public introduit une certaine économie de la situation de gestion publique, dans le régime juridique de la puissance publique. Le corollaire de l'extension du contentieux administratif hors de la sphère publique est donc bien le cantonnement des dispositions exorbitantes dans le régime juridique d'une activité assumée par la puissance publique.

B. La disparition de la prérogative de puissance publique du contentieux administratif par le service public

Le service public n'est pas uniquement à l'origine d'une rationalisation de la part du droit administratif dans le régime juridique des activités assumées par la puissance publique. L'on peut également lui imputer la tendance à la neutralisation du droit administratif. En effet, la mission de service public confère à l'activité de certaines personnes privées un régime de droit administratif dépourvu de prérogative de puissance publique (I) et réduit la gestion publique aux sujétions de la puissance publique (II).

---

[362] « […] *ce régime allait nécessairement, une personne privée étant en cause, s'imprégner de façon importante de droit privé et de compétence judiciaire.* », J-F. LACHAUME et autres, *id*., p. 261.

[363] « *Considérant que les décisions prises par une personne privée chargée de l'exécution d'une mission de service public à caractère administratif présentent le caractère d'actes administratifs si elles procèdent de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique conférées à cette personne pour l'accomplissement de la mission de service public qui lui a été confiée* », CE 8 avril 2013, *Fédération des sports de glace*, n°351735 ; *« Considérant que l'acte par lequel une personne privée chargée d'une mission de service public et ayant reçu délégation à cette fin en matière d'expropriation demande au préfet l'expropriation d'un immeuble pour cause d'utilité publique traduit l'usage de prérogatives de puissance publique et constitue ainsi un acte administratif.* », CE 30 décembre 2013, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris*, n°355556.

I. Le droit administratif dépourvu de prérogative de puissance publique

88. Le droit administratif est traditionnellement caractérisé par l'exorbitance. Les notions de gestion publique ou de prérogative de puissance publique désignent d'ailleurs des situations ou des types d'actes qui justifient l'octroi de privilèges juridiques à l'administration. Ces attributs du droit administratif, à la fois dérogatoires au droit commun et inégalitaires par rapport aux personnes juridiques qui en sont dépourvues, cristallisent l'hostilité des auteurs libéraux. S'ils ne contestent pas nécessairement l'existence d'un droit propre à l'administration, ils fustigent unanimement l'impérialisme du droit administratif au-delà d'une sphère limitée aux prérogatives régaliennes de l'Etat-gendarme. Déposséder la puissance publique de ses privilèges dans le commerce juridique est une manière de faire progresser la notion libérale d'Etat de droit. Neutraliser l'exorbitance du droit administratif revient à rapprocher le régime d'intervention de la puissance publique du droit qui régit l'ensemble de la société civile. La prérogative de puissance publique déroge au droit civil et heurte ainsi le règne de la *lex mercatoria*. La verticalité qu'elle véhicule rompt avec la spontanéité et l'immanence de la *common law*.

89. L'atténuation progressive de l'exorbitance du droit administratif et donc de la distinction du régime des activités assumées par la puissance publique de celui qui régit la société civile est perceptible au travers de l'évolution de la définition du service public. Depuis les années 1990, la compétence du juge administratif et donc l'application du droit administratif à une personne morale de droit privé en charge d'une activité de service public sont reconnues par la jurisprudence du Conseil d'Etat malgré l'absence de prérogative de puissance publique nécessaire à la gestion de l'activité concernée[364]. Certes, cette jurisprudence marque une nouvelle étape de l'extension du droit administratif mais elle révèle, en contrepartie, une évolution de la définition du droit de la puissance publique. Voir dans les centres d'aide au travail des services publics administratifs gérés par des personnes privées, comme le propose Madame Vérot dans ses conclusions sous l'arrêt *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, a pour conséquence de les considérer comme des organes de l'administration en charge d'une activité assumée par la puissance publique. Pour autant, cette assimilation dispensée de la détention de prérogatives de puissance

[364] CE 20 juillet 1990, *Ville de Melun et association*, *AJDA*, 1990, p. 820 ; CE 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *Rec*., p. 92.

publique par les personnes concernées revient à reconnaître des situations de gestion publique sans prérogative de puissance publique. Paradoxalement, la mission de service public donne lieu à l'application du régime administratif sans prérogative de puissance publique. Dispensée de prérogative de puissance publique, la situation de gestion publique se justifie nécessairement par des sujétions propres au régime administratif.

II. Le droit administratif réduit aux sujétions de puissance publique

90. Malgré l'absence de détention de prérogative de puissance publique par une personne privée en charge de la gestion d'un service public, celle-ci peut tout de même être assujettie au droit administratif en vertu de la jurisprudence *Ville de Melun - APREI*. Dans ce cas, le régime de droit public se caractérise surtout par des obligations à l'égard de la personne publique pour le compte de laquelle le gestionnaire privé du service public agit, souvent en tant qu'association transparente. La compétence du juge administratif et l'application du droit administratif ont dès lors principalement vocation à permettre le contrôle par les collectivités publiques de leurs prolongements privés. Cela étant une autre fonction peut être attribuée à cette soumission des personnes privées en charge d'un service public. Au-delà de la maîtrise des gestionnaires privés par l'administration, elle garantit le respect des sujétions de droit public en général dans l'ensemble des activités assumées par la puissance. Ainsi, par exemple, les obligations d'information sur la gestion des services publics et les lois du service public incombent à ces personnes privées en charge d'activités d'intérêt général par la mission de service public. En outre, l'ordre public concurrentiel composé des règles de la commande publique et des procédures de mise en concurrence s'impose malgré l'inexistence de prérogative de puissance publique dans la gestion des activités de la puissance publique. La mission de service public justifie donc l'assujettissement des activités assumées par la puissance publique à un corps de règles toujours plus complexe et garanti par un juge de plus en plus présent.

SECTION 2 - L'APPROFONDISSEMENT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF PAR LE SERVICE PUBLIC

La désacralisation organique de la puissance publique par le service public attise le contrôle du juge administratif. Le contentieux de personnes morales autrement moins impériales que l'Etat s'ouvre à lui. Les litiges relatifs au fonctionnement des services publics locaux à la charge des collectivités territoriales permettent au juge administratif d'approfondir le droit administratif.

L'autonomie croissante des collectivités territoriales exige autant qu'elle autorise le développement des modalités du contrôle juridictionnel (§1). En outre, l'extension du droit de la puissance publique dans des domaines nouveaux nécessite l'enrichissement de la légalité administrative par la découverte de principes généraux du droit d'origine libérale (§2).

§1 - Le renforcement de l'emprise du juge sur l'administration à travers le service public

Parallèlement au transfert de prérogatives de puissance publique de l'Etat à des personnes publiques secondaires, « *la décentralisation fait perdre à la puissance publique de sa majesté* »[365]. Comme le souligne le professeur Norbert Foulquier, l'édiction d'actes administratifs par des autorités qui ne revêtent pas celle du pouvoir central sont l'occasion pour le juge administratif d'accentuer son contrôle[366]. L'emprise du juge administratif sur les actes des collectivités territoriales se traduit tant par le renforcement de l'accès au juge administratif à travers l'ouverture du recours pour excès

[365] « *Si, à l'heure qu'il est, le recours pour excès de pouvoir est admis contre les actes dits de pure administration, nous sommes convaincus que c'est dû, en grande partie, à ce que la décentralisation a fait perdre à la puissance publique de sa majesté, en en confiant une partie à des personnes publiques secondaires.* » M. HAURIOU, « Décentralisation », *op.cit.*, p. 490.

[366] « *La République restait centralisée mais la décentralisation qu'elle favorisa fut l'occasion de l'acculturation du principe de légalité.* […] *La chronologie des arrêts et notamment des arrêts de principe montre que, bien souvent, l'assujettissement des autorités administratives locales au régime de Droit servit de modèle à celui des autorités étatiques. En effet, de nombreuses audaces du Conseil d'Etat portèrent d'abord sur des actes des collectivités locales avant d'être transposés à ceux de l'Etat, ce qui laisse penser que la structure décentralisée de l'administration française permit la diffusion progressive de l'idée que celle-ci était, dans son ensemble, soumise au Droit.* », N. FOULQUIER, *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2003, pp. 220 et 222.

de pouvoir (A) que par la diversification des modalités d'un contrôle de légalité plus affirmé (B).

A. L'élargissement de l'intérêt pour agir, contrepartie à la décentralisation

Lors des toutes premières années du XXème siècle, la richesse de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'intérêt pour agir s'explique par l'organisation récemment décentralisée de l'administration. Les nouvelles compétences des conseils municipaux et départementaux justifient l'ouverture du recours pour excès de pouvoir, d'une part, aux administrés à l'encontre des décisions de ces autorités administratives décentralisées (I) et, d'autre part, à ces dernières contre les décisions des autorités administratives de tutelle (II).

I. L'intérêt pour agir des administrés à l'encontre des décisions des autorités administratives décentralisées

91. Le modèle classique du recours pour excès de pouvoir date de l'Empire libéral[367], mais la nécessité d'étendre l'intérêt pour agir en recours pour excès de pouvoir aux administrés d'une collectivité territoriale à l'égard des décisions de celle-ci est apparue comme une contrepartie à la décentralisation des prérogatives de puissance publique. L'arrêt de principe du Conseil d'Etat *Casanova*[368] illustre cette relation entre l'organisation d'un service public par une collectivité locale et l'ouverture de l'intérêt pour agir aux contribuables de cette collectivité. Le Conseil d'Etat admet le recours d'un contribuable de la commune d'Olmeto à l'encontre d'une décision du conseil municipal relative à l'organisation d'un service médical à destination de tous les habitants. Hauriou souligne l'importance de cet arrêt au *Recueil Sirey* et considère qu'admettre le recours du contribuable revient à instaurer une tutelle de la juridiction administrative sur les administrations locales[369]. Or, la tutelle du juge administratif

[367] « […] *on peut affirmer que la genèse du modèle classique du recours pour excès de pouvoir a réellement eu lieu durant l'Empire libéral.* », F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français.* LGDJ, Thèse, t. 212, Paris, 2001, p. 368.
[368] CE 29 mars 1901, *Casanova*, *Rec*., p. 333.
[369] « […] *l'admission du recours du contribuable, c'est la tutelle des administrations locales assumée par le Conseil d'Etat, et cela éclaire tout.* », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 29 mars 1901, *Casanova*, *S.*, *op.cit.*, p. 237.

semble être, pour le doyen de Toulouse, le corollaire indispensable à l'octroi de la liberté de création et d'organisation du service public à la commune afin de contrer les abus de la décentralisation[370]. L'ouverture de l'intérêt à agir au contribuable des collectivités territoriales contre les décisions de ces collectivités découle de la nécessaire « tutelle » du juge administratif sur ces décisions et achève ainsi une nouvelle construction juridique[371]. La notion de service public justifie la décentralisation de l'organisation administrative, celle-ci exige la tutelle du juge administratif qui se réalise par la reconnaissance de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir au contribuable de la commune concernée.

92. L'organisation des services publics locaux n'a pas entraîné l'élargissement de l'intérêt pour agir aux seuls contribuables des collectivités territoriales. La qualité d'usager du service public suffit à justifier un intérêt au recours pour excès de pouvoir comme l'affirme l'arrêt de principe du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*[372]. Dans la continuité de l'arrêt *Casanova*, l'organisation d'un service public par une collectivité locale crée un intérêt pour agir aux usagers du service et leur permet de saisir la juridiction administrative des décisions des autorités en charge de l'organisation du service ou du contrôle de cette organisation. Pour reprendre l'analyse d'Hauriou, l'organisation d'un service public résulte de décisions de l'administration et crée une situation juridique dont doivent pouvoir se prévaloir les administrés[373]. A travers le service public, la puissance publique offre aux administrés des droits dont la défense suppose l'ouverture du recours pour excès de pouvoir aux bénéficiaires.

---

[370] « […] *les conditions d'une décentralisation véritable exige que la tutelle soit confiée à un juge, parce que le juge est le seul garant d'une liberté. Eh bien ! Voilà qui est fait, voilà le juge, et si d'abord il apparaît comme le remède aux maux d'une décentralisation déjà pleine d'abus, une fois ces abus sévèrement réprimés, il deviendra la condition d'une décentralisation plus large et la rendra réalisable.* », *id.*, p. 230.

[371] « *Si le Conseil d'Etat s'attribue un pouvoir d'appréciation sur les circonstances dans lesquelles sont créés des services nouveaux, c'est parce qu'il relève et reprend pour son compte le pouvoir d'appréciation inhérent à la tutelle administrative. Si l'on pèse bien tous les éléments de cette nouvelle construction juridique, envisagée dans son ensemble, tant par rapport à la tutelle administrative que par rapport à la question de la compétence des administrations locales, on la trouvera satisfaisante*. », *id.*, p. 237.

[372] CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec*. p. 962.

[373] « *Il n'y avait aucune objection sérieuse à faire à ces recours pour excès de pouvoir, à une condition, c'est que les habitants du quartier fussent considérés comme ayant une sorte de droit acquis au service, car la seule ouverture qui pût être invoquée était celle de la violation de la loi et des droits acquis.* », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *La jurisprudence administrative*, *op.cit.*, tome 2, p. 24.

II. L'intérêt pour agir des personnes administratives décentralisées à l'encontre des décisions des autorités de tutelle

93. La décentralisation de l'organisation administrative induite par l'avènement de la notion de service public n'a pas seulement ouvert le recours pour excès de pouvoir aux différentes catégories d'administrés. Les collectivités territoriales ont également bénéficié de l'accès au recours en annulation à l'encontre des décisions des autorités de tutelle à mesure que la décentralisation leur a consacré une certaine autonomie de gestion. Dans une république centralisée, le recours des collectivités territoriales contre les décisions de l'autorité préfectorale n'est pas possible parce qu'elles sont considérées comme l'œuvre « *d'une seule et même Puissance publique* »[374]. Les autorités locales, assimilées à des démembrements de la puissance publique centrale, unifiée par le principe de l'obéissance hiérarchique, ne peuvent saisir la juridiction administrative d'un acte émanant de leur autorité de tutelle. De la même manière que le recours d'un subordonné à l'encontre d'un acte de son supérieur est en principe proscrit, les autorités territoriales sont demeurées irrecevables à intenter un recours en excès de pouvoir contre les décisions préfectorales jusqu'à la fin du XIXème siècle[375]. Or, la décentralisation de la puissance publique, entamée dans les années 1880, est accompagnée de l'ouverture parallèle du recours en annulation aux représentants des collectivités territoriales à l'encontre des décisions des autorités de tutelle. Alors qu'avant 1902, la recevabilité des recours en annulation des collectivités territoriales dirigés contre les décisions de l'autorité préfectorale fait exception[376], l'arrêt de principe

[374] « *Il ne faut pas oublier qu'en France, le point de départ de l'organisation administrative a été la centralisation absolue ; au début, il n'y a pas eu seulement juridiction retenue, mais aussi, si l'on peut ainsi s'exprimer, administration retenue, toute décision étant prise ou censée prise par le pouvoir central. Non seulement il s'était établi une situation juridique qui était que la décision était l'œuvre d'une seule et même Puissance publique, mais il s'était créé des habitudes d'esprit qui rendaient inconcevable l'idée d'un recours contentieux formé par un inférieur hiérarchique contre un acte de son supérieur* […] », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 7 juin 1092, *Maire de Néris-les-Bains, Recueil Sirey*, tome 2, p. 249.

[375] « *Jusqu'à la fin du XIXème siècle, il était de principe que les autorités administratives décentralisées ne pouvaient intenter de recours à l'encontre des actes des autorités supérieures. La commune, notamment, restait soumise à son autorité de tutelle : elle ne pouvait défendre son autonomie à l'encontre des décisions préfectorales. Ce préjugé hiérarchique était pourtant en inadéquation avec la décentralisation républicaine opérée dans les années 1880* […] », G. BIGOT, *op.cit.*, p. 255.

[376] « *Les premières ont été introduites à propos des conseils élus des administrations décentralisées ; les conseils généraux des départements et des colonies ont été déclarés successivement recevables à se pourvoir contre l'annulation de certaines de leurs décisions : conseils généraux des départements* […] », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 7 juin 1092, *Maire de Néris-les-Bains, Recueil Sirey*, tome 2, p. 250.

du Conseil d'Etat du 7 juin 1902, *Commune de Néris-les-Bains*[377], prend acte des conséquences juridictionnelles de la décentralisation de l'organisation de la puissance publique.

B. L'accentuation du contrôle du juge administratif dans la république décentralisée

La décentralisation de l'organisation de la puissance publique n'a pas seulement favorisé la saisine de la juridiction administrative par le recours pour excès de pouvoir. Elle a également été l'occasion pour le juge administratif d'asseoir son autorité sur l'activité de l'administration. Afin tant de protéger l'autonomie des collectivités locales consacrée par la décentralisation, que d'en limiter les abus, le juge administratif a approfondi son contrôle sur les actes administratifs des collectivités locales (I), avant que celui-ci ne s'étende à l'ensemble de l'administration par le service public (II).

I. La diversification des modalités du contrôle de légalité

Le développement du contrôle de légalité par le juge administratif répond aux impératifs de garantir l'effectivité de la décentralisation (a) et d'en contenir les abus (b).

a. Le contrôle du juge au service de l'autonomie des collectivités territoriales

94. Soucieux de l'autonomie des collectivités locales par rapport aux autorités de tutelle, le Conseil d'Etat étend son contrôle aux motifs de droit et à l'exactitude matérielle des motifs de faits des actes administratifs pris par les organes de l'Etat à l'encontre des représentants des collectivités territoriales. Constatant que, d'après la loi du 5 avril 1884, l'appréciation de la régularité et de la moralité des opérations électorales municipales est de la compétence du juge de l'élection et non du chef de l'Etat, le Conseil d'Etat, par la décision *Grazietti* du 31 janvier 1902[378], sanctionne

[377] CE 18 avril 1902, *Commune de Néris-Les-Bains, Rec*., p. 275. La reconnaissance de principe de la recevabilité d'une action du maire d'une commune contre un arrêté préfectoral annulant un de ses actes, devant le juge administratif.
[378] M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 31 janvier 1902, *Grazietti*, *La jurisprudence administrative 1892-1929, op.cit.,* tome 2, p. 183.

comme entaché d'excès de pouvoir un décret du chef de l'Etat pour erreur des motifs de droit de l'acte concerné[379]. Conséquence juridictionnelle des premières lois de décentralisation, cette décision met fin à la théorie de « *l'acte discrétionnaire* » de l'administration[380]. Par ailleurs, par la décision du 14 janvier 1916 *Camino*[381], le Conseil accepte de contrôler l'exactitude matérielle des faits pour annuler un arrêté préfectoral de suspension et un décret de révocation du maire d'Hendaye. L'encadrement de la tutelle administrative des collectivités territoriales a conduit le juge administratif à affiner son contrôle et donc son emprise sur l'administration conformément à la doctrine libérale de l'Etat limité par le droit.

b. Le contrôle du juge contre les abus des autorités locales

95. Vigilant également à l'égard de l'usage des nouvelles prérogatives dont jouissent les représentants des collectivités locales dans l'application des pouvoirs de police ou l'organisation des services publics, le Conseil n'hésite pas à étendre son contrôle à l'appréciation des circonstances de faits pour sanctionner les actes attentatoires aux libertés. Par la décision *Casanova*, le Conseil annule la délibération d'un conseil municipal au motif que les circonstances exceptionnelles nécessaires pour permettre à une municipalité de créer un service d'assistance médicale ne sont pas réunies[382]. Comme le souligne Hauriou dès sa note au *Recueil Sirey*, cet arrêt est précurseur du mouvement de reconnaissance du pouvoir du juge d'apprécier et de qualifier les faits[383]. Moins d'un mois après l'arrêt *Gomel*[384], le Conseil, par la décision *Abbé Didier*, confirme l'élargissement de son contrôle à la qualification juridique des faits par l'annulation d'un arrêté du maire d'Arnay-le-Duc visant à interdire des visites

[379] « *L'arrêt Grazietti ouvre la voie à toute une jurisprudence où sanctionnant l'erreur de droit par un examen de la légalité des motifs, le juge administratif réduit la liberté laissée jusqu'ici à l'auteur de l'acte*. », G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif, op.cit.*, n°187.

[380] « *Encore une fois, il y a des motifs qui ne peuvent être discutés, ce sont ceux fondés sur la seule opportunité ; il y a des motifs qui peuvent être discutés, ce sont ceux qui contiennent excès de pouvoir, mais cette question de la nature des motifs est indépendante de la nature des actes.* », et « […] *la jurisprudence suit bien la direction que nous avons indiquée ; elle ne refuse au juge que l'appréciation de l'opportunité.* », *id*., pp. 185 et 187.

[381] CE 14 janvier 1916, *Camino*, *Rec*., p. 15.

[382] CE *Casanova*, *op.cit*.

[383] « *Mais cette distinction des circonstances où un service municipal est créé en normales et exceptionnelles conduit tout droit, il ne faut pas se le dissimuler, au pouvoir d'appréciation du juge. C'est lui qui dira, d'après les faits de la cause, s'il existait des circonstances exceptionnelles justifiant la création du service.* », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 29 mars 1901, *Casanova*, *La jurisprudence administrative 1892-1929*, *op.cit.*, tome 2, p. 237.

[384] CE 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec*., p. 488.

processionnelles du cimetière pour lesquelles la qualification de tradition locale aurait dû être retenue[385]. En outre, le respect de la liberté du culte contre certains abus des pouvoir de police municipale a suscité le développement du contrôle de proportionnalité des actes de police administrative comme l'illustre la décision du Conseil d'Etat du 19 février 1909, *Abbé Olivier*[386]. La consécration du contrôle maximum en 1933 par le Conseil d'Etat intervient également à l'encontre d'arrêtés municipaux et non d'actes émanés directement de l'Etat[387]. Enfin, en reconnaissant l'excès de pouvoir du maire dans la violation de l'autorité de la chose jugée, le contrôle du juge administratif a gagné en effectivité quand la décentralisation l'exigeait[388].

II. L'alignement du contrôle des actes des personnes publiques secondaires sur l'ensemble des actes administratifs

96. Les progrès en matière de recours pour excès de pouvoirs acquis au gré du contentieux des affaires locales se sont étendus à l'ensemble du droit administratif par le service public. Dans son article sur la « Décentralisation », Hauriou souligne que le mouvement décentralisateur a donné « *une impulsion singulièrement énergique* »[389] au recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat s'est trouvé, explique-t-il, plus « *à l'aise à discuter la valeur de la décision d'un conseil municipal que celle d'un ministre* »[390]. Mais, il s'empresse d'ajouter que, dans un second temps, les nouvelles règles posées par le juge à l'égard des personnes publiques secondaires s'étendent à l'ensemble des actes administratifs analogues, quand bien même ils émanent de l'Etat central. Au fondement de cet alignement de l'attitude du juge administratif à l'égard des actes de l'Etat sur ceux des autres personnes publiques, Hauriou évoque « *une logique*

[385] M. HAURIOU, note sous CE 4 avril 1914, *Gomel* et CE 1er mai 1914, *Abbé Didier*, *La jurisprudence administrative*, *op.cit.*, tome 2, p. 372.
[386] CE 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *RDP*, 1910, p. 69, note JEZE.
[387] CE 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec*., p. 541.
[388] « *Il n'y a pas vis-à-vis de l'administration publique, de sanction organisée pour assurer l'autorité de la chose jugée. Cette absence de sanction n'a pas eu d'inconvénient tant que les administrations ont mis leur point d'honneur administratif à s'exécuter spontanément ; mais sous l'action combinée de la décentralisation et des mœurs électorales, le point d'honneur administratif a disparu. Les administrations publiques en sont venues à ruser, à biaiser, à se défendre contre la juridiction administrative qui les gêne dans leurs combinaisons admistrativo-électorales.* », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 22 juillet 1910, *Fabrègues*, *La jurisprudence administrative*, *op.cit.*, tome 2, p. 399.
[389] M. HAURIOU, « Décentralisation », *op.cit.*, p. 490.
[390] *Ibid.*

secrète »[391], propre au système juridique qui forme un ensemble cohérent et rationalisé. Il semble que la notion sur laquelle s'est appuyé le juge administratif pour unifier les règles du contrôle de légalité soit précisément celle de service public. En effet, il paraît difficile de distinguer la nature juridique d'un acte administratif relatif au fonctionnement d'un même service public, qu'il émane de l'Etat ou d'une autre personne publique. En outre, la distinction entre services publics locaux et services publics nationaux ne permet pas de différencier, avec rigueur, les rapports juridiques qu'entretiennent les usagers des services publics avec l'autorité administrative en charge de leur organisation. Quel que soit le service public envisagé, l'assise territoriale du service est indéniable[392], et le rapport de proximité entre l'usager et l'administration ne varie guère. La contamination des progrès du contentieux local à l'ensemble des litiges relatifs au service public est donc inévitable. Comme l'annonce Hauriou dans sa note au *Recueil Sirey* sous l'arrêt, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, la reconnaissance du droit d'un habitant de quartier au bon fonctionnement d'un service public concédé « *pose la question générale du droit des administrés aux bénéfices des services publics* »[393]. A cette question générale, le Conseil a d'abord apporté une réponse d'espèce avant qu'elle ne se propage à l'ensemble du contentieux de la puissance publique.

97. Alors que la décentralisation de la puissance publique, par la notion de service public, a permis au juge administratif d'affirmer son autorité à l'égard de l'administration et ainsi de faire progresser la doctrine libérale de l'Etat de droit, l'application du droit administratif à des activités initialement régies par le droit commun conduit le juge à employer une technique nouvelle pour assurer la légalité administrative : les principes généraux du droit.

---

[391] « *Le Conseil d'Etat était plus à l'aise pour discuter la valeur de la décision d'un conseil municipal que pour discuter celle de l'acte d'un ministre, et il y a dans le droit une logique secrète, qui fait que les règles une fois posées s'étendent à tous les cas analogues, si bien qu'elles ont fini par s'étendre aux actes de l'Etat.* », *ibid*.

[392] « *Ce sont des services de quartiers, parce qu'ils supposent des canalisations dans les rues, et ainsi ils deviennent un élément territorial du quartier. Mais tous les services publics, étant établis dans des circonscriptions territoriales, supposent des installations de quartiers qui sans doute ne sont pas des canalisations, mais qui deviennent quand même un élément de la vie du quartier.* […] *Il n'y a donc point de ligne de démarcation à établir entre les divers services administratifs à ce point de vue ; d'une façon plus ou moins apparente, ils ont tous même nature juridique.* », M. HAURIOU, note sous l'arrêt CE 21 décembre 1906, S*yndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, La jurisprudence administrative, op.cit.,* p. 26.

[393] *Ibid*.

§2 - L'enrichissement de la légalité administrative par les principes généraux du droit à partir de la notion de service public

Les principes généraux du droit relient le droit administratif à la tradition libérale issue de la Révolution (A) et nombre d'entre eux découlent de la notion de service public (B).

A. L'origine libérale des principes généraux du droit

Le Conseil d'Etat utilise les principes généraux du droit afin de concilier tant l'exorbitance du droit de la puissance publique (I) que le champ d'intervention de celle-ci (II) à la philosophie libérale de 1789.

I. La conciliation de l'exorbitance du droit administratif et du libéralisme par les principes généraux du droit

Invoquée par l'un des plus grands penseurs libéraux dès le milieu du XIXème siècle (a), la technique juridique des principes généraux du droit n'est consacrée par le Conseil d'Etat qu'à la suite d'un des épisodes les plus liberticides de l'histoire de France (b).

a. Le plaidoyer libéral de Tocqueville pour les principes généraux du droit

98. Depuis la Révolution, l'existence d'un droit et d'un juge administratifs suscite la réaction des libéraux. Certes, la soumission de la puissance publique au droit est une aspiration essentielle du libéralisme, mais le caractère exorbitant du droit administratif dont le respect est confié à des conseillers de l'Etat ne peut satisfaire l'appétence libérale pour la garantie de l'Etat de droit par un juge indépendant. Le système administratif issu de la Révolution est le prolongement de nos lois politiques individualistes et libérales puisque c'est à travers sa construction qu'ont disparu les privilèges, « *les franchises locales* »[394] et les corporatismes qui constituaient autant

[394] « […] *cette révolution sans exemple qui a pu renverser tous les pouvoirs petits ou grands qui avaient existé jusque-là, abolir tous les droits particuliers, toutes les franchises locales, toutes les prérogatives individuelles, et fait disparaître presque toutes les différences qui avaient séparé les citoyens, de telle*

d'entraves au développement de la liberté individuelle[395]. Cependant, il a également pu servir le pouvoir absolu[396]. Ce système « *a été conçu pour la liberté* »[397], mais il est également teinté du despotisme napoléonien comme le rappelle Tocqueville dans son *Rapport sur le Cours de droit administratif de Monsieur Macarel* devant l'Académie des sciences morales et politiques en 1846. Au milieu du XIXème siècle, le droit administratif, décrit par Macarel, est marqué par l'empreinte de la volonté dominante de l'exécutif. L'extension d'un droit de l'administration impériale présente un risque de compression de la société civile. En outre, la justice administrative retenue, dont le principe est confirmé par la loi du 19 juillet 1845, ne peut être assimilée, par les libéraux, à la justice de droit commun. L'évolution du droit administratif, profondément antithétique aux préconisations du libéralisme politique, conduit l'illustre auteur libéral à commenter l'ouvrage du grand juriste. Tocqueville invite l'Académie à prendre conscience du caractère éminemment politique du droit administratif[398] et du danger qu'il peut présenter pour les libertés[399]. S'il prend acte de la justification historique à l'interprétation française de la séparation des pouvoirs, car il ne revient pas sur l'existence d'une justice administrative distincte de la justice ordinaire[400], Tocqueville insiste, en contrepartie, sur l'impérieuse nécessité de discuter et d'adopter des « *principes généraux du droit administratif* »[401] afin de concilier nos institutions administratives avec « *la forme de la liberté politique de notre temps* »[402].

---

sorte qu'on fût forcé de recréer d'un seul coup et sur un même plan, le système entier de l'administration publique. », TOCQUEVILLE, *Rapport sur le Cours de droit administratif de M. Marcarel (1846) à l'Académie des sciences morales et politiques*, reproduit par S. GILBERT, *RFDA*, 2007, p. 1121.

395 « *Presque toute notre organisation administrative est l'œuvre de l'Assemblée constituante : c'est elle qui a posé tous les principes sur lesquels elle repose encore ; c'est sa main qui a formé, délimité et armé presque tous les pouvoirs dont notre administration se compose, et qui les a placés dans la position relative qu'ils occupent.* », *id*., p. 1118.

396 « *C'est ainsi que, sans en modifier profondément les rouages, sans en changer beaucoup l'aspect, Napoléon est parvenu à approprier aux besoins du pouvoir absolu cette vaste machine qui avait été conçue et façonnée par la liberté.* », *ibid.*

397 « *Ne perdons jamais de vue que si notre système administratif a été conçu pour la liberté, il a été complété par le despotisme.* », *id*., p. 1121

398 « *On n'a pas assez cherché suivant moi, à bien définir les rapports qui doivent exister entre le droit administratif et le droit politique.* », *ibid.*

399 « […] *j'ai eu l'occasion de traiter mille fois ce sujet avec les hommes les plus éclairés de l'Amérique et de l'Angleterre et j'affirme à l'Académie que je n'en ai pas rencontré un seul qui voulût adopter pour son pays notre système administratif en le prenant dans son entier et avec les empreintes que lui a laissées la puissante main de Napoléon, ni qui pensât qu'un tel système pût à la longue être compatible avec la liberté.* », *ibid*.

400 « *Je ne nie pas que les besoins de l'administration et de la politique ne puissent nécessiter l'établissement d'une justice administrative en dehors de la justice ordinaire* […] », *id*., p. 1120.

401 « *Ceci n'est pas de la politique proprement dite, messieurs ; c'est de la science, c'est du droit, et en s'occupant d'un pareil sujet, l'Académie se tient dans les limites les plus certaines de sa compétence. Pour moi, loin que je craigne de voir cette assemblée discuter les principes généraux du droit*

99. Dans ce rapport présenté à l'Académie des sciences morales et politiques en 1852, « *les principes généraux du droit administratif* » ne doivent pas être considérés comme une simple expression tocquevillienne, dont le rapprochement avec la notion qu'explicitera un siècle plus tard le Conseil d'Etat constituerait un anachronisme. Attentif à l'évolution du droit administratif et soucieux de le concilier avec les exigences du libéralisme politique, Tocqueville conçoit ces principes comme « *les règles nécessaires, qui sortant du fond même des besoins et des idées du temps, doivent former la partie immuable de ce nouveau droit administratif, et se retrouveront partout où ces besoins se feront sentir et où ces idées seront admises* »[403]. Le penseur libéral, au milieu du XIXème siècle, esquisse une théorie des principes généraux du droit dans des termes que le Conseil d'Etat comme les tenants du positivisme sociologique adopteront au siècle suivant.

b. La consécration des principes généraux du droit précipitée par les menaces au régime libéral

100. Ebauchée par Tocqueville pour s'assurer que le droit administratif français ne dévie de la ligne libérale et individualiste dégagée par la Révolution, la théorie des principes généraux du droit est consacrée par le Conseil d'Etat à la suite de la menace des principes du libéralisme politique par le régime de Vichy. En effet, pour de nombreux observateurs de la jurisprudence administrative, le Conseil d'Etat s'est toujours inspiré de principes non écrits[404] mais il n'a formulé explicitement la théorie des principes généraux du droit qu'à partir des années 1940 marquées par l'établissement du régime de Vichy[405]. Le recul des libertés publiques et des droits

---

administratif, je regrette sans cesse que les plus éminents d'entre ses membres ne fassent pas de cette partie de notre législation leur principale étude ; ce travail serait digne d'eux. », *id*., p.1120.

[402] « *Comment faut-il faire, par exemple, pour concilier les institutions administratives modernes avec la monarchie représentative, qui est la forme de la liberté politique de notre temps ?* », *id.*, p. 1121.

[403] *Ibid.*

[404] « *Ainsi, de tous temps, la juridiction administrative a fréquemment fondé ses solutions sur des principes non écrits.* », M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1951, p. 19 ; « […] *la technique législative appliquée au domaine de l'administration depuis le début du XIXème siècle obligeait le juge à chercher, aux litiges qui lui étaient soumis, des principes de solution que ne pouvaient lui donner les textes* […] », J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chronique, p. 21.

[405] « […] *le Conseil n'a, nous l'avons dit, élaboré la théorie des principes généraux » que parce que ces principes traditionnels, base de l'organisation politique française, étaient menacés depuis 1940* […] »,

individuels est alors l'occasion pour le juge administratif d'énoncer dans des termes généraux la technique du recours à des principes non écrits, et de sanctionner, également, les excès du processus d'épuration engagé à la Libération[406]. Les principes généraux du droit qui découlent selon Jean Rivero de « *la tradition libérale de la façon la plus étroite* »[407] révèlent l'attachement du « *juge administratif aux principes du libéralisme* »[408].

II. Le cantonnement de l'intervention de la puissance publique par les principes généraux du droit

101. Au-delà des exigences du libéralisme politique, le Conseil d'Etat est également garant, par la technique des principes généraux du droit, des principes du libéralisme économique. L'entre-deux-guerres est une période caractérisée par la remise en cause de l'orthodoxie libérale quant au rôle de la puissance publique dans l'économie. La tentation de l'interventionnisme a pu faire craindre l'abandon des principes de l'économie libérale pour l'adoption de ceux de l'économie dirigée[409]. Or, l'encadrement de l'interventionnisme des personnes publiques par la technique des principes généraux du droit révèle la fidélité du Conseil d'Etat au libéralisme classique. Deux types de décisions du Conseil d'Etat traduisent l'attachement du juge administratif au fonctionnement libre du marché et aux limites de l'intervention de l'Etat : les décisions

---

M. LETOURNEUR, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *op.cit.*, p. 31 ; *« Vint le régime de Vichy, et, avec lui, un certain nombre de réformes qui s'inscrivaient à l'opposé de ces principes* […] *Parce qu'il choisissait, d'instinct, la continuité de la conception libérale qu'impliquait toute son œuvre, le juge devait trouver le procédé technique lui permettant de l'assurer : ce fut le recours explicite aux* "principes généraux du droit". », J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op.cit.*, p. 21 ; « *On est d'accord pour placer aux environs de 1940 le grand moment de la jurisprudence sur les principes généraux du droit*. », J. de SOTO, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE*, 1952, p. 75.

[406] « *Passé le régime de Vichy, ce fut encore le cas pour certaines des autorités issues de la Libération,* […] *et surtout l'abondante jurisprudence suscitée par l'épuration.* », J. RIVERO, *op.cit.*, p. 22 ; CE 26 octobre 1945, *Aramu, D.*, 1946, jurisprudence, p. 158.

[407] « *Cette conception n'est nullement systématique, encore qu'elle se rattache à la tradition libérale de la façon la plus étroite* […] », J. RIVERO, *op.cit.*, p. 21 ; « […] *Le juge administratif affirme depuis 1945 l'existence de* "principes généraux du droit administratif" *dont il sanctionne la violation par l'administration ; ces principes sont empruntés pour la plupart, soit à la tradition libérale de 1789, soit aux nécessités de la vie sociale*. », J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 2011 (réédition de la première édition de 1950), p. 63.

[408] « […] *dans bien des cas, la suprême garantie de la liberté des français réside aujourd'hui dans l'attachement de leur juge administratif aux principes du libéralisme. »*, J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op.cit.*, p. 24.

[409] « *Continuité de la philosophie politique ou rupture, et départ vers de nouveaux horizons idéologiques ? Tels étaient les enjeux du débat*. », *id.*, p. 21.

invoquant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et celles déclinant le principe d'égalité dans le domaine économique. Les premières consistent soit, à conférer un caractère exceptionnel à l'intervention de la puissance publique dans les domaines industriel et commercial[410], soit à interpréter de manière restrictive un texte législatif permettant à l'administration de réglementer une activité économique[411]. Les secondes permettent d'assurer, par le respect de l'égalité entre les différents agents économiques[412], la garantie de la concurrence sur le marché. Le Conseil d'Etat emploie la technique des principes généraux du droit afin « *d'introduire une éthique libérale au sein de l'interventionnisme pour le vider de tout ce qu'il peut avoir de trop brutalement autoritaire* »[413] ou de trop attentatoire au libre fonctionnement du marché.

B. Le service public, source des principes généraux du droit

La consécration de la notion de service public est concomitante à la référence aux principes généraux du droit (I) et la découverte de certains d'entre eux découle directement du fonctionnement des services publics (II).

I. Les références concomitantes à la notion de service public et aux principes généraux du droit dans la jurisprudence

102. L'expression « *principes généraux du droit* » apparaît pour la première fois dans la jurisprudence administrative dans un arrêt du Tribunal des conflits rendu le même

[410] « *L'exemple le plus ancien, et l'un des plus fameux, à ceci près qu'il met en cause un décret-loi et non une loi véritable, en est sans doute dans l'audace avec laquelle le Conseil d'Etat a réintégré d'autorité les décrets-lois du 5 novembre et du 28 décembre 1926, ouvrant un champ nouveau aux activités économiques des communes, dans les perspectives du libéralisme traditionnel auquel il restait encore attaché.* », J. RIVERO, *id*., p. 23 ; CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *RDP*, 1930, conclusions Josse.

[411] CE 22 juin 1951, *Daudignac*, *D.*, 1951, p. 589, conclusions Gazier.

[412] Principe de l'égalité devant l'impôt (CE 15 mars 1946, *Compagnie d'exportation de Madagascar*), principe d'égalité de traitement entre les divers commerçants se livrant à une même activité (CE 30 janvier 1948, *Syndicat des industriels en lentilles de la Haute-Loire*, *Rec*., p. 42), principe d'égalité entre les producteurs (CE 22 mars 1950, *Société des ciments français*), principe d'interdiction de créer des privilèges (CE 16 février 1946, *Les savonneries de Bourgogne*, *Rec*., p. 49), principe d'égalité de traitement entre des industriels ressortissant d'un même comité (CE 26 octobre 1949, *Ansae*, *Rec.*, p. 433).

[413] J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *op.cit*., p. 23.

jour que l'arrêt *Blanco*[414]. Le 8 février 1873, dans l'affaire *Dugave et Bransiet*[415], le Tribunal reprend le raisonnement tenu dans la décision fondatrice du droit administratif. La compétence des tribunaux civils ne saurait être retenue quand l'Etat agit comme « *autorité sociale, chargée de pourvoir aux intérêts généraux et d'assurer les services publics* »[416]. Il revient donc à la juridiction administrative de connaître « *les actes des autorités diverses sous la direction desquelles les services sont placés* »[417]. Le Tribunal ajoute que ce contrôle consiste à interpréter et appliquer les lois spéciales et les règlements administratifs qui régissent l'organisation des services publics *« en les conciliant avec les principes généraux du droit* »[418]. En l'espèce, des délibérations d'un conseil municipal approuvées par l'autorité préfectorale heurtent « *l'inviolabilité du domicile et de la propriété, la liberté des personnes et l'autorité des décisions rendues par les tribunaux* »[419]. Or, si la responsabilité de l'Etat résultant du fonctionnement des services n'est ni générale ni absolue, il appartient au juge d'accorder les lois du service aux droits individuels qui structurent l'Etat de droit à la fin du XIXème siècle. De la manière dont est rédigé l'arrêt, les principes généraux sont présentés dès 1873 par le Tribunal des conflits comme un moyen de concilier les besoins de l'intérêt général et du fonctionnement des services publics aux principes essentiels établis depuis la Révolution libérale. Les lois du service public dictées par l'intérêt général peuvent porter atteinte à l'ordre libéral mais le juge administratif les concilie avec celui-ci par le respect des principes généraux du droit. A première vue donc, les lois du service public animées par la poursuite de l'intérêt général apparaissent comme une source d'atteintes potentielles aux droits individuels issus de la philosophie libérale que l'utilisation des principes généraux du droit par le juge permet de limiter.

103. Il convient cependant d'observer la relation entre le service public et les principes généraux du droit sur un second plan. La référence au service public par la jurisprudence administrative depuis le dernier quart du XIXème siècle traduit un bouleversement de la conception de l'action des gouvernants. La puissance publique envisagée à travers le prisme du service public est limitée par des règles dont le respect

[414] *« C'est en 1873, le jour même de l'arrêt Blanco, qu'un arrêt reconnaît pour la première fois l'existence de "principes généraux du droit".* », G. LEBRETON, *Droit administratif général,* Dalloz, 8ème éd., 2015, p.55, n°42.
[415] TC 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, *Rec*., p. 70.
[416] *Id*., p. 74.
[417] *Id*., p. 75.
[418] *Ibid*.
[419] *Id*., p. 73.

est revendiqué par les penseurs libéraux. La consécration, par les partisans de l'objectivisme juridique, de la notion de service public répond donc à la préoccupation tocquevillienne de soumettre l'action publique à un droit administratif conforme aux prescriptions libérales traduites par les principes généraux du droit[420]. L'apparition concomitante de ces derniers et du service public puis l'exploitation ultérieure de ces deux notions par la doctrine révèlent le parallèle de leur destinée. Au-delà d'une « *parenté idéologique* » entre les principes généraux du droit et le service public, il semble exister une « *parenté épistémologique* » entre deux notions dont la référence à la conscience collective ou à l'interdépendance sociale répond à une aspiration commune et libérale : encadrer et limiter l'action de l'Etat[421]. La « *refondation épistémologique* »[422] du droit administratif à travers le service public autorise le juge administratif à découvrir des principes généraux afin de convertir le droit de la puissance publique au libéralisme.

II. La consécration de certains principes généraux du droit inhérents au service public

104. Le rapprochement entre les notions de principes généraux du droit et de service public n'est pas uniquement théorique ou abstrait. Certains principes généraux du droit découverts par le juge découlent directement du fonctionnement des services publics. Raymond Odent dans son traité de *Contentieux administratif* distingue d'ailleurs deux sources et deux objectifs principaux à « *ces principes qui se trouvent à la base de notre civilisation politique* »[423]. Ils reflètent la philosophie de la Déclaration des droits de

---

[420] « *Dans cette optique, il n'est plus question d'opposer l'individu à l'Etat mais de les concilier : l'État ne peut faire aucune loi qui porte atteinte au libre développement de l'activité individuelle, non pas parce qu'il devrait respecter les droits naturels de l'individu, comme le dit la théorie libérale classique, mais parce que ce libre développement est nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale.* », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, 1992, p. 76.

[421] « *Aussi le service public peut-il devenir une forme, un cadre à respecter plutôt qu'un but lointain. Surtout, il est possible de trouver des sanctions juridiques à l'obligation de respecter les nécessités du service, la jurisprudence du Conseil d'Etat le prouve, il suffit de les développer*. », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op.cit.,* p. 79.

[422] « *Dans cette optique, la fonction du droit administratif – que Tocqueville relie constamment au droit politique – devrait être de garantir les citoyens / administrés contre l'autoritarisme ou les excès de l'administration. C'est à une refondation épistémologique de ce droit que conduira cette aspiration, à l'entame des années 1890-1900, la doctrine du service public – et l'objectivisme juridique, notamment duguiste – répondant implicitement et en partie à cette exigence* […] », S. GILBERT, *Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846), RFDA*, 2007, p. 1115.

[423] R. ODENT, *Contentieux de droit administratif*, tome 2, Dalloz, 2007, p. 330.

l'homme et du citoyen et « *les exigences de la régularité et de la continuité des services publics* »[424], d'une part, et ont pour objectif d'assurer l'autorité de l'Etat et de préserver la personne humaine, d'autre part. En précisant qu'il n'existe qu'une « *contradiction apparente* »[425] entre ces deux finalités, le Vice-président Odent s'inscrit dans la continuité de la pensée libérale et de la doctrine publiciste françaises qui, depuis la Révolution de 1789 mais surtout depuis la Monarchie de Juillet et le gouvernement Guizot, conçoivent la réalisation des objectifs du « *libéralisme par l'Etat* »[426]. Les lois du service public déclinées à travers la découverte de principes généraux du droit permettent la poursuite de l'intérêt général par l'intervention de la puissance publique dans le respect des préconisations libérales. Ainsi, pour Raymond Odent, le principe de continuité des services publics est le premier principe général du droit à avoir été dégagé par la jurisprudence administrative « *avant même que l'expression* "principes généraux du droit" *n'ait commencé à être employée* »[427] par les décisions du Tribunal des conflit de 1902 [428] et du Conseil d'Etat de 1909[429]. Ces décisions importantes sont, pour le Vice-président du Conseil d'Etat, animées par la volonté implicite des juges de protéger le principe de continuité des services publics, même si celui-ci n'est expressément qualifié de principe général du droit, par le Conseil d'Etat qu'en 1980[430]. Ensuite, du grand principe d'égalité devant le service public, qualifié de principe général du droit public « *le plus fondamental aux yeux de l'opinion publique* »[431], découle la découverte de plusieurs principes généraux du droit tels celui d'égalité des usagers du service public[432] ou d'égalité des personnes associées au fonctionnement du service public[433]. Enfin, d'autres principes généraux du droit même s'ils ne font pas référence explicitement à la notion de service public n'en ont pas moins été découverts

[424] « *Ils ont deux sources principales* […] *dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et dans le Préambule de la Constitution de 1946 ; l'autre* […] *se résume dans l'idée d'intérêt général, le bien public, assurés et garantis par les services publics* […], *elle a pour corollaire les exigences de la régularité et de la continuité des services publics.* », *ibid*.
[425] *Ibid*.
[426] « *Mais sous la Monarchie de juillet, cette ambition relève d'une gageure, car en défendant un libéralisme qui se concilie avec l'étatisme, un* "libéralisme par l'Etat, et non contre ou fors l'Etat", *la doctrine publiciste justifie le plus souvent la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif et, fréquemment, le principe de la justice retenue*. », S. GILBERT, *op.cit.*, p. 1115.
[427] R. ODENT, *Contentieux administratif*, *op.cit.*, p. 332.
[428] TC 2 décembre 1902, *Société civile immobilière de Saint-Just*, *Rec*., p. 713.
[429] CE 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826.
[430] CE 13 juin 1980, *Dame Bonjean*, cité par G. LEBRETON, *in Droit administratif général*, *op.cit.* n°49, p. 63.
[431] R. ODENT, *op.cit.*, p. 351.
[432] CE 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, *op.cit*.
[433] CE 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Rec*., p. 151.

à l'occasion du fonctionnement des services publics[434]. S'il ne s'agit pas de rattacher l'ensemble des principes généraux du droit à la notion de service public, nombre d'entre eux puisent, en elle, leur origine, et sont dégagés à l'occasion des litiges relatifs au fonctionnement des services publics.

[434] Par exemple : le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, CE 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore », op.cit.*

Conclusion du chapitre 2

L'extension du contentieux administratif, par le service public, au-delà des affaires de l'Etat central a des conséquences libérales substantielles et structurelles sur le régime juridique de la puissance publique.

105. Substantiellement, l'association de personnes privées à l'activité de la puissance publique entraîne une dilution du recours aux prérogatives exorbitantes du droit commun. Bien qu'associées à l'activité de la puissance publique, ces nouvelles « *autorités administratives* »[435] sont principalement soumises à l'ordre judiciaire. Soustrait en grande partie au contrôle du juge administratif, le régime des services publics compromet moins les exigences libérales depuis que ceux-ci sont assurés par des personnes privées. Par ailleurs, la mission de service public justifie une rationalisation voire une neutralisation des prérogatives exorbitantes du droit commun au sein même du contentieux administratif. Ainsi, certains services publics sont, selon la jurisprudence *Ville de Melun – APREI*, soumis à un régime juridique principalement teinté de droit privé et dépossédé de prérogative de puissance publique dans sa part administrative. La mission de service public aboutit à une banalisation du régime juridique de la puissance publique.

106. Structurellement, le contentieux administratif satisfait davantage les principes de l'Etat de droit depuis qu'il se déploie en dehors du cadre étatique. Le juge administratif s'est appuyé sur les litiges des collectivités territoriales et des personnes privées investies d'une mission de service public pour asseoir son autorité. Moins inhibé à l'égard des personnes publiques secondaires et des personnes privées qu'il ne l'était face à l'Etat central, le Conseil d'Etat a aiguisé le contrôle du juge de l'administration au gré du contentieux des services publics décentralisés et privatisés. La découverte des principes généraux du droit d'origine libérale lui a notamment permis de renforcer la

[435] « *Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif.* », loi n°2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, art. 1er.

légalité administrative, à laquelle il a ensuite soumis l'Etat central par la force unificatrice de la notion de service public.

Conclusion du titre 1

107. Désacralisée par la notion de service public, la puissance publique revêt une organisation vouée à mieux correspondre aux aspirations libérales puisque les personnes publiques secondaires comme les personnes privées sont appelées à participer à la mission de service public. Décentralisées et privatisées, les institutions administratives constituent davantage une organisation au service de la société civile que préposée à l'exécution des orientations du pouvoir central. Les nouvelles autorités administratives ne sont pas nécessairement créées par la volonté des gouvernants. Issues de la société civile, certaines personnes privées intègrent l'organisation administrative par la simple reconnaissance de la mission de service public qu'elles exercent spontanément. Les institutions publiques de la société libérale ne contraignent pas l'orientation de la société civile. Elles en résultent.

108. Libéré du périmètre étatique, le droit administratif s'étend au-delà des affaires de l'Etat central, jusqu'à régir certains actes pris par des personnes privées en charge d'un service public. Provoquée mais également cantonnée par la mission de service public, la dissémination des prérogatives exorbitantes du droit commun s'accompagne de leur rationalisation dans le régime des activités d'intérêt général assumées par la puissance publique. Si l'augmentation du nombre d'autorités administratives est bien une conséquence de la libéralisation organique de la puissance publique, leur soustraction à l'ordre administratif est également plus fréquente au bénéfice de la compétence du juge judiciaire et de l'application du droit dit de la liberté.

109. Quant au contentieux administratif, dissocié de la majesté de l'Etat, il est davantage exposé aux avancées du juge. Le Conseil d'Etat s'appuie sur le contentieux de la décentralisation et des personnes privées associées à la puissance publique pour affermir l'office du juge administratif. Celui-ci est désormais disposé à assujettir la puissance publique, dont les fonctions sont appelées à croître, aux principes libéraux de l'Etat de droit.

Titre 2 - La libéralisation matérielle du droit administratif par le service public

Alors que la Révolution libérale n'a qu'un peu plus d'un siècle, le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence ne se fait qu'à une condition : la conversion, par la juridiction administrative indépendante depuis 1872, du droit de la puissance publique au libéralisme.

110. Dans la société libérale du XIXème siècle, le droit administratif est un ensemble de règles dont le périmètre restreint coïncide avec le rôle exceptionnel que l'Etat a vocation à remplir. L'exorbitance du droit de la puissance publique s'accorde avec le caractère régalien des fonctions auxquelles l'Etat est confiné depuis la Révolution de 1789. Dès lors, à la période du libéralisme classique qui confère un rôle minimum à l'Etat, correspond un droit administratif, droit des actes d'autorité, dont l'exorbitance, par rapport au droit commun, est *maxima*[436]. Le contrat qui n'est « *typiquement pas un acte d'autorité* »[437] est donc exclu du droit administratif ; et l'irresponsabilité, intrinsèque à la Majesté de l'Etat souverain[438], caractérise le régime d'intervention de la puissance publique.

111. Cet état du droit convient à une époque où les interventions de l'Etat sont circonscrites. Or, conséquence de la Révolution industrielle et de celle de 1848, l'avènement de la question sociale attise l'intervention économique et sociale de l'Etat[439]. Dès lors, « la mouvance libérale » contraint le Conseil d'Etat et la communauté des juristes à convertir le droit d'une puissance publique devenue incontournable aux principes non négociables du libéralisme[440]. Ceux-ci sont traduits en

---

[436] « *C'étaient les tenants du libéralisme entendu d'une certaine façon, et l'on peut dire que leur effort tendait à limiter au maximum l'empire d'un droit spécial sur l'Administration, ou si l'on préfère la soustraction de l'Administration à l'empire du droit privé.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, tome I, p. 566.

[437] « *S'il y a un acte qui, selon cette conception, n'est typiquement pas acte d'autorité, c'est bien le contrat.* », *id.*, p. 567.

[438] « […] *l'Etat est le sujet commun de la majesté* […] », J.-BARTHELEMY, *Précis de droit public*, Dalloz, Paris, 2006, p. 11, n°18.

[439] « *A dater de cet événement, on s'est mis à parler de la République comme d'un être fragile, atteint au cœur d'une maladie que l'on appelle* "la question sociale". », J. DONZELOT, *L'invention du social*, *op.cit.*, p. 19.

[440] « *L'administration a vu son champ d'action s'étendre. Ses méthodes d'action, à base d'autorité, justifiées lorsque son domaine d'intervention était limité aux activités de puissance publique, ont dû être reconverties si l'on ne voulait pas voir disparaître le caractère libéral de la société*. », C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 7ème éd., Paris, 2004, p. 20. La référence à l'édition de 2004

droit par les principes privatistes qui animent le droit des contrats et de la responsabilité qu'il convient de transposer au droit qui encadre l'action de la puissance publique.

La notion de service public, fruit de l'œuvre conjuguée du Conseil d'Etat et de la doctrine publiciste, scelle l'emprise de la pensée libérale sur l'édification du droit administratif moderne. A travers le prisme du service public, l'on assiste à la contractualisation (Chapitre 1) et à la responsabilisation (Chapitre 2) du droit administratif.

est utile car dans la dernière édition du manuel, la fin de la phrase citée a été tronquée après « reconverties ». Au fil des éditions, « le caractère libéral de la société », est de plus en plus ancré ou accepté ; il devient inutile d'y faire une référence explicite. Voir C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 11ème éd., Paris, 2014, p. 15.

Chapitre 1 - La contractualisation du droit administratif

112. Au sein du droit administratif classique, le contrat occupe une place marginale car l'exécution de la volonté générale oblige à recourir principalement à l'acte unilatéral. Expression d'un accord de deux ou de plusieurs volontés, le contrat est davantage associé au droit privé et à la régulation des intérêts particuliers. D'ailleurs, instrument emblématique du commerce juridique, le contrat est lié à l'ordre libéral selon la plupart des dictionnaires juridiques[441]. Tant que le régime administratif se réduit à celui de l'acte unilatéral, il suscite l'aversion des libéraux. En effet, ceux-ci valorisent l'échange économique et le consentement des individus. Le droit des actes d'autorité est donc inadapté sauf pour régir les fonctions régaliennes dévolues à l'Etat-gendarme. Caractérisé par son unilatéralité, le droit administratif est contraint de demeurer un droit d'exception. Or, au début du XXème siècle, parallèlement à l'émergence de la notion de service public, celle de contrat administratif se développe dans le contentieux des nouvelles activités assumées par la puissance publique. Apte à pénétrer « *la sphère du commerce juridique* »[442], le droit administratif est libéré de l'ornière des fonctions de l'Etat minimum par le contrat administratif.

La libéralisation matérielle du droit administratif par le contrat administratif (section 1) s'appuie sur la notion de service public (section 2).

[441] « *Selon la doctrine juridique classique, l'obligation créée par le contrat est caractérisée par le fait que sa source est la volonté des parties et non la loi. Cette caractérisation renforce la doctrine économique libérale de laissez-faire et oriente le droit des contrats vers la justice de la libre concurrence* […] *Ainsi l'axiome exigeant que seule la volonté individuelle puisse être source d'obligation est devenu le postulat juridique pour le marché libre.* », A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1993, p. 105 ; « *Il* [le contrat] *est l'instrument essentiel d'un ordre social libéral.* », J. GHESTIN, « Contrat », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, puf, Paris, 2003, p. 279.

[442] « *Cette* "sphère" *est le patrimoine, d'où l'assimilation communément admise entre le fait pour une chose d'être dans le commerce juridique et la patrimonialité* […] », I. MOINE-DUPUIS, « Commerce juridique », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *id*., p. 237.

SECTION 1 - LE RÔLE DU CONTRAT ADMINISTRATIF DANS LA LIBÉRALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

Le contrat administratif diffère du droit commun des contrats, mais au travers de l'acte contractuel, le droit administratif emprunte néanmoins certains principes au droit spontané du marché. Même si ces derniers font l'objet d'une déformation au nom de la spécificité de l'action publique, le régime du contrat administratif satisfait les présupposés du libéralisme (§1) et constitue un instrument indispensable à la conduite néo-libérale des politiques publiques (§2).

§1 - Libéralisme et contrat administratif

L'opération contractuelle accomplit une fonction libérale : la désacralisation de la puissance publique dans ses relations avec les tiers (A) alors que le régime du contrat administratif respecte les exigences du libéralisme (B).

A. La désacralisation de la puissance publique au travers de l'opération contractuelle

Elément incontournable de la traduction juridique du libéralisme (I), le contrat détruit la hiérarchie des sujets de droit (II).

I. Le contrat, une notion libérale

113. Le contrat n'est pas une création de la société libérale[443], il lui préexiste très largement[444]. Cela étant, il apparaît comme une notion juridique particulièrement conforme aux dogmes de la pensée libérale au point que Georges Burdeau n'hésite pas à parler de « *civilisation du contrat* » dans son étude sur le libéralisme[445]. Simple accord de volonté entre deux, voire plusieurs personnes juridiques, le contrat dispense de tout

[443] L'apparition du mot « libéral » date du XVIIIème siècle et les balbutiements de la pensée libérale remontent au XVIIème siècle, voir V. VALENTIN et A. LAURENT, *Les penseurs libéraux*, Les Belles Lettres, Paris, 2012, pp. 8 et 9.
[444] Sur le plan juridique, si la conception volontariste du contrat est théorisée à la fin du XVIIème siècle, la notion de contrat puise ses origines dans le droit romain, voir J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, n°12, 1990, p. 8.
[445] G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Points, Paris, 1979, p. 137.

recours à la métaphysique et devient la « *source de droit par excellence* »[446] à la suite de la Révolution libérale[447]. Ainsi, à la fin du XVIIIème siècle, les juristes découvrent que les instruments du droit romain – dont le contrat fait partie – sont les plus adaptés « *au nouvel ordre économique, individualiste et libéral* »[448].

114. Tout d'abord, l'idée de contrat renvoie au contractualisme. Or, celui-ci offre aux sociétés modernes une représentation de « *l'institution du social* » fidèle au caractère volontaire de l'engagement politique[449]. A ce titre, les théories du contrat social sont conformes au présupposé libéral selon lequel la volonté individuelle préexiste à toute organisation du politique[450]. En effet, c'est bien à travers la métaphore du contrat que les individus parviennent à se libérer du cycle de la domination véhiculé par les conceptions théologico-politiques traditionnelles du pouvoir[451].

115. Ensuite, la création de règles juridiques par un accord de volonté a pour fondement théorique l'autonomie de la volonté des cocontractants. Or, le dogme de l'autonomie de la volonté est directement lié à la philosophie libérale et individualiste[452], dans la mesure où il permet de reconnaître aux individus la puissance de créer la substance du droit[453]. Fort de sa liberté de contracter, l'individu ne dépend que de lui-même dans la poursuite de ses actes. La force obligatoire reconnue aux règles juridiques qui découlent du consentement repose donc sur le mythe de l'autonomie de la volonté individuelle chère à la pensée libérale. Propres aux parties contractantes, les

---

[446] « *Et c'est la source de droit par excellence. Elle est excellente parce qu'elle dispense du recours à toute notion plus ou moins entachée de métaphysique* […] *La position est en consonance avec l'individualisme politiquement triomphant, soutenu par une philosophie de l'autonomie de la volonté affirmée chez Kant après Rousseau, et dont les racines sont apparentes dans l'humanisme de la Renaissance.* », H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *APD*, 1968, n°13, *Sur les notions de contrats*, pp. 13 et 14.

[447] « *La Révolution découvre que les conceptions romaines sont plus adaptées au nouvel ordre économique, individualiste et libéral.* […] *Ceci était pleinement conforme à la philosophie selon laquelle l'indépendance de l'individu ne peut être restreinte que de sa propre volonté* […] », G. LYON-CAEN, « Défense et illustration du contrat de travail », *APD*, 1968, *op.cit.*, p. 59.

[448] *Ibid.*

[449] « […] *le contrat exprime une véritable idéologie volontariste des relations humaines*. », J. GHESTIN, *op.cit.*, p. 9.

[450] « *Ces antécédents permettent d'ailleurs de comprendre qu'avant même le XIXème siècle, les doctrines les plus en vue aient fait reposer sur le contrat l'existence même de l'Etat, voire de la société.* », H. BATIFFOL, *op.cit.*, p. 14.

[451] C. AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, Folio Essai, Paris, 2009, p. 219.

[452] « *Dans la conception individualiste qui fut celle du XIXème siècle, les volontés contractuelles possédaient les deux caractères d'être égal et libre.* », G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p. 16.

[453] « […] *la notion civiliste et française du contrat concentre en elle les principes fondateurs du nouvel ordre social, les choix nouveaux sur la place de l'individu dans la société.* », B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Edition Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 766.

obligations réciproques générées par le contrat « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »[454] et font de l'article 1134 du Code civil un aphorisme du libéralisme politique.

116. Enfin, le contrat est l'instrument privilégié de l'échange. En cela, il est une notion autant économique que juridique[455]. Fondé sur un accord entre au moins deux volontés, il est plurilatéral par définition et caractérisé par la neutralité de son contenu normatif puisqu'il suppose la liberté et l'égalité des sujets de droit guidés par leur intérêt bien compris. Il existe donc une parfaite correspondance entre l'autonomie dans l'échange et l'autonomie dans le contrat[456]. Plus la liberté des contractants est effective, plus le marché est libre de se réaliser car le contrat est l'instrument juridique le mieux adapté pour organiser une coopération sécurisée. Ceci permet au professeur Vincent Valentin d'affirmer que le procédé contractuel est « *la quintessence de la fonction économique du droit* »[457]. Le contrat semble donc satisfaire à tout point de vue les tenants du libéralisme économique et permet ainsi d'assurer le primat de l'économie sur le droit.

II. L'égalité de droit entre la puissance publique et son cocontractant

117. Dès lors que la puissance publique devient partie à un contrat, elle s'oblige à respecter des règles juridiques auxquelles elle ne peut déroger par sa seule volonté. Aussi le principe de souveraineté de l'Etat semble-t-il incompatible avec celui du contrat dans la mesure où l'égalité des volontés contractantes confère valeur de loi aux conventions conclues par leur accord, sans même que le législateur ne puisse s'y

---

[454] Article 1134, al. 1 du Code civil.

[455] *« Il pourrait sembler que tout contrat est économique dans la mesure où tout contrat réalise une opération d'échange.* », L. RICHER, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics », *in* CE, *Rapport public du Conseil d'Etat 2008, Considérations générales : le contrat mode d'action publique et de production de normes, EDCE,* n°59, 2008, p. 355 ; « *Bref le droit civil français a forgé une notion à l'image du libéralisme économique, une notion qui avait pour fonction d'abattre l'ancien ordre économique fondé sur la réglementation et le corporatisme.* », B. PLESSIX, *op.cit.*, p. 766.

[456] « *Cette correspondance est la plus parfaite en société bourgeoise, où d'une part, la quasi-totalité de l'activité sociale se déroule sous forme d'échanges, principalement sous forme d'actes d'achat et de vente, et où d'autre part, toute la pensée politique et sociale s'exprime en termes de contrat (pacte social).* », K. STOYANOVITCH, « La théorie du contrat selon E.B. Pachoukanis », *APD*, 1968, *op.cit.*, p. 92.

[457] « *Le contrat exprime la quintessence de la fonction économique du droit puisqu'il est en même temps un moyen de coopération et une façon de sécuriser cette coopération.* », V. VALENTIN, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *op.cit.*, p. 821.

opposer[458]. Duguit exprime très clairement cette incompatibilité entre souveraineté et contrat car « […] *la souveraineté est une volonté toujours commandante. Elle est une volonté supérieure à toutes les volontés se trouvant sur un territoire donné. Par conséquent, elle n'entre pas en rapport avec elles par voie de contrat, mais seulement par voie de commandement.* »[459]. La puissance publique contractante n'est plus une puissance souveraine. Au bénéfice de la liberté contractuelle, elle aliène sa force commandante.

118. Néanmoins, il peut sembler paradoxal de constater l'abandon par la puissance publique de sa souveraineté, autrement dit de sa liberté, au moment où elle s'octroie la pleine capacité de contracter. En effet, certains ont pu affirmer qu'en acceptant de s'obliger par la voie du consentement, la puissance publique exprime par là sa pleine souveraineté puisque c'est volontairement qu'elle renonce au privilège de sa condition[460]. Cela étant, expression ou négation de sa souveraineté, le contrat de la puissance publique détruit la hiérarchie des volontés propre au système de droit public « *impérialiste* », dont Léon Duguit théorise le déclin. Caractérisé par la souveraineté, le droit public du XIXème siècle confère à l'Etat un pouvoir de commandement et aux autres sujets de droit un devoir d'obéir. Le développement du contrat administratif, c'est-à-dire de l'absorption de l'activité contractuelle de la puissance publique par le droit administratif, révèle, comme le démontre le doyen de Bordeaux dans *Les transformations du droit public*, que *« le droit public n'est plus un ensemble de règles s'appliquant à des sujets de droit d'ordre différent, l'un supérieur, les autres subordonnés, l'un ayant le droit de commander, les autres le devoir d'obéir.* »[461]. En outre, le pouvoir de l'Etat de se lier par contrat entraîne un double mouvement de désacralisation de l'institution étatique puisqu'au-delà d'aboutir à la reconnaissance

---

[458] « *L'expression de la souveraineté s'opposait à ce qu'il soit reconnu à l'Etat (qui se distinguait, de ce point de vue, des autres personnes publiques) une volonté autonome équivalente à celle des particuliers et susceptible de le lier par la voie d'un acte contractuel.* », S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », *op.cit.*, p. 47 ; « *Dès lors, l'existence de relations contractuelles n'était pas un exemple particulièrement topique d'expression de la souveraineté et du pouvoir de commandement, apte à illustrer de façon pertinente l'exercice de la puissance au sein de l'Etat* », B. PLESSIX, *op.cit.*, p. 733 ; « *La première cause d'étonnement pourrait être que l'Etat accepte de se lier par contrat. En tant que souverain, il est voué à abandonner une partie de sa souveraineté.* », R. DRAGO, *op.cit.*, p. 118.

[459] L. DUGUIT, *Souveraineté et Liberté. Leçons faites à l'université de Columbia (New-York) 1920 - 1921*, Librairie Félix Alcan, Paris 1922, p. 78, source gallica.bnf.fr, p. 84.

[460] « *L'idée de contrat semblerait a priori incompatible avec la souveraineté* […] *Or, dans la République, Bodin conçoit lui aussi le contrat comme la seconde forme d'expression de la volonté du Souverain* », O. BEAUD, *La puissance de l'Etat,* PUF, Paris, 1994, p. 101.

[461] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p. XVIII, source gallica.bnf.fr, p. 20.

« *d'une volonté autonome, équivalente à celle des particuliers* »[462] qui rapproche l'Etat de ses sujets de droit, il n'est plus possible, de ce point de vue, de distinguer l'Etat des autres personnes publiques, comme le souligne le professeur Sophie Nicinski[463]. Enfin, si les relations juridiques auxquelles participe la puissance publique diffèrent encore, par leur régime juridique − le régime du contrat administratif −, de celles que développent les particuliers entre eux, cette différence ne réside plus dans la supériorité de l'Etat mais en fonction du but que les personnes publiques poursuivent[464].

119. Volontairement, la puissance publique contractante accepte de renoncer à l'exorbitance d'une partie de ses manifestations juridiques ou du moins à l'exorbitance de la nature des relations juridiques qu'elle entretient avec les autres sujets de droit. L'impérialisme de la puissance publique n'est plus incontesté, il ne découle plus de la nature même du détenteur de la puissance publique. Le pouvoir de l'Etat est désacralisé.

Du point de vue théorique, l'emploi du contrat par la puissance publique révèle sa banalisation, mais afin d'attester de celle-ci dans l'ordre juridique, il convient de revenir sur l'utilisation du procédé contractuel par la puissance publique, et, en particulier, sur l'examen du régime du contrat administratif.

B. La conformité du régime du contrat administratif aux fondements du libéralisme

Fondé sur le consentement des parties (I) et destiné à garantir un équilibre économique (II), le régime du contrat administratif satisfait aux postulats libéraux.

I. La nature contractuelle du contrat administratif

Malgré une conception du consentement propre au droit administratif (a), l'accord de volonté demeure l'essence du contrat administratif (b).

---

[462] S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », *Contrats publics, Mél. GUIBAL*, 2006, *op.cit.*, p. 47.

[463] « *L'expression de la souveraineté s'opposait à ce qu'il soit reconnu à l'Etat (qui se distinguait, de ce point de vue, des autres personnes publiques) une volonté autonome équivalente à celle des particuliers et susceptible de le lier par la voie d'un acte contractuel.* », *ibid*.

[464] « *Toutes les volontés se valent si l'on ne considère que le sujet. Leur valeur ne peut être déterminée que par le but qu'elles poursuivent.* », L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit.*, p. XIX.

a. La question du consentement du cocontractant de l'administration

120. Le contrat administratif est un acte conventionnel particulier puisqu'il entraîne l'application d'un régime juridique spécial par un juge distinct du juge judiciaire. Néanmoins, rattachable pour l'essentiel à la théorie générale des obligations en droit civil, il appartient autant que le contrat civil à la notion de contrat[465]. En effet, à l'opposé du procédé de commandement emblématique de l'administration que constitue l'acte unilatéral, la force contraignante du contrat administratif repose exclusivement sur l'accord de volonté. Comme tout acte contractuel, le contrat administratif exprime la loi des parties[466]. Beaucoup d'auteurs contestent la nature contractuelle du contrat administratif au motif que l'élaboration de son contenu est dominée par la volonté de l'administration et que celle-ci dispose d'un pouvoir de modification unilatérale au détriment du respect de celle de son cocontractant[467] : le contrat administratif ne serait qu'un « *prétendu contrat* »[468]. André de Laubadère a même qualifié de « *thèse affirmative habituelle* »[469] l'analyse selon laquelle le pouvoir de modification unilatérale de l'administration est un élément propre à la théorie du contrat administratif. Aujourd'hui, le professeur Yves Gaudemet explique la part importante des dispositions réglementaires dans le régime du contrat administratif par le fait que *« le contrat administratif n'est pas né contrat* »[470]. Ces positions relativisent la nature contractuelle du contrat administratif puisque le pouvoir unilatéral de l'administration mis en exergue par ces auteurs porte atteinte à l'accord initial de volontés au fondement de l'acte conventionnel.

---

[465] « *Le contrat administratif est bien un contrat, c'est-à-dire l'acte juridique résultant de l'accord de deux volontés et qui ne peut être modifié que par un nouvel accord de ces volontés.* », F-P. BENOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP*, 1963, I n°1775, p. 27 ; « *On peut donc voir le Code civil, ou plus exactement certains des principes qui y figurent, comme une source d'inspiration aux théories présentées comme les plus originales et les plus prétoriennes du droit des contrats administratifs*. », C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit public », 3ème éd., Paris, 2011, n°28, p. 34.

[466] « *En effet, la qualification administrative d'un contrat ne fait nullement obstacle à l'application de la théorie des vices du consentement, de l'objet, de la cause, au respect de la commune intention des parties*, […] », F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », *AJDA*, 12 mai 2003, p. 923.

[467] « *Le contrat administratif n'est pas né contrat.* », Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, p. 315 ; *« Mais leur soumission au droit administratif devant le juge administratif a toujours comporté le risque d'étouffer l'élément contractuel par un élément d'unilatéralité brisant les concepts de volonté et d'égalité.* », R. DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n°12, 1990, p. 117.

[468] « *Le prétendu contrat ne saurait les en défendre.* », M. HAURIOU, note sous CE, 23 mars 1906, *Dame Chauvin, dite Sylviac, S.*, 1908. III. 17.

[469] A. DE LAUBADERE, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, p. 38.

[470] Y. GAUDEMET, *op.cit.*, p. 315.

121. Pour autant, la doctrine n'est pas unanime sur ce procès intenté à la nature contractuelle du contrat administratif. Alors que pour Francis-Paul Bénoit, « *l'affirmation d'un tel principe est chose grave* »[471], Jean L'Huillier qualifie cette vue de l'esprit de « *faux dogme* »[472] dans l'histoire de notre droit public. Ces auteurs ont longtemps soutenu que cette conception unilatérale des effets du contrat administratif s'appuie sur un mythe et sur une analyse peu rigoureuse du régime du contrat administratif. D'une part, la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale à l'administration reposerait sur l'exploitation par la doctrine de l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 mars 1910 *Compagnie générale française des tramways*[473]. Or, pour Jean L'Huillier, la décision du Conseil d'Etat n'est nullement fondée sur l'existence d'un pouvoir général de l'administration mais simplement sur un texte réglementaire propre à l'organisation des chemins de fer[474]. En outre, au regard de l'évolution de la jurisprudence, le même auteur affirme qu'il n'est pas possible de considérer cette décision comme un arrêt de principe[475]. D'autre part, Francis-Paul Bénoit souligne que la doctrine a pu déceler dans le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration, celui de modifier unilatéralement un contrat après indemnisation du cocontractant[476]. Or, la résiliation unilatérale est considérablement moins grave et attentatoire à l'intégrité de l'accord de volonté que la modification unilatérale. Si cette dernière impose au cocontractant des obligations qu'il n'a pas acceptées, la résiliation, dans la mesure où elle est accompagnée d'une indemnisation qui couvre le préjudice subi ainsi que le manque à gagner, respecte et honore un engagement sur lequel l'un des cocontractants est obligé de revenir[477]. Si l'on peut parler du pouvoir de résiliation

---

[471] F-P. BENOIT, *op.cit.*, p. 25.

[472] J. L'HUILLIER, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *D.*, 1953, Chronique, p. 87.

[473] CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *Rec.*, p. 216.

[474] « *Cette décision se situe exactement dans la ligne des conclusions de Léon Blum. Lorsqu'il s'agit de modifier unilatéralement le statut d'un service concédé, l'Administration* "ne possède que les droits qui lui sont conférés par un texte". », J. L'HUILLIER, *op.cit.*, p. 90.

[475] « *Si l'arrêt des Tramways de Marseille ne consacre pas ce soi-disant principe, plusieurs arrêts ultérieurs, dont le caractère commun est qu'ils dénient à l'Administration contractante un pouvoir de modification unilatérale qu'elle s'était cru autorisée à exercer, en démentent formellement l'existence.* », J. L'HUILLIER, *op.cit.*, p. 88.

[476] « *Dernier argument des partisans de la théorie du pouvoir de modification unilatérale : le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat administratif qui appartient à l'administration*. », F-P. BENOIT, *op.cit.*, p. 30.

[477] « *La modification unilatérale du contrat conduirait donc à imposer au cocontractant des obligations différentes de celles qu'il a acceptées* […] *La résiliation unilatérale est au contraire incomparablement moins grave. Dans la résiliation, l'administration procède uniquement par suppression pure et simple, totale ou partielle, mais étant entendu qu'elle doit indemniser son cocontractant de tout le préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation, y compris du manque à gagner*. », *id.*, p. 31.

unilatérale du contrat en droit administratif, en déduire l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale a longtemps relevé d'une extrapolation abusive de la doctrine. Les conclusions de ces deux auteurs furent claires : pour Jean L'Huillier, l'adage selon lequel, les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, « *vaut, malgré les exceptions purement apparentes qu'il peut sembler comporter à son profit, pour l'Administration contractante aussi bien que pour les particuliers.* »[478]. Francis-Paul Bénoit affirme par ailleurs qu'en aucun cas les spécificités que présente le contrat administratif ne peuvent permettre d'en contester la nature contractuelle : « *Le contrat administratif constitue donc la loi des parties. Comparé au contrat de droit privé, son régime s'en distingue sur des points certes très importants, tels que la résiliation, les sanctions ou l'imprévision, mais qui ne touche pas à l'essence même du contrat* […] *Le contrat administratif est bien un contrat, c'est-à-dire l'acte juridique résultant d'un accord de deux volontés et qui ne peut être modifié que par un nouvel accord de ces volontés.* »[479].

122. La clarification par le Conseil d'Etat de l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale de l'administration, selon les règles générales applicables au contrat administratif, par les arrêts *Union des transports publics urbains et régionaux* du 2 février 1983[480] et surtout *Syndicat intercommunal des transports public de Cannes* du 27 octobre 2010[481], oblige à admettre que l'accord de volonté ne peut demeurer l'essence du contrat administratif qu'en vertu d'une conception partiellement objective du consentement des parties.

---

[478] J. L'HUILLIER, *op.cit.*, p. 90.

[479] F-P. BENOIT, *op.cit.*, p. 33.

[480] CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, *Rec.*, p. 33 ; « *Les doutes subsistant sur l'existence de ce pouvoir de modification unilatérale ont été définitivement levés par l'arrêt Union des Transports publics urbains et régionaux.* », J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 16ème éd., PUF, Thémis droit, 2014, p. 529.

[481] « *Considérant d'autre part et toutefois, qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats ; que l'autorité organisatrice des transports peut ainsi, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, le cocontractant, tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées, ayant droit au maintien de l'équilibre financier de son contrat* […] », CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, AJDA 2010, p. 2076.

b. La nature partiellement objective du consentement au fondement du contrat administratif

123. Insister sur la nature contractuelle du contrat administratif ne revient pas à nier que les régimes juridiques des contrats civil et administratif révèlent différentes conceptions de l'accord de volontés[482]. Cela étant, quelle que soit l'importance de ces différences théoriques, l'on ne saurait prétendre que l'une est moins conforme à la logique contractuelle que l'autre. A la différence du contrat civil, le contrat administratif repose sur une conception en partie objective du consentement qui se traduit, notamment, par le formalisme des procédures contractuelles administratives[483]. L'expression du consentement entre l'administration et son cocontractant est soumise au respect de l'ordre public contractuel qui n'aurait pas d'équivalent en droit civil[484]. Pour autant, cet encadrement de l'accord de volontés n'est pas moins respectueux du dogme de l'autonomie de la volonté cher à la pensée libérale[485].

124. Tout d'abord, dans sa thèse sur *L'unité des contrats publics*, Madame Marcus démontre que « *le contrat administratif est bien un contrat car il est issu d'un accord des volontés des parties* »[486]. La comparaison des jurisprudences administrative et judiciaire relatives à l'application de la théorie des vices du consentement, d'une part, et aux méthodes d'interprétation du contrat par référence à la commune intention des parties, d'autre part, lui permet d'affirmer que « *l'intégrité du consentement d'une personne publique à un contrat bénéficie de la même protection que l'intégrité du consentement d'une personne privée* »[487] et d'expliquer la réception de la notion civiliste d'accord de volontés en droit administratif[488].

---

[482] « *Le caractère distinct d'une catégorie juridique avec une autre, surtout voisine, n'exclut pas qu'elles puissent appartenir à une même notion.* », H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD.civ.*, 1993, p. 261.

[483] « *La notion d'accord de volontés a en droit administratif une double dimension subjective et objective* », L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2010, vol. 96, p. 191.

[484] « *Le formalisme de certaines catégories de contrats publics a pour conséquence que l'accord subjectif des volontés des parties est, dans ce cas, insuffisant à faire naître, entre elles, des droits et obligations contractuels. Il entraîne une adaptation de la notion civiliste de consentement aux contraintes de l'action administrative.* », L. MARCUS, *op.cit.*, p. 63.

[485] « *Lié au courant libéral, ce dogme postule que ce qui est bon pour l'individu est profitable, juste et utile à la société toute entière.* », S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », *Contrats publics, Mél. GUIBAL*, 2006, p. 54.

[486] L. MARCUS, *op.cit.*, p. 135.

[487] *Id.*, p. 65.

[488] Sur la réception de la théorie des vices du consentement en droit des contrats administratifs, voir Cour administrative d'appel de Paris, 22 avril 2004, *Société Bouygues* : « *Considérant que si un contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et ne peut en principe être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, il n'en est pas de même lorsque les manœuvres de l'une des parties ont*

125. Quelles que soient les modalités de cette réception de la conception civiliste du consentement révélée par le régime du contrat administratif, l'on ne peut en déduire qu'elle porte atteinte à la logique contractuelle et à l'esprit libéral de l'article 1134 du Code civil. En effet, quand bien même le contenu du contrat conclu entre l'Administration et son cocontractant est déterminé davantage par la première que par le second, le contrat si déséquilibré puisse-t-il paraître n'en demeure pas moins consenti. Le professeur Jacques Ghestin explique que, même en droit civil, l'inégale liberté des parties dans la détermination du contrat ne suffit pas à détériorer l'accord des volontés[489]. En outre, la dimension objective de la conception de l'accord de volonté explicitement reconnue en droit administratif n'est pas moins latente en droit civil. En effet, ce que certains auteurs civilistes qualifient de « *crise* » ou de « *déclin* » du contrat n'est que le développement d'un ordre public auquel doit se plier tout accord de volontés, qu'il donne naissance à un contrat de droit civil ou de droit administratif. Dès lors, affirmer qu'en raison de la présence de certaines clauses exorbitantes du droit commun dans le contrat administratif, la théorie générale du contrat administratif se trouve aux antipodes de la théorie civiliste, en tant qu'elle « *répudie* » l'autonomie de la volonté, semble, au regard de l'évolution du droit civil, anachronique, comme le sous-entend le professeur Jean Waline[490] parmi d'autres. Le professeur Marcel Sinkondo souligne lui aussi que, quel que soit le déséquilibre existant dans l'élaboration du cahier des charges, le contrat administratif, comme le contrat civil, n'acquière force obligatoire qu'à travers la manifestation du consentement.

La nature libérale du contrat administratif, déduite du respect de ce dogme du libéralisme que constitue l'autonomie de la volonté, est confirmée par la notion d'équilibre économique qui anime son régime juridique.

---

constitué un dol […] » ; « *La théorie des vices du consentement joue donc un rôle réellement fondamental, puisque à la jonction du service public et de ses exigences et des contrats administratifs saisis à leur naissance.* », Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *in* J-M. AUBY, J-B. AUBY et J-J. BIENVENU, *Mélanges en hommage à Roland Drago*. *L'unité du droit*, Economica, Paris, 1996, p. 334.

[489] « *La liberté, dans le rôle plus modeste qui reste le sien, suffit à caractériser le contrat lorsque celui-ci a été consenti. Il n'est pas indispensable qu'en outre le contenu du contrat ait été déterminé, avec une égale liberté des parties, par l'accord de volonté.* », J. GHESTIN, *op.cit.*, p. 14.

[490] J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *Etudes offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXIème siècle,* Paris, LGDJ, 2001, p. 976.

II. L’équilibre libéral du contrat administratif

126. Les caractéristiques propres au contrat administratif, souvent assimilées aux prérogatives exorbitantes détenues par la puissance publique, ne sont pas plus éloignées de la logique contractuelle que les règles qui valent en droit civil, dans la mesure où elles sont indissociables de la garantie de l’équilibre économique du contrat. La théorie de l’équation financière, élaborée par le juge administratif et qui permet d’encadrer l’évolution du contrat administratif et sa résiliation éventuelle de la part de l’Administration, illustre ce rapprochement. Malgré les modifications du contrat nécessaires à l’intérêt du service, le Conseil d’Etat envisage dès l’arrêt de 1910 de rétablir l’équilibre financier initial du contrat[491]. Le cocontractant de l’administration a droit à l’indemnisation intégrale du préjudice subi par la modification du contrat[492] mais également à celle de son manque à gagner en cas de résiliation unilatérale du contrat[493]. En outre, le pouvoir de modification unilatérale ne peut s’exercer à l’égard des clauses qui définissent l’objet du contrat et suppose dans tous les cas, au-delà d’une certaine limite, de recueillir le choix du cocontractant entre l’acceptation des changements impliqués et la résiliation du contrat[494]. Enfin, la reconnaissance par le Conseil d’Etat, dans un arrêt important du 8 octobre 2014 *Société Grenke Location*[495], de la possibilité pour les cocontractants de l’administration de se prévaloir, dans certaines conditions, d’une clause de résiliation unilatérale, en cas de méconnaissance par la puissance publique de ses obligations contractuelles, traduit tant la tendance à garantir un certain équilibre au sein du contrat administratif que l’impératif de davantage tenir compte de la volonté des parties.

[491] « […] *qu'il appartiendrait seulement à la compagnie, si elle s'y croyait fondée, de présenter une demande d'indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation ;* », CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale françaises des tramways*, *op.cit*.

[492] « *Considérant que l'état de l'instruction ne permet pas d'évaluer exactement ce préjudice* […] », CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, *Rec*., p. 401.

[493] CE, 2 novembre 1960, *Société Les distilleries de la Saane et de Beaune-la-Rolande réunies*, *Rec*., p. 1052.

[494] « *Considérant que la stipulation invoquée par l’administration, si elle lui permettait de modifier la consistance des ouvrages et d’en changer les dispositions, ne s’appliquait pas en cas de modification profonde de l’objet du marché* […] », CE, 14 mars 1980, *SA Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques*, n°03417.

[495] « […] *qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles* […] », CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n°370644.

127. Dans la même perspective de garantir l'équilibre économique du contrat, la théorie de l'imprévision, rejetée pour le moment en droit civil[496], permet de préserver l'exécution d'un contrat en cas de survenance d'événements imprévisibles au moment de la conclusion du contrat. Attaché au principe libéral selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, le Conseil d'Etat rappelle, d'abord, dans l'arrêt du 30 mars 1916 *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux,* « *qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive* […] *les obligations respectives du concessionnaire et du concédant* »[497] et confère ainsi un caractère exceptionnel à la théorie de l'imprévision. En revanche, contrairement au droit civil enserré par le respect littéral de la parole donnée, le Conseil d'Etat reconnaît, dans le cas où le bouleversement du contrat n'est que temporaire, la possibilité de réviser les modalités de l'exécution du contrat initialement prévues. La théorie de l'imprévision, propre aux contrats administratifs, assure donc la permanence de l'équilibre contractuel initial issu de l'accord de volonté en intégrant les bouleversements ultérieurs à la conclusion de celui-ci. Néanmoins, par l'exclusion des simples « *variations des prix* […] *à raison de l'aléa du marché* »[498] des justifications de l'application de l'imprévision, le Conseil d'Etat impose aux parties au contrat administratif d'assumer le risque créé par « *le jeu normal des forces économiques* »[499] en économie de marché. Tout procès intenté à l'égard de la théorie publiciste de l'imprévision consistant à lui reprocher une logique de « *socialisation des pertes et de privatisations des gains* » est donc dénué de tout fondement.

128. En dépit de leur originalité, les règles du contrat administratif mettent en œuvre une conception de l'accord de volontés au moins aussi élaborée que celles qui existent en droit civil - jusqu'à la réforme du droit des contrats - , et peut-être même davantage

---

[496] « *Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*. », Cour de Cassation, Chambre civile, 6 mars 1976, *Affaire du Canal de Craponne*. Solution constamment confirmée depuis (voir Cour de Cassation, Chambre commerciale, 18 décembre 1879 et 3ème Chambre civile, 18 mars 2009) mais qui fait l'objet d'un aménagement à l'article 104 du projet d'ordonnance relatif à la réforme du droit des contrats : « […] *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.* […] *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin* […] ».

[497] CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec.*, p. 125.

[498] *Ibid.*

[499] « […] *dans tout contrat il existe un aléa normal : le cocontractant de l'administration espère, en passant le contrat, un gain mais à ce gain envisagé peut, par le jeu normal des forces économiques, se substituer une perte.* », J-F. LACHAUME et autres, *op.cit.*, p. 536.

respectueuses des droits du cocontractant le plus faible[500], ce qui permet au professeur Sinkondo de conclure que *« le contrat administratif s'alimente aux sources théoriques les plus civilistes ,c'est-à-dire les plus libérales, du droit des échanges entre personnes privées* »[501]. Parce que la théorie de l'imprévision désacralise la valeur de « *la parole donnée* »[502] au moment de la conclusion du contrat au profit de la garantie de l'équilibre économique du contrat, il n'est pas étonnant qu'elle ait inspiré l'écriture de l'article 1196 du projet de réforme du droit des contrats rendu public le 25 février 2015[503]. Ce faisant, la consécration de la théorie de l'imprévision révèle également l'évolution des principes libéraux : le dogme de l'autonomie de la volonté caractéristique de la pensée libérale classique s'efface au profit de la conception économique du droit dispensée par les auteurs néo-libéraux.

§2 - Néo-libéralisme et contrat public

Moins révérencieux que le libéralisme classique à l'égard du dogme de l'autonomie individuelle, le néo-libéralisme l'est davantage envers celui du marché. La liberté contractuelle ne saurait, pour un néo-libéral, être absolue puisque nul n'est censé s'émanciper du respect des règles de la concurrence, au risque de pénaliser la société toute entière. De son côté, le contrat n'est pas réductible à un accord de volontés. Il n'est pas un acte purement subjectif dans la mesure où l'opération contractuelle est encadrée par la loi. L'ordre public contractuel qui s'impose aux conventions conclues par l'administration garantit le respect par la puissance publique des règles du marché (A) et fait du contrat l'instrument privilégié des politiques de libéralisation (B).

---

[500] « *Or cette idée d'équilibre constitue l'un des piliers, si ce n'est le pilier de la théorie générale du contrat administratif : il revient au juge administratif de s'assurer qu'aux prérogatives de la personne publique correspondent les droits financiers de son cocontractant, de vérifier que chaque partie obtient l'équivalent de ce qu'elle donne, de préserver l'économie du contrat et de protéger, en définitive l'intérêt bien compris des deux contractants.* », F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », *AJDA*, 12 mai 2003, p. 923.

[501] M. SINKONDO, *op.cit.*, p. 261 ; « *Tout au contraire, c'est en pareil cas que l'administration brandit le plus fortement le principe du respect absolu des stipulations contractuelles.* », F-P. BENOIT, *op.cit.*, n°21.

[502] « *Faut-il alors tenir cette partie prisonnière de son engagement ? La parole donnée serait une parole sacrée, quoi qu'il en coûte.* », N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. Commentaire article par article*, Dalloz, Lonrai, 2015, commentaire de l'article 1196, p. 96.

[503] « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. »,

A. Assujettissement de la puissance publique au marché et passation des contrats publics

Le droit de la concurrence occupe une place centrale au sein de l'ordre public contractuel (I) et fait l'objet d'une garantie effective depuis la métamorphose du contentieux contractuel (II).

I. Le droit de la concurrence garanti par les règles de passation des contrats

129. Lorsque l'on évoque le terme « contrat », il convient de distinguer l'opération contractuelle du contenu du contrat, comme invite à le faire Charles Eisenmman dès 1949[504]. Alors que le contrat lui-même renvoie au produit juridique constituant un ensemble de clauses contractuelles choisies par les parties, l'opération contractuelle désigne la procédure suivie pour conclure le contrat. En effet, à la différence de l'édiction d'un acte unilatéral, la passation d'un contrat s'inscrit désormais nécessairement dans le respect de procédures de publicité et de mise en concurrence, ce qui conduit le professeur Mickaël Karpenschif à affirmer que le contrat présente des garanties que n'offre pas l'acte unilatéral[505]. Il existe davantage de correspondance entre l'outil contractuel et le respect des règles du marché qu'entre celles-ci et l'acte unilatéral. Comme l'explique le professeur Marie-Anne Frison-Roche, le contrat et la concurrence sont « *des figures associées* »[506]. Le contrat est donc l'instrument incontournable de l'application des règles concurrentielles aux activités de la puissance publique, à condition qu'elles soient rendues effectives à travers l'office du juge du contrat.

---

[504] « *Par exemple, lorsque l'on parle de l'acte appelé contrat, il faut distinguer, d'une part, l'opération contractuelle, qui est l'opération de conclusion du contrat et, d'autre part, le contrat lui-même qui est le produit* […] », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit.*, tome II, p. 182.

[505] « *Or l'ouverture de la commande publique se fait essentiellement (exclusivement ?) par le contrat car il offre des garanties que n'offre pas l'acte unilatéral ! En effet, la passation d'un contrat est obligatoirement précédée (en dehors d'exceptions limitées) d'une procédure de publicité et de mise en concurrence au niveau européen* […] », M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : "Contrat public et Union européenne" », *RFDA*, 2014, p. 418.

[506] « *Pourtant, même dans le royaume des généralités théoriques, concurrence et contrat sont au contraire des figures associées.* », M-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD.civ*., 2004, p. 452 ; « *La liberté contractuelle, l'égalité des parties, la transparence des situations, la publicité, en un mot la concurrence sont les règles essentielles de tout contrat, donc de tout contrat administratif. »*, R. DRAGO, *op.cit.*, p. 128.

II. La métamorphose récente du contentieux contractuel au service du droit de la concurrence

Le lien consubstantiel entre concurrence et contrats conduit les organes de l'Union européenne à exiger une plus grande contestabilité des règles de passation des contrats publics et entraîne un alignement de plus en plus immédiat en droit interne.

130. En vertu du principe libéral classique selon lequel le contrat est la chose des parties, l'office du juge des contrats leur a longtemps été réservé et le recours pour excès de pouvoir seulement possible à l'égard des actes détachables du contrat[507]. Cependant sous l'influence du droit de l'Union européenne et en particulier de la directive « *recours* » du 21 décembre 1989[508], le législateur français a créé le référé précontractuel favorisant ainsi la transparence et le respect du droit de la concurrence en matière de certains contrats administratifs et privés conclus par la puissance publique[509]. Ensuite, toutes les voies de droit acquises pour contester les marchés publics ont été ouvertes à l'ensemble des contrats publics par la directive du 11 décembre 2007 et l'ordonnance du 7 mai 2009, créant, par là même, un référé contractuel[510]. Enfin l'évolution du droit de l'Union a suscité un récent et puissant courant jurisprudentiel pour accroître l'effectivité du respect des règles de concurrence. Le Conseil d'Etat admet par un arrêt du 16 juillet 2007[511] d'ouvrir la saisine du juge du contrat aux concurrents évincés des procédures d'appel d'offre de la commande publique. Ainsi, le juge français devance la sanction de la Cour de Justice de l'Union européenne[512], voire anticipe la transposition de nouvelles exigences communautaires[513], puis achève

[507] CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220.
[508] Directive n°89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.
[509] « *La directive* "recours" *du 21 décembre 1989 a en tout cas eu le mérite indiscutable d'inciter le législateur français à créer au profit des administrés, par la loi du 4 janvier 1992, une garantie nouvelle contre le manque de transparence des marchés publics* […] », G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op.cit.*, n°249, p. 305.
[510] Directive n°2007/66/CE, 11 décembre 2007 portant sur l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.
[511] CE, 16 juillet 2007, *Travaux Tropic Signalisation*, n°291545.
[512] « *Ce sont d'ailleurs ces insuffisances constatées des voies de droit allemandes par la Cour de justice (à l'occasion de l'arrêt Commission contre Allemagne du 18 juillet 2007) qui vont pousser le Conseil d'Etat français à revenir sur sa jurisprudence centenaire* […] », M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *Revue des contrats*, 2014, n°3, p. 543.
[513] « […] *la transposition anticipée des exigences communautaires aurait pu prendre la forme d'une nouvelle hypothèse plus strictement délimitée. Le droit communautaire impose un changement plus modeste que celui réalisé* […] », F. MELLERAY, « Vers un nouveau contentieux de la commande

d'instituer le recours de plein contentieux comme voie de droit commun en matière de contrats publics par l'arrêt du 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*[514]. Au bénéfice du droit de la concurrence, les tiers peuvent s'immiscer dans cette prétendue loi des parties. Le monde contractuel n'est plus « *clos* »[515]. L'ordre public contractuel sert l'ordre concurrentiel.

L'association du contrat public aux règles de la concurrence et l'effectivité du respect de celles-ci à travers l'évolution fulgurante du contentieux contractuel font du contrat conclu par la puissance publique un instrument incontournable de la libéralisation de l'intervention publique.

B. Contractualisation et libéralisation de l'intervention publique

Le contrat administratif n'est pas né de la révolution néo-libérale et de la libéralisation des politiques publiques que l'on constate à partir du dernier tiers du XXème siècle. Il apparaît plutôt à l'époque libérale classique comme le relève Prosper Weil[516] et accompagne ainsi les processus de décentralisation et d'association des personnes privées à l'activité de la puissance publique décrits dans les chapitres précédents[517]. Pour autant, l'accélération de la contractualisation de la puissance publique s'inscrit dans la transformation politique et économique des quatre dernières

---

publique (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*) », *RDP* 2007, p. 1385.

[514] CE, 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n°359994.

[515] *« Les tiers peuvent ainsi s'immiscer dans le prétendu «* monde clos *» contractuel et* bénéficier […] », F. MELLERAY, « Le crépuscule d'un paradoxe : vers la fin de l'autolimitation du juge du contrat », *RDC*, 2008, p. 625.

[516] Ensuite, le procédé contractuel est l'instrument juridique approprié à l'association des personnes privées à l'organisation de l'action publique chère à la pensée libérale. Prosper Weil explique d'ailleurs que la théorie du contrat administratif s'est développée pendant l'époque libérale, au moment où le service public imposait à l'Etat d'intervenir dans des domaines nouveaux. Le contrat, parce qu'il implique l'association des entreprises privées aux missions de service public permet de limiter l'intrusion de l'Etat proprement dit dans ces domaines préservés. « *La théorie du contrat administratif a été forgée pendant l'époque libérale. L'Etat entendait alors limiter ses missions et même lorsque l'essor de la mission de service public lui imposait d'intervenir dans des domaines à l'écart desquels il se tenait antérieurement, il préférait confier l'accomplissement pratique de tout ou partie de ces nouvelles missions à des entreprises privées*. », P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés. », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, p. 217.

[517] La contractualisation apparaît comme le complément des actes de décentralisation de l'action publique. Dès les lois de 1871 et 1884, tant les départements que les communes sont habilités à recourir aux procédés contractuels en matière de concession et de délégation de services publics. Un siècle plus tard, l'acte II de la décentralisation du 2 mars 1982 est suivi de la réforme de la planification du 29 juillet de la même année qui relance le processus de contractualisation de l'action publique, notamment par la mise en œuvre du contrat de plan Etat-régions. De même, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République accélère la coopération contractuelle entre les différentes collectivités territoriales. Le mouvement de contractualisation prolonge bien celui de la décentralisation.

décennies, comme le reconnaît le Conseil d'Etat dès la première ligne de son rapport public *Le contrat, mode d'action et de production de normes*[518]. La concomitance de la contractualisation de la puissance publique et de l'emprise des idées néo-libérales sur l'organisation de la société s'explique par la rationalisation des politiques publiques (I) et la consécration de l'ordre du marché à laquelle aboutit la généralisation du recours au contrat (II).

I. La rationalisation des politiques publiques à travers le contrat

131. Au cours de la dernière partie du XXème siècle, la contractualisation de la puissance publique est associée aux politiques de libéralisation de l'action publique et en particulier de la gestion des services publics. Comme le présente le Vice-président du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé dans les considérations générales du rapport public de 2008 relatif au contrat, le recours au procédé contractuel va de paire avec la remise en cause du monopole de l'Etat central et de l'utilisation des prérogatives de puissance publique dans l'action administrative[519]. La libéralisation de l'action de la puissance publique se manifeste, d'une part, par une association croissante des collectivités territoriales et des personnes privées à l'action administrative et, d'autre part, par l'application à celle-ci des règles de concurrence. Les différentes phases de contractualisation de la gestion publique accompagnent ainsi les avancées de la décentralisation[520], de la privatisation et de la dérèglementation des affaires publiques.

132. Le contrat, outil historique de la délégation de gestion des services publics aux personnes privées à travers la concession de service public, permet, au demeurant, à la puissance publique de conserver un contrôle certain sur le fonctionnement du service. En revanche, l'application des nouvelles règles de la commande publique révèlent que le procédé contractuel est également le moyen privilégié de l'externalisation de la gestion publique auquel la puissance publique a recours afin de se décharger et de se

[518] « *La place accrue du contrat dans le droit public français reflète les importants changements intervenus dans le contexte politique et économique des années 1970-2000 : la modification des rapports entre l'Etat et le marché* […] », CE, *Rapport public 2008*, *op.cit.*, p. 15.

[519] « *Sa montée en puissance est en effet allée de pair avec la remise en cause plus ou moins forte de l'exclusivité de la loi, de la prééminence de l'Etat central, de la gestion en régie des services publics et, plus largement, des modes d'action fondés sur le commandement et la contrainte.* », J-M. SAUVE, « Editorial », *in* CE, *Rapport public 2008*, p. 7.

[520] « *On rencontre aujourd'hui le contrat partout dans l'administration. Il y a à cela de multiples causes.* […] *La plus fondamentale est sans doute la remise en cause de l'Etat central agissant par la voie du commandement et de la contrainte, qui accompagnent un puissant mouvement de décentralisation*. », R. DENOIX de SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003, p. 970.

concentrer sur ses missions régaliennes. La puissance publique pour répondre aux besoins économiques et sociaux tout en respectant les prescriptions libérales est obligée de mutualiser ses moyens et de s'associer aux personnes privées. Le contrat devient alors l'outil de toutes les coopérations public-public et public-privé[521]. En outre, outil de la modernisation des politiques publiques, le contrat permet de garantir aux entreprises publiques une autonomie et une souplesse de gestion nécessaires à l'intégration dans une économie de marché et d'introduire la culture du management au sein des administrations[522].

II. La consécration de l'ordre concurrentiel à travers la contractualisation

133. Support de la déréglementation du secteur public, les contrats passés entre la puissance publique et les entreprises publiques accompagnent l'ouverture des activités économiques publiques à la concurrence au cours des dernières années du XXème siècle. Le contrat est également la norme juridique de la régulation préconisée par les instances supra nationales soucieuses de promouvoir la libéralisation des secteurs en réseaux et le respect de la concurrence[523]. Ceci permet au professeur Michel Guibal d'affirmer dès 1993 : « […] *qu'il apparaît nettement aujourd'hui que la mise en place progressive d'un droit européen des contrats passés par des personnes publiques (ou assimilées) est fondée sur des principes d'essence libérale et sur la consécration sans nuance de l'économie de marché. Ce qui est prioritaire et fondamental, c'est l'amalgame droit des contrats-droit de la concurrence, c'est la diffusion dans tout le droit public des contrats de l'obligation de mise en concurrence.* »[524]. Puisqu'il ne peut

---

[521] « *Incontestablement, l'outil contractuel favorise et encadre l'éclosion de nouvelles formes de coopération public-privé et public-public, même si les outils employés, les formes contractuelles ou sociétaires, varient d'un État membre à un autre* ». M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : "Contrat public et Union européenne" », *op.cit.*, p. 418.

[522] « *La libéralisation de l'action publique locale se déduit d'une certaine généralisation du procédé contractuel* […] », F. BOTTINI, « L'impact du New Public Management sur la réforme territoriale », *RFDA*, 2015, à paraître ; « *En second lieu, sous l'influence du management des entreprises privées se développe le contrat d'objectifs. Ce n'est pas totalement nouveau (rapport Nora 1967 ; loi du 26 janvier 1984 ; contrats d'établissement), mais c'est dans les années 1990 que ceci est systématisé, d'une part, en matière d'organisation administrative (apparition en 1996 du contrat de service entre l'administration centrale et les services déconcentrés), d'autre part, en matière de relations entre l'administration de l'Etat et les entités privées.* », L. RICHER, *AJDA*, 2003, *op.cit.*, p. 974.

[523] « *Elle résulte encore du fait que, sous l'influence principalement communautaire, les contrats administratifs se rapprochent des contrats civils ordinaires, par leur soumission commune au droit de la concurrence*. », *ibid*.

[524] M. GUIBAL, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCPA*, 1993, n°15, I 3667.

y avoir de marché concurrentiel sans contrat[525], « *la libéralisation totale* » des secteurs traditionnellement monopolisés par l'Etat passera par le contrat comme l'affirme le professeur Mickaël Karpenschif à propos de l'exemple des services de transports ferroviaires[526]. Le respect des conditions de mise en concurrence et d'accès au marché constitue même « *l'origine du monde* » du régime des contrats dessiné par les institutions européennes[527]. Le contrat public n'est donc pas seulement un instrument de réalisation de l'ordre concurrentiel, il semble que le règne de la concurrence soit même l'alpha et l'omega de l'édification d'un régime européen des contrats. Or la subordination exclusive, ou du moins prioritaire, de l'appareil normatif à la réalisation de l'ordre concurrentiel est précisément la revendication ultime des auteurs néo-libéraux.

134. Le contrat apparaît donc, tant par l'analyse de ses caractéristiques propres que par la mise en perspective de son utilisation, comme une modalité de libéralisation de l'action de la puissance publique[528]. Aussi, peut-on affirmer que le contrat est un instrument incontournable de la modernisation de la gestion des affaires publiques. Or, si la contractualisation s'est avérée la voie appropriée à l'adaptation de la gestion administrative aux besoins contemporains, il convient de démontrer que c'est avant tout l'idée même de gestion des services publics, introduite dans le droit de la puissance publique, qui a imposé le recours au procédé contractuel.

SECTION 2 - LE RÔLE DU SERVICE PUBLIC DANS LE DÉVELOPPEMENT DU CONTRAT ADMINISTRATIF

La puissance publique a toujours conclu des contrats. Mais avant la consécration de la notion de service public, l'exécution des fonctions administratives ne donne lieu à

[525] « *En effet, à l'inverse de l'économie administrée, le marché concurrentiel suppose d'une part la propriété privée, d'autre part la circulation des biens grâce à l'échange de ceux-ci contre un équivalent monétaire, par le biais d'un contrat obligatoire entre l'offreur et le demandeur. Ainsi il ne peut y avoir de marché concurrentiel sans contrat* […] », M-A. FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 482.

[526] « *Cette libéralisation totale et annoncée pour le 3 décembre 2019 au plus tard se fait et se fera donc par contrat !* », M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : "Contrat public et Union européenne" », *op.cit.*, p. 418.

[527] M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *op.cit.*, p. 544.

[528] « *Si le contrat administratif fait appel aux notions d'équilibre des intérêts en présence, c'est que sa finalité n'est pas d'être un instrument de liberté entre individus égaux, mais d'être une modalité d'exercice de l'action administrative, un instrument permettant à la puissance publique la satisfaction de l'intérêt général par une autre voie que celle de l'acte unilatéral*. », B. PLESSIX, *op.cit.*, p. 766.

la passation d'un contrat qu'à titre exceptionnel. Par principe, les contrats auxquels prend part l'administration sont de droit commun et relèvent du juge judiciaire. Au XIXème siècle, l'administration a recours au contrat, mais le contrat administratif n'existe pas. La diversification des services assumés par la puissance publique, propre à l'avènement de l'Etat-providence, entraîne une reconfiguration du régime des fonctions administratives. L'exécution des nouvelles missions publiques ne peut reposer exclusivement sur l'utilisation de l'acte unilatéral. Aux yeux des libéraux, cela reviendrait à soustraire trop d'activités au commerce juridique et à renforcer la sujétion à la volonté unilatérale des autorités administratives.

Alors que la question de la gestion des services publics justifie la contractualisation du droit propre à la puissance publique (§1), la notion de service public sert de fondement à une théorie générale des contrats administratifs (§2).

§1 - La voie contractuelle ouverte à la puissance publique par l'idée de service public

La notion de gestion publique, dont le contrat administratif n'est pas séparable (A), découle de l'idée de service public (B).

A. Le contrat administratif, acte de gestion publique

135. Jusqu'au début du XXème siècle, avant l'arrêt *Terrier*[529], ni l'administration ni la juridiction administrative ne méconnaissent l'acte contractuel, mais le contrat administratif par nature n'existe pas[530]. Alors que vaut encore la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, les contrats passés par l'administration sont classés parmi ces derniers[531]. Ils sont donc régis par le droit privé et soumis à la compétence du juge judiciaire[532]. La compétence et le droit administratifs sont réservés

[529] CE, 6 février 1903, *Terrier*, *S.*, 1903-III-25, concl. ROMIEU, note HAURIOU.
[530] « *C'est à l'arrêt Terrier ou plus exactement aux remarquables conclusions du Commissaire du Gouvernement ROMIEU, que l'on peut faire remonter l'acquisition de la notion de contrat administratif par nature.* », G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p. 33 ; voir B. PLESSIX, *op.cit.*, pp. 730 et 738.
[531] « *Dans le cadre de cet exposé, on devine aisément la place réservée par LAFERRIERE au contrat en droit administratif. Pour lui, le contrat est le type même de l'acte de gestion*. », B. PLESSIX, *op.cit.*, p. 737.
[532] « *En ce qui concerne tout d'abord les contrats, qu'il s'agisse des contrats passés par l'administration dans l'intérêt de son domaine privé, ou des contrats intéressant les services publics, ce sont par nature des actes de gestion, soumis en principe au droit privé et à la compétence judiciaire.* », J. LAMARQUE,

aux actes de la puissance publique proprement dite ; c'est-à-dire à l'administration lorsqu'elle agit par voie de commandement. Or, le procédé contractuel reflète une administration qui, dépouillée de son *imperium*, entre en relation avec les particuliers comme des particuliers entre eux, sans contrainte[533]. En outre, l'acte contractuel de l'administration échappe au contentieux administratif car il est rattaché à l'Etat personne civile – et non à l'Etat personne publique −qui l'utilise pour la gestion de son domaine privé. Tant que le droit de la puissance publique se réduit aux actes d'autorité, le contrat, parce qu'il est résolument un acte de gestion[534], ne peut compter parmi ses modalités d'intervention. Comme le théorise Georges Pequignot, le contrat est donc exclu du droit administratif parce que la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion a pour « *effet de rejeter hors du contentieux administratif tous les contrats conclus par les administrations, à l'exception de ceux que le législateur avaient affectés, par une disposition expresse, à ce contentieux.* »[535].

136. Dès lors, puisque le contrat est un acte de gestion, le contrat de la puissance publique, c'est-à-dire le contrat administratif[536], apparaît avec l'idée de gestion publique. Le contrat devient une modalité d'intervention de la puissance publique à partir du moment où la gestion devient une activité de la puissance publique. Or, si l'existence du contrat administratif découle de la notion de gestion publique, celle-ci apparaît à travers l'idée de service public.

Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, thèse, LGDJ, Paris, 1960, p. 23.

[533] « *Lorsqu'au contraire elle passe un contrat, elle use d'un procédé qui ressortit spécifiquement au droit privé ; elle manifeste par-là, son intention de masquer, en quelque sorte, son imperium et de ne pas donner à sa volonté une efficacité supérieure à celle des particuliers : elle fait un acte de gestion.* », G. PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 29.

[534] « *Les contrats conclus par les diverses personnes administratives étaient toujours regardés comme des actes de gestion ;* », P. COUZINET, « La théorie de la Gestion Publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *AFDT*, 1969, p. 160 ; « *Quant aux actes de gestion, dont le type est le contrat, dans lesquels l'Administration ne se présente pas comme Puissance Publique, mais se rabaisse au rang des particuliers, ils ressortissent, en principe, au droit privé et à son contentieux.* », G. PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 590.

[535] « *Pendant longtemps, le problème de la compétence administrative a été dominé par la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion, qui avait pour effet de rejeter hors du contentieux administratif tous les contrats conclus par les administrations, à l'exception de ceux que le législateur avait affectés, par une disposition expresse, à ce contentieux.* », G. PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 27.

[536] « *Le contrat administratif est celui qui a été conclu par une personne administrative agissant comme Puissance Publique*.», P. COUZINET, *op.cit.*, p. 174.

B. La gestion publique, activité du service public

137. Le service public n'a été le critère du contrat administratif que de manière éphémère[537]. Mais, à travers la notion de service public, émerge un critère plus durable : la gestion publique puisque, comme l'affirme Maurice Hauriou dès 1899 dans *La Gestion administrative,* « *la gestion serait l'exécution même des services publics* »[538].

138. La question de la compétence juridictionnelle des actes relatifs au fonctionnement des services publics mène le Commissaire du gouvernement Romieu à la distinction entre la gestion publique et la gestion privée. Autrement dit, dès lors que l'activité de la puissance publique est considérée sous l'angle du fonctionnement des services publics, la gestion de ces derniers devient le fondement de l'intervention des personnes publiques[539], et la gestion publique, le nouveau critère de compétence de la juridiction administrative[540]. Aussi la démarche du Commissaire Romieu s'inscrit-elle dans la continuité de celle du Commissaire du gouvernement David aux conclusions de la décision *Blanco,* dans la mesure où ce dernier est le premier à faire l'amalgame entre la puissance et le service public[541]. Le fonctionnement des services publics pose la question inévitable de leur gestion. Si la gestion des services publics ne relève pas nécessairement du droit administratif, l'idée de service public a permis d'introduire – et cela de manière tant nouvelle qu'irréversible – l'acte de gestion, et par là, l'acte contractuel dans le droit de la puissance publique[542]. Sans la notion de service public, le critère de l'acte d'autorité n'aurait pas été supplanté par celui de la gestion publique, et sans gestion publique, il n'y aurait pas eu de contrat administratif. C'est donc bien à travers le prisme du service public que le contrat entre dans le droit administratif.

---

[537] Entre les arrêts CE, 4 mars 1910, *Thérond* et CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.

[538] « *Ainsi la gestion serait l'exécution même des services publics* […] », M. HAURIOU, *La Gestion administrative, étude théorique de droit administratif*, Paris, 1899, p. 5.

[539] « *Toute mesure d'exécution des services est une mesure de gestion.* », P. COUZINET, *op.cit.*, p. 165.

[540] « *La gestion publique définie comme l'ensemble des opérations d'exécution des services publics doit appartenir logiquement à ce contentieux administratif de la pleine juridiction.* », *id*., p. 160.

[541] « *Il apparaît ainsi très nettement que dans la pensée du commissaire du gouvernement, les expressions d'* "actions formées contre l'Etat à l'occasion des services publics" *et* "actions formées contre l'Etat puissance publique" *sont synonymes et qu'il les emploie constamment l'une pour l'autre, et, semble-t-il uniquement pour éviter la répétition des termes.* », R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, Bibliothèque de droit public, tome VIII, 1957, LGDJ, p. 88.

[542] « *Tout au contraire, le droit administratif moderne posa le principe inverse que n'importe quel contrat pouvait être considéré comme un acte administratif à partir du moment où il était conclu en vue du fonctionnement des services publics* […] *en d'autres termes l'avènement du droit administratif moderne n'excluait pas de prendre la volonté de l'Administration de se comporter à la façon d'un particulier.* », B. PLESSIX, *op.cit*. p. 739.

139. Dès lors, l'élargissement du contentieux administratif, réservé jusqu'alors aux actes de commandement de l'administration, à des actes de gestion s'est fait au gré de la jurisprudence relative au fonctionnement des services publics, et à travers la notion de service public. Si celui-ci ne s'est jamais avéré un critère fiable de compétence juridictionnelle, celui de la gestion publique, beaucoup plus durable, découle nécessairement de l'idée de service public. Sans être le critère juridique pertinent du droit de la puissance publique, le service public apparaît comme la pierre angulaire du droit administratif moderne, dans la mesure où il est le prisme par lequel, à l'aune du XXème siècle, la gestion devient le nouvel horizon de l'activité de la puissance publique[543]. En effet, le lien inéluctable entre l'idée de service public et le critère de la gestion publique explique la période de flottement du critère de compétence de la juridiction administrative et donc de la définition du droit administratif. A l'époque classique, avant 1873, où le droit administratif, droit de la puissance publique, se limite aux actes d'autorité, la gestion des affaires administratives appelle déjà l'administration à exécuter des opérations comptables, patrimoniales et financières. Mais qu'ils relèvent du contentieux contractuel ou quasi-délictuel, qu'ils servent à l'administration des services publics ou du domaine privé, ces actes de gestion sont de la compétence du juge judiciaire, car ils ne concernent pas la puissance publique agissant « foncièrement » en tant que puissance, c'est-à-dire par voie de commandement. Avant 1873, la gestion administrative – dont la gestion des services publics fait partie – et le droit administratif s'opposent car on confond action de la puissance publique et activité de commandement. Les activités de gestion ne sont pas propres à la puissance publique, elles ne peuvent donc pas justifier l'application du droit exorbitant par le juge naturel de la puissance publique. Après 1921, le critère de compétence de la juridiction administrative est stabilisé car le critère de la gestion publique – qui inclut une partie importante de la gestion des services publics – est consacré. Le droit administratif sera le droit de la gestion publique. En un peu plus de quatre décennies, ce n'est pas un simple glissement progressif de la définition du droit administratif qui s'opère mais un renversement radical de la définition de la puissance publique et donc de son droit. Droit administratif et gestion publique désormais se confondent car rien n'oppose plus activité de gestion et puissance publique, depuis que celle-ci n'est plus considérée sous

[543] « *Néanmoins, Hauriou ne lui accorde pas une signification juridique particulière. En notre matière les services publics servaient plutôt de cadre aux manifestations de la puissance publique.* », P. COUZINET, *op.cit.*, p. 166.

l'angle du commandement mais à travers l'idée de service. Cette révolution de la définition du droit administratif se traduit par la substitution au critère juridique de l'acte d'autorité de celui de la gestion publique. Elle a emprunté une notion *supra* juridique, qui, au-delà d'un critère de compétence juridictionnelle, emporte une définition moderne de la puissance publique, une conception désacralisée du pouvoir. Il ne se définit plus comme le commandement de l'Etat sur les gouvernés mais comme le service des gouvernés par des personnes publiques, ou des personnes privées sous le contrôle de celles-ci. Comme l'exprime le professeur Bienvenu, la notion de service public remplit une forte fonction idéologique car « *dès le dégagement, celle-ci se trouve intégrée à la formation idéologique des fonctions de l'Etat qui prédétermine l'inadaptation qu'elle manifestera et sa fragilité opératoire dans la technique juridique* »[544]. L'importance de la notion de service public, pour le cours du droit, a pour corollaire la précarité du critère juridique du service public.

140. Afin d'illustrer le lien entre la notion de service public et l'outil contractuel, il convient d'étudier l'intrusion du contrat administratif dans l'activité emblématique de la puissance publique : la police administrative. Le principe d'interdiction de contracter en matière de police a été prononcé par le Conseil d'Etat en 1932 dans l'arrêt *Ville de Castelnaudary*[545]. Il repose sur les caractères inaliénable et imprescriptible des pouvoirs de police, émanation de la souveraineté de la puissance publique. Pourtant, cette interdiction n'est pas absolue puisqu'il faut distinguer, au sein de la police administrative, les activités juridiques qui constituent le cœur du pouvoir de police et qui ne peuvent souffrir de délégation, des activités matérielles, simples modalités d'exécution du pouvoir de police, qui peuvent faire l'objet d'un contrat. L'hypothèse soulevée par le professeur Jacques Petit et étayée par le professeur Benoît Delaunay est celle-ci : si les activités d'exécution matérielle de police ont été progressivement ouvertes au contrat administratif, c'est parce qu'elles ont été érigées au gré des décisions du juge administratif en activités de service public[546]. Le juge administratif passe par la qualification d'activité de service public pour autoriser le contrat dans des

[544] J-J. BIENVENU, « Le droit administratif : le droit sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 95.
[545] CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *S.*, 1932, III, p. 26, concl. JOSSE, note WALINE.
[546] J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345 ; B. DELAUNAY, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », note sous Conseil d'Etat, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Jonnet*, *RFDA*, 2012, p. 481.

opérations matérielles de police[547]. Selon le professeur Delaunay l'activité de secours en montagne, initialement qualifiée d'activité matérielle de police a progressivement glissé vers les activités de service public, « *plus facilement objet de contractualisation* »[548]. Ceci permet aux deux auteurs d'affirmer que « *tout se passe comme si, par sa contractualisation, l'opération de police devenait une opération de service public ou, plus exactement et en sens inverse, comme si, l'opération de police portant sur une opération matérielle, la contractualisation devenait possible* »[549] et donc que « *l'apparent recul du principe de l'interdiction de contracter sur la police traduit en réalité le mouvement historique de transformation des activités de police en activités de service public* »[550]. Le contrat entre bien dans les activités de la puissance publique par la notion de service public.

Le service public n'entraîne pas seulement la puissance publique sur la voie de la gestion et donc de la contractualisation. Il est également à l'origine de l'autonomisation relative du droit des contrats administratifs.

§2 – L'autonomie du droit des contrats administratifs déterminée par le service public

Au fondement de la théorie du droit des contrats administratifs, indispensable à l'autonomisation du droit de la puissance publique (A), la notion de service public révèle également la remise en cause contemporaine de l'unité du régime des contrats administratifs (B).

A. La question de l'autonomie du droit des contrats administratifs

L'édification d'une théorie générale des contrats administratifs à travers la notion de service public (I) est une condition *sine qua non* de l'autonomisation libérale du droit de la puissance publique (II).

[547] « *Il arrive que lorsque le juge autorise le contrat pour des opérations matérielles de police, il qualifie expressément les activités en cause de service public*. », B. DELAUNAY, *op.cit.*, p. 486.
[548] B. DELAUNAY, *ibid.*, p. 484.
[549] *Ibid.*
[550] J. PETIT, *op.cit.*, p. 357.

I. L'édification d'une théorie générale du contrat administratif à partir de la notion de service public

L'antinomie contenue dans la notion de clause exorbitante du droit commun (a) conduit à n'envisager l'unité de la théorie contractuelle en droit administratif qu'à partir de la notion de service public (b).

a. L'introuvable théorie des contrats administratifs à partir de la clause exorbitante de droit commun

141. La première déclinaison de la crise de la notion de service public s'illustre autour de l'arrêt *Société des Granits porphyroïdes des Vosges* quand le Conseil d'Etat suit les conclusions de Léon Blum pour dénier la nature administrative d'un contrat pourtant conclu dans le but d'accomplir un service public. A partir de 1912, le critère du contrat administratif ne réside plus dans l'objet du contrat mais dans sa contexture, ce qui a pour conséquences de réduire considérablement le nombre de contrats administratifs et de retarder la genèse d'une théorie générale du contrat administratif. En effet, entre 1912 et 1956, un contrat conclu au nom de la puissance publique doit présenter une clause exorbitante de droit commun pour revêtir la nature administrative et justifier la compétence du juge administratif. Or, la « *notion fuyante* »[551] d'une telle clause n'a jamais permis à la doctrine de construire une théorie des contrats administratifs. La meilleure définition de la clause exorbitante du droit commun est donnée par le Doyen Vedel mais ne peut être que négative : une clause inexistante ou inhabituelle en droit commun[552]. Les problèmes de cette définition, qui a pourtant constitué l'unique critère matériel du contrat administratif pendant 44 ans, sont nombreux tel que le rappelle le rapporteur public Frédéric Desportes aux conclusions d'une décision du Tribunal des conflits du 13 octobre 2014, *SA Axa France IARD*[553]. La

[551] « *Ces observations, qui se retrouvent sous la plume de nombreux auteurs relevant le caractère fuyant de la notion et la difficulté de systématiser la jurisprudence* […] », F. DESPORTES, « Critères du contrat administratif : de la clause exorbitante du droit commun à la clause impliquant un régime exorbitant », Conclusions sur Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, n°3963, *RFDA*, 2014, p. 1068.
[552] « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *in L'Evolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 527-561.
[553] TC, 13 octobre 2014, *SA Axa France IARD*,n°3963.

clause exorbitante est même « *définitivement discréditée* »[554]. En vertu de la richesse de la liberté contractuelle, la notion de clause inexistante ou inhabituelle ne peut être dénuée d'un caractère à la fois exigu et contingent. En outre et surtout, il semble que l'exorbitance de ladite clause exprime un certain unilatéralisme ce qui semble parfaitement antinomique avec la nature contractuelle de celle-ci[555]. La recherche de cette impossible « *clause exorbitante du droit commun* » conduit donc nécessairement le juge soit à identifier les prérogatives de puissance publique propres au régime du contrat administratif pour supposer l'existence de cette clause dans le contrat – et c'est ainsi que l'on peut interpréter la jurisprudence *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*[556] –, soit à s'en remettre aux dispositions de nature règlementaire qui peuvent exister dans un acte mixte tel que le contrat de concession de service public[557]. Le critère de la clause exorbitance n'est donc vraisemblablement pas adéquat pour définir un contrat administratif.

b. Le service public et la théorie contractuelle en droit de la puissance publique

142. Comme l'a théorisé Georges Péquignot en 1945, après Gaston Jèze[558], le particularisme des règles du contrat administratif trouve son origine dans le service public[559]. Elaborés à travers cette notion par le Conseil d'Etat, les équilibres du droit des contrats administratifs[560] peuvent même sans doute être fondés sur le grand principe de

---

[554] « *La clause exorbitante est tout d'abord définitivement discréditée : sa fiabilité en tant que critère du contrat administratif a ainsi continuellement été mise en cause* […] », E. SAILLANT, « La clause exorbitante de droit commun », *in* AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, Paris, 2012, pp. 213-214.

[555] « *Or il n'est pas évident, en raison à la fois de la liberté contractuelle et du caractère évolutif des pratiques, de dire si telle clause est ou non concevable ou usuelle dans les contrats de droit privé. Le droit commun ne constitue pas en réalité une référence très claire et très sûre.* », F. DESPORTES, *op.cit.*, p. 1068.

[556] CE, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant,* n°82338.

[557] « […] *la concession, qui n'est pas un acte exclusivement contractuel mais ce que l'on nomme désormais couramment un* "acte mixte" *où se côtoient sous une enveloppe formellement contractuelle d'authentiques stipulations contractuelles et des clauses réglementaires* […] », F. MELLERAY, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA*, 2015, p. 396.

[558] « *C'est la notion de service public devant fonctionner régulièrement, de manière continue, sans à coups, qui légitime, qui justifie cette obligation spéciale qui n'incombe pas à un cocontractant, lorsqu'il s'agit d'un contrat entre particuliers ou même de contrat civil avec l'administration. C'est en cela que consiste le contrat administratif.* », G. JEZE, *Les principes généraux du droit*, tome 3, *Le fonctionnement des services publics*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 2011 (réimpression de l'édition de 1926), p. 306.

[559] « *Le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein des règles propres au service public ; conclu en vue de la gestion du service, il reçoit de ce but une coloration originale*. », G. PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 605.

[560] « […] *le Conseil d'Etat, aidé par la doctrine, a échafaudé en l'espèce un véritable droit des contrats administratifs en s'appuyant sur la notion de service public.* », C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit public », 3ème éd., 2011 n°22, p. 26.

continuité du service public[561]. Le pouvoir de modification unilatérale, la théorie de l'imprévision, le refus de l'exception d'inexécution, sont en effet justifiables par la continuité du service public. Afin de mettre en évidence le lien entre le service public et le contrat administratif, certains rappellent que la construction du droit des contrats administratifs a consisté en la généralisation des règles déjà en vigueur pour la concession de service public[562]. Au demeurant, reconnaître que la notion de service public est au fondement de la théorie des contrats administratifs ne revient pas à voir, dans le service public, le critère du contrat administratif puisque, si tout contrat administratif est animé par le service public, tous les contrats relatifs au service public ne sont pas nécessairement des contrats administratifs, comme l'a démontré méthodiquement Gaston Jèze[563] et le rappelle plus récemment le professeur Laurent Richer[564]. Sans soutenir donc que le service public est le critère du contrat administratif, le professeur Guettier affirme que celui-ci puise son « *degré d'administrativité* »[565] dans la notion de service public. Ici encore, il convient de concéder que la notion de service public ne joue pas un rôle strictement juridique dans la mesure où elle ne permet pas d'identifier le régime juridique applicable ni même l'ordre de juridiction compétent[566].

---

[561] « *Il y a aujourd'hui un lien indissoluble entre ces idées : principe du fonctionnement régulier et continu du service public ; obligations spéciales incombant à tous les collaborateurs, même volontaires, à un service public ; compétence des tribunaux administratifs.* », G. JEZE, *Les principes généraux du droit*, tome 3, *op.cit*., p. 306.

[562] C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op.cit.*, n°22, p. 27 ; « *La belle époque de la jurisprudence en matière de contrats administratifs se situe entre 1890 et 1930 et, si on l'examine, on constate qu'elle concerne essentiellement la concession de service public. D'où la tentation, pour les commissaires du gouvernement et les auteurs de transposer les règles de la concession dans les marchés publics et de considérer que la concession est le type même du contrat administratif.* », R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *in Etudes offertes à Jacques Flour*, Défrénois, 1979, p. 152.

[563] « […] *la notion de service public comporte-t-elle, par elle-même, de plein droit, cette conséquence inévitable que l'intérêt général du service devra prévaloir sur l'intérêt privé du cocontractant ?* […] *Non ceci n'est pas nécessaire, et ce serait trop grave. Il faut que le collaborateur volontaire ait consenti à cette conséquence exorbitante du droit civil* […] *Dès lors, parmi les contrats conclus en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public, il y a deux catégories : 1°Ceux qui sont des contrats ordinaires, régis par le Code civil ; 2° ceux qui sont des contrats administratifs, soumis aux règles spéciales du droit public* […] », G. JEZE, *Les principes généraux du droit*, tome 3, *op.cit*., pp. 304 et 305.

[564] « *Tout contrat ayant un lien avec le service public n'est pas un contrat administratif, mais un contrat est administratif, même s'il ne contient pas de clause exorbitante du droit commun, dès lors qu'il a avec le service public un lien suffisamment fort.* », L. RICHER, *Droit des contrats administratif*, LGDJ, coll. « Manuels », n°164, 2010.

[565] « *Autrement dit, son degré d'administrativité a d'abord été faible. Ce n'est que progressivement avec la montée en puissance de la théorie du service public et de l'établissement de son lien étroit avec le droit administratif que ce degré s'est élevé sensiblement.* », C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op.cit.*, n°47.

[566] Ce qui n'est pas sans rappeler la thèse du professeur Jean-Louis DE CORAIL qui constate la disparition de la valeur juridique de la notion de service public qui ne justifie plus de manière univoque et exclusive un régime juridique défini. Voir de J-L. CORAIL, *La crise de la notion de service public*, et J-J. BIENVENU, *op.cit.*, p. 95.

Néanmoins, elle justifie le développement du régime du contrat administratif sous l'angle de l'originalité. D'ailleurs, les auteurs qui ont contribué à façonner la théorie générale du contrat administratif appartiennent pour la plupart à l'école du service public, très attachée à l'élaboration d'un droit administratif dont les sources et le développement lui sont propres. Pour reprendre un terme utilisé par Georges Péquignot, l'on peut admettre que le contrat administratif tient sa « *coloration originale* »[567] de la notion de service public.

143. L'emprise de la notion de service public sur le droit des contrats administratifs est d'autant moins négligeable depuis que le Conseil d'Etat a accordé « *une place royale* »[568] au service public dans l'identification du critère matériel du contrat administratif. Si le simple lien avec le service public n'emporte pas la nature administrative, le contrat passé par une personne publique et, soit, dont l'objet est d'organiser ou de confier l'exécution d'un service public[569] ou, soit, constitue une modalité même de l'exécution du service public[570], est administratif. Alors que le critère de la clause exorbitante de droit commun oblige nécessairement à considérer de près ou de loin la question du régime applicable avant d'avoir déterminé la nature du contrat, le critère alternatif de l'exécution même du service public a le mérite de permettre au juge de s'intéresser d'abord à l'activité, à la fonction assurée par la puissance publique avant de statuer sur le régime juridique applicable à celle-ci. S'il n'existe en l'état actuel du contentieux aucune hiérarchie entre les critères alternatifs du service public ou de l'exorbitance, il est probable que les premiers seront davantage utilisés car plus adaptés au raisonnement du juge administratif. La notion de service public semble donc indissociable d'une théorie générale du contrat administratif, elle-même indispensable à l'autonomie du droit administratif.

II. L'impossible autonomie du droit administratif sans théorie générale du contrat administratif

Indispensable à l'autonomie du droit administratif (a), la théorie générale du contrat administratif opère une fonction libérale (b).

---

[567] G. PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 605.
[568] « *La place royale faite au service public dans ces deux arrêts* […] », J-F. LACHAUME et autres, *op.cit.*, p. 497.
[569] CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, *Rec*., p. 167.
[570] CE, 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre Consorts Grimouard*, *Rec*., p. 168.

a. L'équation entre l'existence d'une théorie générale du contrat administratif et l'autonomie du droit administratif

144. Durant une grande partie du XXème siècle, l'inexistence d'une théorie générale des contrats administratifs s'avère une des principales brèches dans le processus d'autonomisation du droit administratif en général. Dans la mesure où l'acte contractuel, indissociable de l'idée de gestion, est entré dans le droit des activités de la puissance publique à travers la gestion des services publics, il a longtemps été tenu à l'écart des considérations sur la fonction administrative proprement dite. Il était unanimement reconnu que la puissance publique utilise le contrat dans la gestion des services publics, mais simplement en tant qu'acte qui procure des moyens à l'accomplissement d'une fonction administrative, et non en tant qu'acte qui relève directement de celle-ci[571]. En effet, pendant une période de flottement où le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence est latent mais pas nécessairement reconnu, admis ni assumé par les observateurs et notamment par les juristes de formation classique, l'activité de gestion est, sinon impropre à la puissance publique, du moins secondaire et considérée uniquement sous l'angle de la véritable fonction de puissance publique qu'elle est censée servir. Pour reprendre les mots de Charles Eisenmann, longtemps le contrat « *concourt à permettre l'exécution d'un service public sans être pour autant en lui-même un acte d'exécution du service* »[572], c'est-à-dire sans être un acte qui traduit directement une fonction administrative. Relevant irrémédiablement de la gestion, la matière contractuelle est exclue par la doctrine des fonctions propres auxquelles sont préposés les organes administratifs[573].

145. L'autonomie du droit administratif se fait donc sans la référence aux contrats de la puissance publique. Dit autrement, dans un premier temps, le régime des contrats utilisés par les collectivités publiques est toujours présenté comme l'exception qui

[571] « *Avec la théorie des contrats de droit commun qui même conclus en vue d'un service public administratif relèvent du droit privé, il ne s'agissait que d'actes-moyens préalables, nécessaires ou utiles pour permettre l'accomplissement des services publics.* », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit.*, tome I, p. 575.

[572] « *Nous touchons là à nouveau à une distinction essentielle pour l'analyse, qui n'est malheureusement pas suffisamment faite, en général, par les auteurs : la distinction entre les actes d'exécution du service public, et les actes qui ont bien trait au service, qui sont faits en vue de son exécution – elle en est la fin – en ce qu'ils concourent à en permettre l'exécution, mais sans être pour autant en eux-mêmes des actes d'exécution du service.* », *id.*, p. 574.

[573] « […] *la jurisprudence* […] *va consacrer cette solution que l'activité de fonction elle-même, l'accomplissement de la fonction à laquelle sont préposés les organismes administratifs* […] », *id.*, p. 575.

confirme la règle de l'autonomie du droit administratif. Dans un second temps, la doctrine ne cesse de tenter de raccrocher le contrat administratif à la notion d'exorbitance que la nature contractuelle de l'acte est en réalité impuissante à fournir. A défaut d'absorber la matière contractuelle, l'autonomie du droit de la puissance publique est fortement relativisée, voire, à terme, totalement condamnée. En effet, dès que la puissance publique utilise le contrat pour la gestion des services publics, il faut s'en remettre, soit à la théorie civiliste soit à la notion introuvable de clause exorbitante, ce qui confère à l'autonomie publiciste un caractère à la fois partiel et précaire. En outre, puisque la puissance publique est de plus en plus engagée sur la voie de la contractualisation à mesure de sa « libéralisation organique »[574], l'autonomie du droit administratif est vouée à l'échec si elle ne s'appuie pas sur une théorie générale des contrats administratifs.

b. La fonction libérale de la théorie générale des contrats administratifs

146. A travers l'édification d'une théorie générale du contrat administratif, le Conseil d'Etat et la doctrine dévoilent que certains actes de gestion proprement dits, certains actes contractuels, peuvent relever des fonctions dignes d'être assurées par la puissance publique et donc intégrer de plein droit et de pleine légitimité le contentieux de la puissance publique. La notion de puissance publique a changé. A partir du moment où les contrats administratifs ne relèvent pas uniquement de l'exception désordonnée mais que leur unification décline le mouvement général d'autonomisation du droit de la puissance publique, cela signifie que les nouvelles fonctions pourtant propres de la puissance publique ne sont pas insusceptibles d'être exercées par l'acte contractuel. La révolution du rôle de la puissance publique dans la société, cristallisée par le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence, se traduit en droit par l'émergence d'une théorie des contrats publics permise par le service public.

147. L'on constate donc ce qui pourrait apparaître, à première vue, comme un paradoxe. La notion de service public, à travers celle de gestion publique, a permis d'introduire le contrat dans le droit de la puissance publique et, à ce titre, de rapprocher les modalités d'intervention de celle-ci du droit commun. En même temps, cette notion de service public a servi de fondement au développement d'une théorie générale du contrat administratif censée illustrer l'émancipation du droit administratif des principes

[574] Voir *supra*, n° 37 et suivants.

régissant le droit civil. Ces deux mouvements contradictoires qui caractérisent l'évolution du droit administratif à la fin du XIXème siècle (désacralisation par un rapprochement vers le droit commun/ émancipation par rapport au droit civil) ne s'expliquent que par le caractère relatif de la notion d'autonomie et en l'occurrence de l'autonomisation du droit administratif. L'idée d'autonomie n'a rien à voir avec celle d'altérité radicale et ne se confond nullement avec l'indépendance. Au contraire, l'autonomie d'un système de normes désigne davantage le respect de principes souscrits librement ou naturellement et dont l'appropriation, par ce système, permet de développer ses propres règles. Aussi n'est-il pas contradictoire de qualifier d'autonomisation du droit administratif, le mouvement de rapprochement et d'appropriation – par le contrat – de certaines règles du droit commun par le droit de la puissance publique. Cela étant, parce qu'à travers la notion de service public, les principes du droit contractuel s'immiscent dans le droit de la puissance publique, la construction d'un droit administratif autonome se fait au prix d'un certain alignement du droit de la puissance publique sur le droit commun. L'autonomisation du droit administratif et, en particulier, l'édification d'une théorie générale du contrat administratif révèle la conversion des normes qui régissent le droit de la puissance publique à des principes conformes aux présupposés libéraux[575].

B. La remise en cause de l'unité du régime du contrat administratif révélée par le service public

Alors que l'unité du droit des contrats administratifs semble traduire l'emprise de la désacralisation libérale du droit de la puissance publique, l'apparition récente d'une dualité de régimes des contrats administratifs (I) invite à émettre l'hypothèse de la concurrence des logiques libérale et néo-libérale au sein du régime des contrats publics (II).

[575] « *On peut donc voir le Code civil, ou plus exactement certains des principes qui y figurent, comme une source d'inspiration aux théories présentées comme les plus originales et les plus prétoriennes du droit des contrats administratifs.* », C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, *op.cit.*, n°28, p. 34.

I. La dualité du régime du contrat administratif révélée à travers la notion de service public

148. L'équilibre du régime des contrats administratifs est bouleversé par l'arrêt du 8 octobre 2014 *Société Grenke* par lequel le Conseil d'Etat reconnaît sous certaines conditions le recours du cocontractant de la puissance publique à une clause de résiliation unilatérale en cas de méconnaissance par celle-ci de ses obligations contractuelles[576]. Incontestablement cet aménagement du régime des contrats administratifs en faveur des cocontractants de l'administration répond au besoin de sécurité juridique nécessaire au bon déroulement des affaires publiques[577]. D'une certaine manière, il s'agit de permettre aux deux parties de revenir, au moment de la conclusion du contrat sur un « *avantage* » anticoncurrentiel propre au régime traditionnel du contrat administratif (l'interdiction pour le cocontractant de l'administration d'invoquer l'exception d'inexécution ou une clause résolutoire). Cet avantage peut, dans certains cas, se retourner contre les personnes publiques, soit elles-mêmes cocontractantes de l'administration, soit que les personnes privées rechignent à contracter avec les personnes publiques, en raison de ce déséquilibre inhérent au régime du contrat administratif[578]. Cet aménagement s'accompagne cependant d'une rupture dans l'unité du régime des contrats administratifs. En effet, le Conseil d'Etat précise dans un considérant de principe que, d'une part, cette clause de résiliation unilatérale ne peut prendre place dans un contrat qui a pour objet l'exécution même d'un service public et que, d'autre part, l'administration peut toujours s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public[579]. A deux égards donc, le service public semble justifier la résistance d'une partie des contrats administratifs au renforcement de la position du cocontractant

[576] CE, 8 avril 2014, *op.cit.*
[577] « *Ce traitement distributif du contrat, qui participe de l'effort général de sécurisation du contrat de partenariat, et, partant, de consolidation du financement des opérations qu'il porte nous paraît s'inscrire dans la droite ligne d'une jurisprudence administrative qui, au fil du temps, est apparue de plus en plus soucieuse de respecter la volonté des parties et de préserver le lien contractuel.* », S. BRACONNIER, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI* ,2015, p. 8.
[578] « *Malgré le rejet de l'exception d'inexécution, l'arrêt du Conseil d'État, tout en clarifiant un point de droit depuis longtemps discuté, marque un nouveau progrès dans le rééquilibrage des relations contractuelles en droit administratif que le juge a entrepris et qu'il poursuit avec constance au fil de ses décisions. Cet affermissement de la liberté contractuelle des personnes publiques ne peut qu'être favorablement accueilli par les opérateurs économiques qui contractent avec l'administration, et favoriser le développement des partenariats que les temps qui viennent rendront plus que jamais nécessaires avec le secteur privé.* », S. PUGEAULT, « Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous conditions », *D.*, 2015, p. 145.
[579] CE, 8 avril 2014, *op.cit.*

de l'administration au sein du régime du contrat administratif. La conséquence de cette résistance du contrat administratif par le service public conduit inéluctablement à la dualité de régime au sein des contrats administratifs[580].

149. Cette tendance à l'éclatement du régime du contrat administratif est confirmée par un arrêt du 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*[581] par lequel le Conseil d'Etat considère qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution du service public, la personne publique se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus par ce dernier. Le Conseil d'Etat précise d'ailleurs que cette subrogation est justifiée par la continuité et le bon fonctionnement du service public. Cette solution déroge au droit de la commande publique dans la mesure où elle exclut, ou du moins ne privilégie pas, la remise en concurrence de la délégation de service public ou du marché public contrairement au principe de remise en concurrence fréquente des prestations confiées, affirmé par la directive européenne du 26 février 2014[582]. En effet, cette décision autorise une substitution du gestionnaire du service public mais sans remise en concurrence.

II. L'hypothèse de la pénétration de la logique néo-libérale au sein du régime du contrat administratif

150. A travers la notion de service public, un mouvement de résistance de certains contrats administratifs semble se dessiner à l'encontre de l'emprise du droit de la commande publique et des impératifs de la concurrence sur le régime des contrats administratifs. L'une des explications de l'observation de cette tension au sein du droit des contrats administratifs réside peut-être dans la communautarisation du droit des contrats publics. Comme l'explique le professeur Mickaël Karpenschif, le droit des

---

[580] « *Il est difficile, sur ce point, de dire si la jurisprudence la plus récente doit valoir, désormais, pour l'ensemble des contrats administratifs ou si l'état du droit fait coexister deux règles différentes, l'une en matière de marchés, l'autre en matière de délégations de service public* […] », N. SYNCHOXICZ, « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA*, 2015, p. 320.

[581] CE, 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n°368294.

[582] « *L'impossibilité d'attribuer la concession à un quelconque autre opérateur économique ne devrait pas avoir été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même, ou par l'entité adjudicatrice elle-même, en vue de cette attribution. En outre, une évaluation approfondie devrait être effectuée afin de déterminer s'il existe d'autres solutions adéquates.* […] *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation.* », Directive du 26 février 2014, n°2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, cons. 52 et 53.

contrats publics s'est construit à partir de la notion de marché public[583], bien plus directement imprégnée de la logique concurrentielle que la notion de service public sur laquelle s'est édifiée le régime français des contrats administratifs. Ainsi, au risque de simplifier l'état du droit positif, l'on peut émettre l'hypothèse que la tendance au dualisme au sein du régime du contrat administratif révèle la pénétration de la logique néo-libérale inhérente au droit des contrats publics européen construit autour de la notion de marché public. Le conflit entre deux principes qui irriguent la pensée libérale : la liberté contractuelle et la libre concurrence[584] transparait de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

[583] « […] *toutes les voies de droit patiemment construites pour le droit des marchés publics (notamment les référés précontractuels et contractuels) ont été ouvertes aux conventions de délégation de service public, aux concessions de travaux* […] », M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *op.cit.*, p. 543.

[584] R. HANK, « *Deux principes libéraux entrent ici en conflit car le libéralisme ne s'est jamais clairement prononcé en faveur de la libre concurrence à tout prix contre la liberté de contrat à tout prix […] « Libre concurrence versus liberté contractuelle* », *in Problèmes économiques, Le retour du libéralisme ?* novembre 2015, première quinzaine, n°3120, La documentation française, Paris, p. 35.

Conclusion du chapitre 1

151. Incontestablement liée à la civilisation libérale, la notion de contrat entre dans le droit de la puissance publique par la gestion des services publics. Forgé à partir de la notion de service public, le régime des contrats administratifs aboutit à un équilibre tout aussi satisfaisant, au regard des principes libéraux, que celui qui anime le contrat civil. Le service public désacralise les fonctions de la puissance publique, objet du régime administratif. Théoriquement, la fonction administrative n'est plus nécessairement dissociable de l'activité contractante. Historiquement, la conversion du droit administratif à la logique contractuelle est un préalable libéral à l'entrée dans l'ère de l'Etat-providence, et l'édification d'une théorie des contrats publics est une condition de l'autonomie du droit administratif dans une société libérale.

152. Sous peine d'absorption de l'activité contractuelle de la puissance publique par les juridictions judiciaires, le droit administratif se convertit au libéralisme du XXème siècle par le régime du contrat administratif. Cependant, les accointances du contrat avec la notion de concurrence et l'instrumentalisation possible de la puissance publique au service de l'ordre concurrentiel, par le recours aux contrats publics, introduisent une tension nouvelle au sein du régime des contrats administratifs. L'identification d'un régime spécial pour les contrats administratifs relatifs à un service public pourrait dès lors être le premier indicateur de l'assujettissement des autres contrats publics à l'ordre impérieux du marché.

Chapitre 2 - La responsabilisation du droit administratif

153. Propre aux sociétés libérales, le principe de responsabilité est un mode de régulation sociale dont la formulation juridique à l'article 1382 du Code civil est considérée comme une expression majeure du libéralisme. Corollaire de la liberté individuelle mais également condition du développement économique, la responsabilité compte parmi *les grandes notions du droit privé* depuis la Révolution libérale de 1789[585]. L'histoire de la responsabilisation administrative est plus récente et correspond à celle de la notion de service public.

154. Avant la fin du XIXème siècle, le droit administratif n'est pas un droit de la responsabilité. Le régime juridique des fonctions régaliennes assurées par l'administration est caractérisé par la souveraineté de l'Etat qui s'impose sans compensation. L'exorbitance de l'irresponsabilité de la puissance publique heurte frontalement les principes libéraux dans la mesure où elle illustre le privilège du pouvoir qui échappe au « *droit de la liberté* »[586] et de la responsabilité. Au début du XXème siècle, l'affermissement de la responsabilité administrative est d'autant plus indispensable que l'Etat-providence conduit la puissance publique à déployer ses services au sein de la société. Sous peine d'être soustrait au contrôle du juge administratif au bénéfice de l'ordre judiciaire, le contentieux des affaires administratives doit se convertir à la responsabilisation. La survie du droit administratif impose une théorie de la responsabilité administrative. Le développement de celle-ci conditionne l'autonomie du droit administratif car si le régime administratif ne garantit pas l'obligation des personnes publiques de répondre de leurs actes, le droit administratif ne constituera jamais un droit en soi.

Principalement édifiés à travers la notion de service public (section 2), les régimes de responsabilité administrative convertissent le droit propre à la puissance publique aux exigences du libéralisme (section 1).

[585] « *Même si le terme ne s'emploie qu'à partir de la Révolution française* […] », J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2ème éd., Paris, 2013, p. 482.
[586] « *Nomos : le droit de la liberté* », F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op.cit.*, p. 229.

SECTION 1 - LES JUSTIFICATIONS LIBÉRALES DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE

Traduction juridique de l'impérialisme de la puissance publique, le principe d'irresponsabilité de l'administration prévaut sous l'Ancien Régime : sacré, le Roi ne peut mal faire ; souveraine, l'action de la puissance publique s'impose à tous sans compensation[587]. Aussi, le développement de la responsabilité de la puissance publique traduit-t-il *a contrario* la désacralisation du pouvoir opérée par les idées libérales de la Révolution. La mise en cause de la responsabilité de la puissance publique reflète les exigences du libéralisme à la française, tant d'un point de vue politique (§1) qu'économique (§2).

§1 - Libéralisme politique et responsabilité administrative

La responsabilisation de l'administration, c'est-à-dire la soumission de l'action de la puissance publique au droit[588] (A), est une des principales revendications du libéralisme politique[589] car elle a pour finalité la lutte contre l'absolutisme et la garantie des droits et libertés (B).

A. La limitation de l'Etat par la responsabilité administrative

Le principe de responsabilité étant indissociable du libéralisme (I), la responsabilisation de la puissance publique traduit une évolution libérale du droit administratif (II).

---

[587] « *L'absolutisme de la souveraineté, dans la monarchie d'Ancien régime, impliquait l'irresponsabilité de l'Etat.* », G. SOULIER, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1969, p. 1044.

[588] « *Le principe de responsabilité n'est autre que l'une des traductions de la soumission de l'administration au droit*. », G. DARCY et M. PAILLET, *in* J. MOREAU (dir.), *Droit public*, Economica, Collectivité Territoriales, 3ème éd., 1995, p. 575.

[589] « *C'est pourquoi la responsabilité administrative n'est pas seulement un corps de règles techniques gouvernant les relations patrimoniales entre des administrés victimes et l'administration auteur de dommages, mais elle est aussi et surtout l'expression de la démocratisation de la société et de la progression de la limitation de l'Etat par le droit. C'est en ce sens que la jurisprudence ayant mis fin à l'idée, mise en exergue par Laferrière, que le propre de la souveraineté est de s'imposer sans compensation, peut être qualifiée de jurisprudence politique*. », M. DEGUERGUE, « Responsabilité administrative », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1347.

I. La responsabilité, un principe inhérent à la société libérale

155. La responsabilité n'est pas propre à la science juridique. En revanche, elle est indispensable à tout système normatif, et en particulier juridique, puisqu'elle permet de rendre compte des conséquences de la violation des règles qui constituent le droit objectif et les droits subjectifs. Alors que le principe de responsabilité conditionne le fonctionnement et l'effectivité du système juridique, la responsabilité d'un sujet de droit résulte de la soumission de ce dernier à l'ordre juridique concerné. Ainsi, le principe de responsabilité n'est pas moins lié à la pensée libérale que ne l'est celui de l'autonomie de la volonté, dont il constitue en quelque sorte le corollaire. Puisque l'imputabilité, inhérente à tout système de responsabilité, postule la « *volonté libre* », la consécration de la responsabilité du sujet de droit est une conséquence inéluctable, dans une société fondée sur la prééminence de la liberté individuelle. Si le contrat est l'instrument juridique privilégié du libéralisme, le professeur François Ewald souligne que le principe de régulation de la société libérale est la responsabilité[590]. Celle-ci permet en effet d'établir les conséquences de l'interaction de sujets de droit libres. Dès lors, les justifications au culte de la responsabilité individuelle chez les penseurs libéraux ne sont pas seulement de nature éthique, elles sont systémiques dans la mesure où les régimes de responsabilité répartissent les fruits des relations entre sujets de droit réputés libres et égaux. Prix de la liberté, la responsabilité est aussi le gage de crédibilité du fonctionnement de la société libérale.

II. La responsabilisation libérale du droit de la puissance publique

Appliqué à la puissance publique et en premier lieu à l'Etat, le principe de responsabilité remplit des fonctions libérales car il permet la mise en cause de l'action de l'Etat, d'une part, et participe à la limitation effective de celui-ci, d'autre part.

156. Symboliquement tout d'abord, la responsabilité administrative suppose la reconnaissance des conséquences dommageables de l'action de l'Etat. Le fondement sur lequel se sont développés les régimes de responsabilité de la puissance publique est la

[590] « […] *elle est liée à la philosophie libérale du droit, commandée par ce grand principe de régulation sociale – le principe de responsabilité – que personne ne peut prétendre reposer sur un autre la charge de ce qui lui arrive sauf au cas où le dommage subi viendrait de la faute d'un autre. La généralité de l'article 1382 du Code civil s'est imposée comme l'instrument juridique destiné à assurer le respect du principe politique lui, de responsabilité.* », F. EWALD, « La faute civile, droit et philosophie », *Droits*, 1987-5, p. 48.

faute. Et cela est une conquête incontestable du libéralisme politique[591]. L'idée que l'Etat puisse commettre une faute revient à nier le caractère absolu de la souveraineté de l'Etat, si bien que le seul fait de poser la question de sa responsabilité révèle, selon Duguit, une transformation profonde du droit public moderne[592]. S'il peut paraître excessif de considérer comme le Doyen de Bordeaux que souveraineté et responsabilité sont deux notions qui s'excluent totalement[593], il convient de rejoindre le Commissaire du gouvernement Tessier pour affirmer que c'est, à tout le moins, revenir sur la divinité de la souveraineté[594]. L'édification des régimes de responsabilité de la puissance publique découle bien, tel que l'a décrit Georges Berlia, « *d'un travail d'érosion de la souveraineté* »[595]. Fondé sur la faute, le système de mise en cause de la responsabilité de la puissance publique révèle un Etat potentiellement fautif et s'attaque en cela au caractère absolu et divin d'un pouvoir désacralisé.

157. Ensuite, juridiquement, le développement de la responsabilité administrative est la conséquence de la reconnaissance d'obligations juridiques qui incombent à la puissance publique et dont le non-respect entraîne une nouvelle obligation de réparation[596]. La responsabilisation de la puissance publique accompagne dès lors le mouvement de personnification juridique de l'Etat et de ses démembrements et révèle ainsi une personne publique, sujet de droit puisque titulaire de droits et d'obligations. L'Etat responsabilisé devient un acteur juridique presque comme les autres dans la société libérale de l'Etat de droit.

---

[591] « *Le libéralisme conduisait à admettre que l'Etat pouvait commettre des fautes et se voir sanctionné à raison de celles-ci* […] », G. DARCY et M. PAILLET, *in* J. MOREAU (dir.), *Droit public*, *op.cit.*, p. 580.

[592] « *L'Etat est-il responsable des actes faits en son nom ? Le seul fait de poser la question révèle une transformation profonde dans le droit public.* », L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op.cit.*, p. 222.

[593] « *C'est logique. A y regarder de près, souveraineté et responsabilité sont deux notions qui s'excluent.* » et « *Il reste que par elle seule, l'acceptation de la responsabilité étatique implique l'élimination du concept de souveraineté.* », L. DUGUIT, *op.cit.*, pp. 224 et p. 233.

[594] « *Le roi dans la doctrine chrétienne, est le représentant de la divinité sur terre* "comme David, il est le délégué sacré et spécial de Dieu lui-même". *De cette mission divine dérive une présomption d'infaillibilité. Pas plus que Dieu, le roi ne peut se tromper ;* "il ne peut mal faire" *et ses actes doivent échapper à tout contrôle juridictionnel, car il n'est point de tribunal humain qui le puisse juger.* », G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Edition La Mémoire du Droit, Paris, 2009, p. 8.

[595] « *Ce n'est pas à dire que les progrès de la responsabilité ont été strictement anarchiques. On pourrait ordonner ceux-ci, du moins dans une large mesure, autour du principe que la responsabilité est née d'un travail d'érosion de la souveraineté* […] », G. BERLIA, « Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit français », *RDP*, 1951, p. 702.

[596] La responsabilité administrative est une condition de la création d'obligations juridiques des personnes publiques : « […] *la responsabilité juridique n'est alors plus seulement nécessaire au fonctionnement efficace de l'ordre juridique ; elle rend aussi possible, par le seul fait de son existence, la création d'obligations juridiques*. », P-M. DUPUY « Responsabilité », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1342.

158. Enfin matériellement, en exigeant de l'Etat qu'il puisse répondre juridiquement et pécuniairement des conséquences de ses actes, la responsabilité administrative réalise la limitation effective de l'Etat par le droit. L'action de l'Etat ne s'impose plus sans compensation, elle s'inscrit dans un ensemble de normes juridiques dont la violation est reconnue juridiquement et comporte un coût.

B. Responsabilité administrative et garantie des droits des administrés

159. Les raisons libérales sous-jacentes à la responsabilisation de la puissance publique ne sont pas réductibles à la limitation de l'Etat car la responsabilité de la puissance publique est également une condition indispensable au respect des droits et libertés des individus au sens de la Déclaration libérale de 1789. Cette responsabilité est pour Duguit la meilleure sauvegarde de la sûreté de l'individu[597]. Aussi, le professeur Gérard Soulier écrit-il que « *les principes de 1789 n'ont pas seulement rendu possible la responsabilité de la puissance publique, ils l'impliquaient* »[598]. Dans la mesure où le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme et que, parmi ceux-ci, vaut l'égalité juridique entre tous les individus, la responsabilité de la puissance publique est légitime à double titre.

160. D'une part, l'effectivité du respect des droits imprescriptibles de l'homme et, en premier lieu, la consécration libérale du droit de propriété individuelle impliquent nécessairement le mouvement de responsabilisation de la puissance publique. Le droit de propriété est indissociable de la pensée libérale et les atteintes à la propriété privée, une des principales hantises des penseurs libéraux. Or, c'est bien l'expropriation pour travaux publics qui, parce qu'elle entraîne nécessairement des atteintes à la propriété par l'Etat, a donné lieu aux premières règles de la responsabilité administrative[599]. De même que pour le droit de propriété, la consécration effective de tout droit exige la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur d'une atteinte à ce dernier, que l'auteur soit une personne privée ou une personne publique.

---

[597] « *Aujourd'hui au contraire, de cette sûreté de l'individu nous ne voyons pas de meilleure sauvegarde qu'une responsabilité de l'Etat très large et très fortement sanctionnée.* », L. DUGUIT, *op.cit.*, p. 223.

[598] G. SOULIER, *op.cit.*, p. 1044.

[599] « *C'est dans ce domaine de l'atteinte à la propriété privée que les premières brèches significatives furent ouvertes dès l'extrême fin du XVIIIème siècle et le début du XIXème siècle, permettant ainsi aux grands travaux d'être réalisés sans que les préjudices pouvant en découler soient totalement laissés à la charge de leurs victimes (loi du 28 pluviôse an VIII pour les travaux publics ; art. 545 du Code civil et loi de 1810 pour l'expropriation). »*, G. DARCY et M. PAILLET, *in* J. MOREAU (dir.), *Droit public*, *op.cit.*, p. 580.

161. D'autre part, l'égalité proclamée des individus devant la loi et, en particulier, l'égalité devant les charges publiques inscrite à l'article 13 de la Déclaration de 1789 interdit de faire peser les conséquences dommageables de l'action de la puissance publique sur les droits d'un seul ou de certains administrés et prescrit dès lors, pour rétablir cette égalité, le versement d'une indemnité. La rupture de l'égalité devant les charges publiques peut être considérée comme une atteinte aux droits des administrés dans une société où l'égalité de tous devant la loi est une des principales traductions juridiques du libéralisme à la française. Parce que selon le professeur Michel Paillet, c'est une « […] *notion qui reflète fidèlement l'idéologie libérale sous-tendant le régime politique français* »[600], la rupture d'égalité devant les charges publiques est une des justifications libérales de la responsabilisation de la puissance publique. En outre, dès les origines du contentieux de la responsabilité administrative, il est bien question de la protection des droits particuliers comme le précise le Tribunal des conflits dans la décision fondatrice *Blanco* : à travers la responsabilité administrative, il s'agit de « *concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* »[601].

Dès lors, les aspirations du libéralisme politique que constituent tant la limitation de l'Etat que la garantie des droits des administrés justifient le mouvement de responsabilisation de la puissance publique.

§2 - Libéralisme économique et responsabilité administrative

La responsabilité civile de la puissance publique ne satisfait pas les seuls tenants du libéralisme politique, elle est également justifiée par le déséquilibre économique qu'elle rectifie (A) et ses transformations sont souvent dictées par les exigences du système économique (B).

---

[600] « *La rupture de l'égalité devant les charges publiques est souvent considérée par la doctrine comme le fondement spécifique de la responsabilité publique, bien que M. Delvolvé soit venu quelque peu ternir l'image d'une notion qui reflète aussi fidèlement l'idéologie libérale sous-tendant le régime politique français*. », M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1980, p. 284.

[601] TC, 8 février 1873, *Blanco, op.cit.*

A. La nature patrimoniale du contentieux de la responsabilité administrative

Parce que la responsabilité administrative opère le rétablissement d'un équilibre (I), elle est une notion aussi bien juridique qu'économique (II).

I. Le rétablissement d'un équilibre

162. Dès la fin du XVIIIème siècle, la thèse de l'irresponsabilité de la puissance publique est critiquée par les jurisconsultes mais aussi par les économistes libéraux soucieux du bon déroulement des échanges et de l'intégrité des opérations commerciales[602]. En effet, les justifications de la responsabilité administrative ne sont pas uniquement juridiques et morales, elles sont également économiques. La responsabilité administrative vise avant tout, comme l'expose Paul Duez dès l'introduction de son ouvrage sur *La responsabilité de la puissance publique,* au rétablissement d'un équilibre économique et patrimonial rompu par le fait dommageable opéré par l'action de l'administration[603]. En cela, la responsabilité de la puissance publique est « *une responsabilité civile* ». L'indemnité versée à la personne lésée constitue donc les dommages et intérêts occasionnés par l'intervention de la puissance publique. La réparation du préjudice causé permet à la puissance publique de prendre en charge les conséquences de son action ou de son inaction. La responsabilité des personnes publiques remplit donc une fonction économique d'internalisation du coût de l'activité administrative. Or, celle-ci occupe une place centrale dans l'analyse économique du droit[604].

---

[602] « *La thèse absolutiste et l'irresponsabilité corrélative du prince devait soulever, à partir du XIIIème siècle, les critiques les plus vives de la part des publicistes et des philosophes. Le pouvoir reconnu au souverain de prendre possession des propriétés privées, ou de les occuper pour l'exécution des travaux, était tout particulièrement critiqué par les économistes et les jurisconsultes.* », G. TESSIER, *op.cit.*, p. 8.

[603] P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, Paris, 2012, p. 7.

[604] « *La lecture économique de la responsabilité civile extracontractuelle met en lumière la logique préventive dont sont imprégnés les fondements de l'institution. La responsabilité protège les droits exclusifs sur des choses rares, cherche à décourager les atteintes, internalise les externalités et met ainsi tout le monde devant le coût intégral de son comportement.* », E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2ème éd, Paris, 2008, 1284, p. 358.

II. Une notion aussi bien économique que juridique

163. La responsabilisation de la puissance publique ne révèle donc pas uniquement l'encadrement progressif de l'intervention de la puissance publique par le droit et en particulier par la théorie civiliste du droit des obligations, elle a également pour effet d'enserrer l'action des personnes publiques dans une rationalité économique chère aux économistes libéraux qui, depuis Adam Smith, promeuvent le développement des échanges et la sécurité des opérations économiques afin de garantir le bon fonctionnement du marché.

164. Parmi les principaux auteurs sur la responsabilité de la puissance publique, René Chapus a mis en lumière l'existence d'une rationalité économique au cœur des régimes de responsabilité publique et privée. Dans la deuxième partie de sa thèse portant sur les *Responsabilité publique et responsabilité privée*[605], l'auteur compare la responsabilité des collectivités publiques à la responsabilité du fait d'autrui dont dispose l'alinéa 5 de l'article 1384 du Code civil. Puisque les collectivités publiques sont des personnes morales, elles ne peuvent agir que par l'intermédiaire de leurs agents, dès lors, leur responsabilité ne peut être qu'une responsabilité du fait d'autrui[606]. Le préposé, comme l'agent de l'administration, agit pour le compte de son « *employeur* »[607], aussi la responsabilité de celui-ci doit-elle s'analyser comme une « *obligation de garantie* »[608]. Or, le fondement de cette garantie, insiste René Chapus, est la corrélation entre l'intérêt – ou le profit – que peut retirer le commettant et le risque que fait encourir l'action du préposé[609]. Aussi, cette corrélation entre profit et risque n'est-elle mieux résumée que par « *l'idée d'entreprise* » expliquée par Marcel Planiol dans son étude sur la responsabilité civile, longuement citée par René Chapus[610]. Les collectivités publiques

[605] R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Editions La Mémoire du Droit, Paris, 2010.

[606] « […] *la responsabilité de l'Etat et des autres collectivités administratives est toujours une responsabilité de personne morale* […]. *Notamment, c'est toujours une responsabilité du fait d'autrui*. », M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 2ème éd, p. 641.

[607] Dans ses conclusions à l'arrêt CE, 21 juin 1895, *Cames*, ROMIEU pose la question de droit en ces termes : « *Le droit civil s'applique-t-il aux relations existant entre l'Etat et les ouvriers qu'il emploie pour un service public ?* », conclusions rapportées par HAURIOU dans ses notes au recueil *Sirey*, p. 680.

[608] ROMIEU évoque cette obligation de garantie qui incombe à l'Etat : « [...] *il appartient au juge administratif d'examiner directement,* […] *conformément aux principes de l'équité, quels sont les droits et les obligations réciproques de l'Etat et de ses ouvriers dans l'exécution des services publics, et notamment si l'Etat doit garantir ses ouvriers contre le risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter. », ibid.*

[609] R. CHAPUS, *op.cit.*, p.263.

[610] « *Mais il est vain, à la vérité, de vouloir donner un exposé de la question du fondement de la responsabilité du fait d'autrui, alors qu'il a été fait de si magistrale façon par Marcel Planiol voici plus*

sont donc responsables du fait de leurs agents parce qu'elles sont d'une certaine manière les « entrepreneurs » des risques de l'action de leurs services. La responsabilité administrative, responsabilité civile par excellence, de nature patrimoniale, est donc aussi justifiée par la logique économique, celle de l'entreprise.

B. Les adaptations de la responsabilité administrative au modèle socio-économique

La transformation des relations économiques et sociales au cours du XIXème siècle (I) provoque l'objectivisation de la responsabilité administrative (II).

I. L'évolution de la responsabilité entraînée par la Révolution industrielle

165. A l'aube du XIXème siècle, l'article 1382 du Code civil suppose la commission d'une faute pour fondement de la responsabilité. Enserré dans la pensée libérale issue de la Révolution et fondé sur la prééminence de la liberté individuelle, le droit de la responsabilité civile n'est pas dissociable de la notion morale de faute. Le droit de la responsabilité semble à cette époque inhibé par la dimension morale du libéralisme politique, assujetti au postulat de la volonté libre, qui interdit aux penseurs libéraux de percevoir la faute comme un aléa[611]. Or, au cours du XIXème siècle, les transformations de l'activité économique et des rapports sociaux issues de la Révolution industrielle conduisent à repenser la responsabilité. Le système fondé sur la faute et orienté vers la correction des comportements individuels est complété par un régime de responsabilité sans faute, fondé sur le risque, et davantage adapté au développement des activités économiques collectives qui caractérise l'époque[612].

166. Tout d'abord, le risque est une valeur économique, celle d'un gain ou d'un dommage futur, mesurée à un moment donné, indispensable à la notion d'entreprise

---

de quarante ans : "Une seule idée paraît capable de fournir à la jurisprudence moderne une base suffisante, c'est l'idée d'entreprise [...]" .», R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 262.

[611] « *Ce faisant, la responsabilité ne fait plus référence à la morale libérale, elle est inspirée par l'équité.* », M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français, LGDJ, Bibliothèque de droit public*, tome 174, Paris, 1994, p. 40.

[612] « *L'un des facteurs qui ont contribué directement à ce bouleversement réside dans le développement des activités collectives. On assiste en effet, depuis le milieu du XIXème siècle, mais selon un rythme qui ne cesse de s'accélérer, à l'apparition et au développement de groupes qui déploient leurs activités dans les domaines les plus divers et dont les structures juridiques sont extrêmement variées,* […] », G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la réparation des risques », *APD*, 1977, p. 5.

comme l'écrit Henry Baibly dès 1901[613]. Ensuite, la responsabilité fondée sur le risque occasionné permet la réparation du dommage causé par l'activité d'un groupe d'individus ou d'une personne morale, dans des situations où l'imputation individuelle exigée par la faute s'avère inefficace[614]. Enfin, le développement de l'assurance, corollaire de l'apparition du risque permet de répartir le coût de la responsabilité collective mais également de la responsabilité individuelle. En effet, l'insolvabilité des patrimoines individuels devant l'augmentation des dommages causés par les activités économiques aurait été un frein au développement industriel. Le risque permet donc à la fois de fonder un système de responsabilité collective devenu indispensable à l'évolution de l'activité économique. A travers le mécanisme assurantiel, la responsabilité individuelle fondée sur la faute peut être préservée car elle est secondée par un système de responsabilité collective fondé sur le risque qui garantit sa soutenabilité[615].

167. En outre, l'analyse des transformations du droit de la responsabilité et, en l'occurrence le passage de régimes fondés sur la faute à des régimes fondés sur le risque, traduit le déplacement du support de l'imputabilité. Traditionnellement reliée au sujet individuel par la notion de faute, elle se rapporte, à travers le risque, à un déséquilibre causé par un fait social. Ce n'est donc plus la faute, chère au libéralisme politique classique, qui régit le principe de responsabilité mais, comme le souligne Monsieur Sousse, « *une rationalité juridique propre liée à la problématique de l'équilibre* »[616]. Or, si la faute ne peut être imputée qu'à un individu, la notion d'équilibre renvoie à une autre figure emblématique du libéralisme économique : le marché. De l'amendement des comportements individuels par la responsabilité fondée sur la faute au respect du fonctionnement du marché à travers la responsabilité sur le risque, l'évolution des fonctions de la responsabilité suivent celle des exigences du libéralisme politique et économique.

---

[613] « *Le principe de bon sens et d'équité sociale d'après lequel les dommages inévitables qu'entraîne une entreprise doivent être supportés par ceux qui en profitent*. », H. BAILBY, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, thèse, Bordeaux, 1901, p. 126.

[614] « *Ainsi, en même temps que la fonction indemnitaire de la responsabilité civile prenait plus de relief, la structure individualiste que lui avait conférée le Code civil apparaissait de plus en plus inadaptée à cette fin.* », G. VINEY, *op.cit.*, p. 6.

[615] « *Le responsable, désigné en fonction de son aptitude à l'assurance, n'est plus en effet qu'un intermédiaire à peu près passif entre la victime et l'assureur.* », *id.*, p. 16.

[616] « *perdant toute référence à une morale traditionnelle, et en étant pourvu d'une rationalité juridique propre liée à la problématique de l'équilibre, la responsabilité n'a plus de limites.* », M. SOUSSE, *op.cit.*, p. 40.

II. L'objectivisation de la responsabilité, exigence libérale face à l'avènement de l'Etat-providence

168. A la fin du XIXème siècle, au passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence, l'intervention croissante des personnes publiques dans les activités économiques et sociales justifie le développement d'un régime de responsabilité adapté à la nouvelle action publique. A cet égard, l'on peut considérer que par l'arrêt *Cames* du 21 juin 1895, le juge administratif, insoumis à l'article 1382 du Code civil, en reconnaissant le droit à indemnisation d'un ouvrier sur le fondement du risque, a permis au droit de la responsabilité de la puissance publique de s'émanciper de la conception limitative de la responsabilité du droit civil. Le juge administratif ouvre, par l'arrêt *Cames,* la voie à un droit de la responsabilité davantage conforme aux prescriptions juridiques et économiques du libéralisme du tournant du siècle[617]. Les dernières lignes de Paul Duez dans son étude de *La responsabilité de la puissance publique* sont relatives à la signification de la consécration de la théorie du risque au fondement de la responsabilité administrative. Selon l'auteur, la renaissance de la figure du risque révèle « *une analyse juridique plus raffinée* […] *commandée par les nécessités de la vie moderne* […] *pour pouvoir remplir le rôle économique qu'on en attend* »[618] et ainsi « *donner satisfaction aux besoins de la circulation et du crédit* »[619]. Le développement de la responsabilité fondée sur le risque permet dès lors d'adapter les rapports sociaux aux nouveaux impératifs économiques sans renoncer au modèle individualiste. Georges Berlia considère même que « *la socialisation des risques est une consécration plus complète de l'individualisme qu'une responsabilité pour faute dès lors qu'il s'agit d'une responsabilité civile et de celle de la puissance publique* »[620].

169. Alors que la responsabilité pour faute est inspirée du dogme de la « volonté libre » chère au libéralisme politique, l'objectivisation de la responsabilité administrative révèle l'imprégnation du libéralisme économique pour lequel le marché

[617] « *Cette avancée jurisprudentielle a été rendue possible, notamment, par l'absence de soumission du régime de responsabilité de l'Etat aux règles du droit civil et parce que l'indemnisation pour risque est une application assez naturelle du principe libéral du concept d'égalité devant les charges publiques*. », CE, *Responsabilité et socialisation du risque. Rapport public 2005*, *EDCE,* n°56, 2005, p. 213.
[618] P. DUEZ, *op.cit.*, p. 324.
[619] *Ibid*.
[620] « *De même peut-on constater que la socialisation des risques est une consécration plus complète de l'individualisme qu'une responsabilité pour faute dès lors qu'il s'agit d'une responsabilité civile et de celle de la puissance publique.* », G. BERLIA, *op.cit.*, p. 704.

est le principal référentiel. L'emprise du mouvement libéral de responsabilisation de l'intervention publique découle de la notion de service public.

SECTION 2 - LA RESPONSABILISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC

Au début du XIXème siècle, le droit de la responsabilité administrative est édifié au fil du contentieux des services publics. La multiplication des dommages générés à l'occasion de leur fonctionnement oblige le Conseil d'Etat à construire des régimes de responsabilité susceptible de satisfaire les exigences libérales. Cependant la concomitance entre le développement des régimes de responsabilité de la puissance publique et l'avènement du service public n'est pas que factuelle ou historique. La notion de service public façonne la responsabilité de la puissance publique. Les principes de la responsabilité administrative procède de la notion même de service public (§1) qui lui confère une certaine autonomie par rapport au droit civil de la responsabilité (§2).

§1 - La puissance publique responsable du « bon fonctionnement » du service public

Qu'il s'agisse de la responsabilité pour faute ou sans faute de la puissance publique, l'idée de service public se trouve « *placée au centre des problèmes de la responsabilité administrative* »[621]. Alors que la première pallie aux dysfonctionnements du service public (A), la seconde remédie aux dommages causés par la bonne marche de celui-ci (B).

A. L'amalgame entre la faute et le dysfonctionnement du service public

La faute du service public renvoie nécessairement à la défectuosité du service (I), ce qui lui confère un caractère irrémédiablement objectif (II).

[621] « *L'idée de service public se trouve ainsi apparemment placée au centre des problèmes de la responsabilité administrative, ce qui confirme l'impression de Maurice Hauriou qui, en 1905, écrivait que* "l'expression faute du service public a l'avantage d'indiquer la mesure de la responsabilité" », M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français, op.cit.,* p. 62.

I. La référence au service défectueux

170. La désacralisation du pouvoir issue de la Révolution libérale de 1789 fonde deux principes en matière de responsabilité. La puissance publique n'est pas infaillible, sa responsabilité peut être mise en cause[622]. La protection de ses agents n'est pas absolue, leur comparution devant les tribunaux devient possible[623]. Conformément à ces orientations, mais dans le respect du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, le Tribunal des conflits rend deux décisions à six mois d'intervalle. Il consacre le principe de la responsabilité de la puissance publique selon des règles propres au service public par l'arrêt *Blanco* et distingue, par ailleurs, la faute de service de la faute personnelle de l'agent par la décision *Pelletier*[624]. Pour le professeur Michel Paillet, auteur d'une thèse sur *La faute du service public en droit administratif français*[625], la responsabilité pour faute de l'administration peut être engagée par la faute d'un agent public « *qui ne peut être appréciée par les tribunaux judiciaires* »[626] (la faute de service) ou pour « *le fonctionnement incorrect du service* »[627] (la faute du service public). Selon l'auteur, ces deux définitions, l'une négative et l'autre positive, ne sont que « *les deux visages d'une même réalité* »[628] : le dysfonctionnement du service public.

171. Le professeur Paillet relève, dans un premier temps, la coïncidence entre la faute de service et la faute du service public. L'étude des manifestations de la faute de service dans la jurisprudence administrative permet de constater « *la disparition de l'agent derrière le service* »[629]. Quand bien même un agent public a commis une faute de service bien identifiée, la logique de la jurisprudence *Pelletier* interdit à la victime de poursuivre un fonctionnaire coupable de cette faute de service. La seule entité vers laquelle peut se tourner la victime est le service. Les jurisprudences *Poursines*[630] et

[622] « *Les principes de 1789 n'ont pas seulement rendu possible la responsabilité de la puissance publique, ils l'impliquaient*. » G. SOULIER, *op.cit.*, p. 1044.
[623] « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », art. 15 DDHC ; « *Les Déclarations des droits et les constitutions de l'époque révolutionnaire ont énergiquement affirmé le principe de la responsabilité personnelle de tous les fonctionnaires.* », L. DUGUIT, note sous CA Bordeaux, 19 juin 1917, *Montpillié et autres c/ Maire de Bordeaux, S.*, 1918/ 1919, II, p. 1.
[624] TC, 30 juillet 1873, *Pelletier, D.*, 1874. 5, concl. DAVID.
[625] M. PAILLET, *op. cit.*
[626] *Id*., p. 45.
[627] *Ibid*.
[628] *Ibid*.
[629] *Id*., p. 46.
[630] CE, 28 mars 1924, *Poursines, Rec*., p. 357.

Laruelle[631] consacrent l'impossibilité pour l'administration de se retourner contre l'agent coupable d'une faute de service. Le rôle secondaire des références à la personnalité de l'agent dans la jurisprudence administrative permet à l'auteur de souligner que c'est le fonctionnement défectueux du service révélé par « *l'agissement de tel ou tel agent déterminé* »[632] qui importe pour la reconnaissance de la responsabilité de l'administration. Il reprend alors la position d'Henri Dupeyroux pour qui, si le juge met en évidence « *l'incurie du fonctionnaire* »[633], c'est seulement « *dans un intérêt pratique de preuve* »[634]. Cette « *fusion de la faute de service dans la faute du service* »[635] se manifeste dans les arrêts du Conseil d'Etat qui emploie indifféremment les expressions synonymes « *faute de service* » et « *faute du service* »[636]. Pour reprendre les termes du professeur Paillet qui s'appuie sur les travaux déjà effectués sur la faute du service public et en particulier sur les propos du Doyen Bonnard : « *La personnalité de l'agent* "se fond dans le service public" *qui l'absorbe complètement. Ainsi que le remarquait Bonnard, il s'agit de juger le service et non l'agent, lequel passe au second plan* »[637].

172. Dans un second temps, l'auteur souligne l'amalgame entre la faute du service public et le fonctionnement défectueux du service en constatant les caractères anonyme et direct de la faute du service public qui la différencient de la faute en droit civil. Anonyme, car il semble impossible, dans certains cas, de rattacher la faute du service au comportement d'un agent en particulier. Elle peut alors résulter « *d'agents déterminés mais non identifiés* »[638] ou d'aucun agent en particulier ni même de « *plusieurs agents pris isolément* »[639] mais bien « *du mauvais fonctionnement du service dans son ensemble* »[640]. Certes, si l'agent, au cours de son service, a commis une véritable faute et par-delà rendu un service défectueux, la responsabilité de la personne publique sera reconnue pour faute de service ; mais si aucune faute n'est identifiée et pourtant le service déficient et le dommage causé, l'administration sera tout de même responsable

[631] CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, *Rec.*, p. 464.
[632] M. PAILLET, *op.cit.*, p. 50.
[633] H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse, Paris, 1922, p. 211, cité par M. PAILLET, *ibid.*
[634] *Ibid.*
[635] M. PAILLET, *id.*, p. 49.
[636] *Id.*, p. 51.
[637] *Ibid.*
[638] *Id.*, p. 57.
[639] *Id.*, p.58.
[640] *Ibid.*

et cela sur le même fondement[641]. Dans d'autres cas, il apparaît même tout à fait inutile de rechercher l'auteur d'une faute « *puisqu'il suffisait de constater que le service étant mal organisé, son fonctionnement n'a simplement pas* "été conforme à ce qu'on peut attendre normalement de lui". »[642]. Le professeur Paillet parle d'ailleurs de « *faute résultat* » quand « *il y a faute du service public parce que le résultat du fonctionnement du service apparaît contraire à ce qu'il aurait dû être, puisqu'un préjudice a été subi indûment par la victime* »[643]. La faute fonde alors la responsabilité du service bien qu'il ne s'avère que d'une anomalie fonctionnelle qui a créé un dommage ni voulu, ni nécessairement produit par le fonctionnement ordinaire et prévisible du service. La faute du service signifie, dès lors exclusivement, que le service rendu par le fonctionnement de l'administration n'est pas à la hauteur de ce que l'on peut en attendre. Cette différence entre la marche normale du service et ce qui en résulte effectivement constitue un dommage pour l'usager du service public[644] qu'il appartient à la puissance publique de réparer.

173. Les différentes qualifications de la faute de service nécessaires à la reconnaissance de la responsabilité de la puissance publique confirment que la responsabilité de l'administration ne se mesure qu'à l'aune des exigences que l'on peut avoir du service public. A certaines périodes et pour certains services, seule une faute lourde entraîne la responsabilité de l'administration. L'on justifie ces régimes de responsabilité pour faute qualifiée par la nature complexe ou les circonstances difficiles d'exécution de tel ou tel service. Ainsi, la responsabilité de la puissance publique pour des activités matérielles de police n'est admise que pour faute lourde parce qu'on ne saurait reprocher aux agents de police de commettre de simples fautes au cours de leur service étant donné la difficulté de leur office. Or, ce n'est pas la nature de l'activité qui, en soi, justifie un régime de responsabilité pour faute qualifiée, mais bien l'idée de service, c'est-à-dire le niveau de prestation auquel on peut s'attendre ou que l'on peut exiger tenant compte des moyens disponibles. La nature de l'activité est intangible et ne

---

[641] « *La responsabilité du patrimoine public est engagée lorsque le dommage résulte d'une mauvaise organisation ou d'un fonctionnement défectueux du service, et cela sans qu'il soit nécessaire que, dans ce fait de mauvaise organisation ou de fonctionnement défectueux, il y ait eu faute de la part d'un agent public*. », R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 2ème éd., p. 129.

[642] M. PAILLET, *op.cit.*, p.60.

[643] *Ibid*.

[644] « *Finalement, la considération de la prétendue faute consiste seulement à se demander si le trouble qui a été infligé à la victime est assez indu pour lui donner droit à indemnisation.* », M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 171, Paris, 1994, p. 589.

permet donc pas d'expliquer la disparition de la faute lourde dans le contentieux de la responsabilité de certains services publics. En revanche, la qualité du service de l'administration est une notion contingente dépendante à la fois des connaissances et des moyens dont dispose l'administration. Justifier l'existence de la faute lourde par la notion de service et non par la nature de l'activité en question permet de rendre compte du mouvement de substitution de la faute lourde par la faute simple dans les domaines où l'amélioration des conditions de travail et des savoir-faire exige une plus grande qualité du service rendu et donc nécessairement un régime de responsabilité plus souple.

II. La nature objective de la faute de service

174. La faute en droit de la responsabilité administrative ne peut être assimilée au concept civiliste de faute. La connotation morale de la faute civile lui confère un caractère irrémédiablement individuel[645]. Elle ne peut être que commise par un agent ou un particulier[646]. Or, très rapidement, ce n'est plus la conduite de tel ou tel agent au cours de son service que l'on examine pour reconnaître une faute de service et déclarer la personne publique responsable, mais le fonctionnement du service lui-même[647]. Ceci explique qu'aussi bien des auteurs classiques, dont les écrits précèdent l'édification d'un régime de responsabilité de la puissance publique pour faute, que des auteurs du milieu du XXème, pour lesquels la théorie de responsabilité administrative est avancée, doutent de la pertinence de la faute en droit de la responsabilité de la puissance publique. Hauriou concède dès 1896 que « *l'application des idées de faute, de délit, de quasi-délit aux personnes administratives est pleine de difficultés, non pas tant à cause de leur nature de personne morale, qu'à raison de leur caractère public* »[648]. Le même

[645] Du moins pendant tout le XIXème siècle et au XXème siècle jusqu'à la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs* reconnaissant la faute par un majeur dépourvu de discernement – voir l'article 489-2 du Code civil – et surtout les arrêts *Lemaire* et *Derguini* de la Cour de cassation du 9 mai 1984 qui dissocient la commission d'une faute de l'existence du discernement de l'auteur : « *Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si la mineure était capable de discerner les conséquences de tels actes, a pu, sans se contredire, retenir, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, que la victime avait commis une faute qui avait concouru* […] », Cass. assemblée plénière, 8 mai 1984, n°80-93481.

[646] La notion de faute collective en droit privé est une fiction pour combler l'impossibilité d'identifier le véritable auteur. La responsabilité du commettant pour la faute du préposé est un abus de langage, elle s'analyse davantage comme une obligation de garantie du fait du préposé.

[647] « *La faute de service n'est pas nécessairement liée à l'idée de faute d'un agent déterminé et identifié.* », P. DUEZ, *op.cit.*, p. 21.

[648] M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896, p. 55.

auteur écrit en 1900 que ce qui engage la responsabilité de l'administration, c'est « *le fait de service* » qui « *ne constitue pas une faute civile, mais un fait non détachable de l'acte administratif, par conséquent un accident dû au fonctionnement même de la machine administrative* »[649]. En 1931, Bonnard remarque qu'il s'agit de juger le service et non l'agent[650]. En 1949, sur l'analyse de la responsabilité administrative, Charles Eisenmann conclut que « *ce que l'on donne comme responsabilité pour faute est en réalité une responsabilité sans faute du responsable* »[651]. Enfin, dans son *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public* de 1951, Gérard Cornu affirme que « *la faute du service public n'est qu'un produit dégradé et altéré de la notion pure de faute* »[652], que « *la faute n'est pas le fondement de la théorie de la faute du service public* »[653] et enfin que « *la faute du service public n'est pas une véritable faute* »[654]. Bref, la faute de service n'a donc rien à voir avec la faute, elle n'a de lien qu'avec le service[655].

175. L'idée de service – le fait qu'au début du XXème siècle, la puissance soit devenue service – oblige l'administration à réparer le dysfonctionnement du service. Au fur et à mesure de la reconnaissance de la responsabilité pour faute de l'administration, les notions de faute de service ou de faute du service public semblent renvoyer au fonctionnement défectueux du service public. Plus les exigences en termes de qualité du service croissent, moins la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration doit être qualifiée. Ceci conduit à penser que, bien que fondée sur la faute, la responsabilité de la puissance publique tend à devenir une responsabilité objective. A cet égard, Hauriou considérait déjà que la notion de faute de service se réfère davantage à « *la notion très originale et très particulière de fait du service* »[656]. Cette objectivisation de la responsabilité de la puissance publique autour de la notion de

[649] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., 1900, p. 259.
[650] R. BONNARD, note sous CE, 25 janvier 1931, *Dame et Demoiselle Garcin, S.*, 1931, III, p. 98.
[651] C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, *op.cit.*, n°8.
[652] G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Edition Matot-Braine, 1951, p. 188.
[653] *Id.*, p. 257.
[654] *Id.*, p. 258.
[655] « *Or, on va le voir par les faits, par des décisions nombreuses de la jurisprudence qu'aujourd'hui la responsabilité de l'Etat ne se rattache aucunement à l'idée de faute.* », L. DUGUIT, *op.cit.*, p. 231 ; « *La faute de service constitue un élément de la définition du dommage indemnisable et non pas une critique du fait commis par l'Administration.* », R-E. CHARLIER, « Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative », *JCP*, 1947, I, n°7, p. 650.
[656] M. HAURIOU, *Précis*, 12ème éd., 1933, p. 505.

service public est confirmée par le développement de la responsabilité sans faute de l'administration.

B. La responsabilité sans faute de la puissance publique et les dommages causés par le « bon fonctionnement du service public »

176. La responsabilité pour faute demeure le régime de droit commun de la responsabilité administrative[657]. Pourtant, les transformations de l'action publique et l'inadaptation de la faute à justifier la reconnaissance de la responsabilité de l'administration dans certaines situations ont conduit au développement des régimes de responsabilité sans faute. A la faute, se joignent le risque et l'égalité devant les charges publiques pour former « *le triptyque désormais classique* »[658] de la responsabilité administrative. Le professeur Maryse Deguergue souligne cependant le caractère artificiel de la distinction des fondements de la responsabilité de l'administration et rappelle que « *tout dommage causé par l'administration peut s'analyser en un dysfonctionnement administratif dont l'Etat doit garantir les conséquences dommageables par une sorte d'assurance mutuelle.* »[659]. Si, du point de vue de la théorie juridique, l'on peut douter de la rigueur de cette variation des fondements de la responsabilité de la puissance publique, la reconnaissance de fondements différant de la faute permet au juge administratif de mettre en place une responsabilité de plein droit de la puissance publique afin de pallier aux dommages causés par la bonne marche des services publics. Par ailleurs, la distinction du risque et de l'égalité devant les charges publiques n'est pas purement arbitraire puisqu'elle renvoie à deux types différents de dommages causés par l'action ou l'inaction de l'administration : les dommages accidentels (I) et collatéraux (II) du bon fonctionnement du service.

---

[657] « *La responsabilité pour faute n'a donc pas dit son dernier mot. Ceci explique qu'elle reste le droit commun de la responsabilité administrative.* », L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, Paris, 1978, p. X.
[658] M. DEGUERGUE, « Responsabilité administrative », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1350.
[659] *Ibid.*

I. La responsabilité fondée sur le risque et les accidents d'un service public régulier

177. Si la faute en droit de la responsabilité administrative renvoie à un dysfonctionnement du service public, l'utilisation d'un autre fondement à la reconnaissance de la responsabilité de l'administration, par le juge administratif ou le législateur, révèle, au contraire, l'impossibilité de se référer au défaut du service. L'apparition du risque et le développement de la responsabilité des dommages causés aux collaborateurs bénévoles du service public, d'une part, puis de la responsabilité de l'administration du fait des choses dangereuses ou des méthodes dangereuses, d'autre part, découlent de la nécessité de réparer les dommages causés, contre la volonté de l'administration, mais en dépit de tout dysfonctionnement du service concerné. Le non-recours à la faute comme fondement de la responsabilité signifie que la liaison avec un quelconque dysfonctionnement du service public est une fiction injustifiable. Le dommage concerné résulte d'un accident à proprement parler dont l'occurrence n'est pas dissociable de la bonne marche du service public. L'activité de la puissance publique a généré un dommage sans qu'aucune obligation administrative incombant à l'organisation et au fonctionnement du service n'ait été violée. A cet égard, Hauriou affirme dès 1896, alors que la responsabilité de la puissance publique est embryonnaire, que « *les choses se passent comme si l'Etat gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs.* »[660]. L'on peut même considérer que le dommage qu'il appartient à l'administration de réparer résulte nécessairement de l'organisation et du fonctionnement ordinaires du service. N'est-ce pas ce qu'Hauriou exprime lorsqu'il écrit un peu plus loin dans l'article de 1896 que « *le seul fait à établir en justice sera le préjudice ou le dommage, puisque sa spécialité résulte du caractère même de l'opération ; il n'y aura point à invoquer de faute de la part des agents de l'administration ; outre que bien souvent il n'en aura pas été commis, l'administration s'étant strictement tenue dans son droit, alors même qu'il en aurait été commis une, les conséquences en disparaitraient devant la considération supérieure des risques spéciaux de l'opération.* »[661] ?

[660] M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *op.cit.*, p. 51.
[661] *Id.*, p. 52.

178. Le remplacement de la faute par le risque au fondement de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par les mineurs délinquants en 1956, par l'arrêt *Thouzellier*[662], est révélateur de cette corrélation entre la bonne marche d'un service public et l'occurrence de certains dommages. L'utilisation par l'administration de nouvelles méthodes libérales pour la réinsertion des mineurs délinquants conduit en effet le juge administratif à considérer que l'esprit même du service peut causer certains dommages que l'on ne peut imputer au mauvais fonctionnement de celui-ci. L'occurrence exceptionnelle d'un dommage causé à un tiers par un mineur en voie de rééducation peut même être considérée comme la preuve, ou du moins le signe, que l'administration met bien en œuvre les nouvelles méthodes libérales, plus ambitieuses, et donc nécessairement plus risquées, mais pour lesquelles l'exécutif a opté. Si, en l'espèce, l'administration concernée avait contourné les obligations nouvelles incombant aux services éducatifs, et que le mineur avait été maintenu dans un établissement entièrement fermé, le dommage n'aurait pas eu lieu. Le Conseil d'Etat, le 3 février 1956, prend acte de cette prise de risque nécessaire à la bonne marche du service puisqu'il conclut que « *la responsabilité du service public en raison des dommages causés aux tiers dont il s'agit par les pensionnaires de ces établissements ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration, mais découle des conditions mêmes dans lesquelles fonctionne le service* »[663].

II. La responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques et les dommages collatéraux du bon fonctionnement du service public

179. Les régimes de responsabilité fondés sur l'égalité devant les charges publiques permettent à l'administration de prendre en charge les dommages anormaux et spéciaux causés par des actes administratifs réguliers (donc en dehors de toute faute commise par le service) mais inéluctables à la bonne marche des services publics. L'assurance assumée par la puissance publique est alors la même que celle qu'évoquait Hauriou en 1896 et qu'il associait déjà aux services publics : « *l'idée d'une assurance pareille procède logiquement de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques* […] *ces indemnités compensatrices peuvent très bien être censées versées par une sorte de*

[662] CE, 3 février 1956, *Min. justice contre Thouzellier*. *Rec*., p. 49.
[663] *Ibid*.

caisse d'assurance mutuelle associée aux services publics, alimentée par des primes incorporées à l'impôt. »[664]. Il faut néanmoins distinguer la responsabilité sans faute de l'administration pour des dommages causés par des actes administratifs de refus de celle engagée par les autres actes administratifs réguliers. Dans le premier cas, la jurisprudence *Couitéas*[665] permet à l'administration de prendre en compte des menaces de troubles à l'ordre public pour ne pas assurer l'exécution d'une décision de justice mais toujours dans l'intérêt général[666]. L'indemnisation du dommage causé au Sieur *Couitéas* est donc justifiée par la différence entre le résultat auquel conduirait le fonctionnement ordinaire du service public de la justice et son fonctionnement extraordinaire justifié par des atteintes potentielles à l'ordre public. Dans le second cas, la bonne marche d'un service public oblige à prendre un acte régulier qui crée un dommage anormal et spécial qui ne saurait être supporté par un administré en particulier. Si le dommage à indemniser est relativement aisé à identifier pour les actes de refus puisqu'il suffit de constater la différence entre le fonctionnement ordinaire et l'inexécution exceptionnelle du service public, il est beaucoup plus difficile d'accepter de réparer les dommages causés par l'exécution même du service public, en dehors du cas des accidents alors pris en charge sur le fondement de la responsabilité pour risque.

180. Les régimes de responsabilité sans faute permettent donc à l'administration de prendre en charge les dommages causés par le bon fonctionnement des services publics ou pour la marche nécessaire des services publics. La distinction des régimes fondés sur le risque de ceux fondés sur l'égalité devant les charges publiques est par ailleurs utile pour identifier deux types de dommages. Les dommages pris en charge sur le fondement du risque ne sont pas totalement improbables mais l'administration aurait tout mis en œuvre pour les éviter si elle avait été en mesure de prévoir leur occurrence. Ils sont accidentels. En revanche, les dommages indemnisés sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques sont souvent qualifiés de « *permanents* »[667] mais ce qui les définit est davantage leurs caractères prévisibles voire certains, acceptés et assumés par l'administration au nom de la bonne marche des services publics qui se confond alors avec l'intérêt général.

---

[664] M. HAURIOU, *RDP* 1896, *op.cit.*, p. 51.

[665] CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Rec*., p. 789.

[666] L'intérêt général ici se confond avec le bon fonctionnement du service public de la justice puisque celui-ci ne saurait provoquer des troubles à l'ordre public.

[667] « *Les dommages qu'on qualifie de* "permanents" *sont ceux qui ont une certaine durée, et dont l'administration a accepté l'éventualité. Ils ne sont jamais accidentels*. », G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, 8ème éd. 2015, Paris, p. 466, n°492.

Qu'ils soient fondés sur la faute ou non, l'étude des régimes de responsabilité de la puissance publique invite bien, comme l'expose Monsieur Guénaire, à une « *définition de la responsabilité administrative par la notion de service public* »[668].

§2 - L'autonomie relative du droit de la responsabilité de la puissance publique par la notion de service public

La notion de service public remplit deux fonctions à l'égard de la responsabilité administrative : elle unifie le droit de la responsabilité administrative (I) sans contrarier l'alignement des principes fondamentaux de la responsabilité de la puissance publique sur les principes libéraux émanant du Code civil (II).

A. L'unification du droit de la responsabilité publique par la notion de service public

Le service public n'est pas à l'origine du droit de la responsabilité administrative puisque le contentieux de l'indemnisation s'est développé à l'occasion des dommages causés par les travaux publics de l'administration. Pour autant, au cours de la seconde partie du XIXème siècle, l'avènement du service public permet au contentieux de la responsabilité administrative de devenir un véritable droit de la responsabilité des collectivités publiques. L'idée de service public fournit, d'abord, aux contentieux de la responsabilité des règles spécifiques dont le caractère est économique (I). Ensuite, le développement des services publics et le travail de la doctrine, à la grande époque du service public, accompagnent la généralisation de la responsabilité de la puissance publique (II).

I. La spécificité économique des règles du contentieux de la responsabilité administrative à partir de l'idée de service public

181. Bien avant l'arrêt *Blanco*, les principes propres à la responsabilité administrative affleurent au gré de la jurisprudence relative à des activités de l'administration qualifiées de services administratifs. Dès 1850, un litige relatif au préjudice causé à des particuliers pour la perte de marchandises chargées sur des paquebots à vapeur de l'Etat

[668] M. GUENAIRE, *La fonction unificatrice de la notion de service public*, thèse, Lille, 1986, p. 321.

donne lieu à un arrêt du Tribunal des conflits *Asnif-Loutfyan*[669]. Il convient de reproduire les conclusions du Commissaire du gouvernement Cornudet qui révèlent, vingt-trois ans avant l'arrêt *Blanco*, que les règles de compétence et de fond propres à la responsabilité administrative sont justifiées par les activités de service public. Surtout, il s'avère que les premières activités à la fois qualifiées de « *service public, service administratif* » – et entraînant la reconnaissance de la responsabilité de la puissance publique selon des règles propres au droit administratif – sont des échanges économiques de nature commerciale : « *L'établissement des paquebots à vapeur sur la Méditerranée n'a pas été de la part de l'Etat, le résultat d'une pensée de spéculation : ce service a été organisé dans le but d'imprimer le plus grand développement à nos relations commerciales, à notre marine, à notre influence politique, c'est un service essentiellement d'intérêt public.* […] *Si c'est là un service public, un service administratif, l'Etat ne peut pas l'accomplir à titre privé ; et la conséquence, c'est que s'il y a une condamnation à prononcer contre l'Etat à raison de ce service, à l'autorité administrative seule il appartient de le faire, car seule elle a qualité pour apprécier les actes accomplis par l'Etat dans l'exécution d'un service public.* »[670]. Et le Tribunal des conflits de statuer : « […] *en autorisant l'administration des paquebots* […] *à transporter certaines charges pour des particuliers, ont entendu subordonner cette opération aux nécessités et aux règles qui affectent le service public, objet de cet établissement.* »[671]. La spécificité de la responsabilité de la puissance publique trouve donc son origine dans les activités commerciales de l'Etat, qualifiées de service administratif mais qui s'apparentent avant tout à des échanges économiques. Le Tribunal des conflits opte, dans la décision *Asnif-Loutfyan*, pour la compétence de la juridiction administrative et l'application de règles spécifiques pour des activités de l'administration davantage assimilables à de la gestion d'affaires commerciales qu'à des actes de souveraineté. La coïncidence entre les notions de service et d'échange est confirmée par le caractère économique et industriel des activités de l'administration postale et de la manufacture à tabac qui donneront lieu aux deux arrêts fondateurs de la responsabilité administrative *Rothschild*[672] et *Blanco*. Le service public, prisme par

[669] TC, 26 juin 1850, *Asnif-Loutfyan*, *S.*, 1850, pp. 679 à 682.
[670] *Ibid*.
[671] *Ibid*.
[672] « […] *que ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particuliers à particuliers ; que, notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'État en cas de faute, de négligence ou d'erreurs commises par un agent*

lequel s'est développée la théorie de la responsabilité civile de la puissance publique et que l'on retrouve dans les trois arrêts précités[673] revêt bien une connotation économique.

II. La généralisation du droit de la responsabilité de la puissance publique à l'époque du service public

182. Le développement des services publics et le potentiel de systématisation du droit de la responsabilité publique contenu dans la notion de service public expliquent le double mouvement de généralisation et de théorisation du droit de la puissance publique. Nombre d'auteurs associent le changement du rôle de la puissance publique à la fin du XIXème siècle, et notamment le développement des services publics, à la reconnaissance de plus en plus nécessaire et fréquente de la responsabilité de l'administration[674]. Le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence se traduit par la multiplication des services publics dans les domaines économiques et sociaux et accroît mécaniquement le nombre de dommages causés par l'administration. Ceci explique que les régimes de responsabilité de l'administration se développent au gré de l'occurrence croissante des dysfonctionnements des services publics soumis à la juridiction administrative. Le contentieux de la responsabilité extracontractuelle et contractuelle des personnes publiques fournit à la jurisprudence administrative les grands arrêts de consécration de la notion de service public. Que l'on se réfère aux arrêts *Blanco*, *Terrier* ou *Thérond*, tous résultent du contentieux de la responsabilité. Au tournant du XXème siècle, la construction de la notion de service public procède donc du contentieux de la responsabilité administrative.

183. L'unité du contentieux de la responsabilité de la puissance publique découle également du travail de théorisation du droit de la responsabilité administrative à partir

---

de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service […] », CE, 6 décembre 1955, *Rotschild*, Rec., p. 707.

673 « *Si c'est là un service public, un service administratif, l'Etat ne peut pas l'accomplir à titre privé* », arrêt *Asnif-Loutfyan*, *op.cit.* ; « *Cons. que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours*, […] *que ces rapports, ces droits, et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil* […] », arrêt *Rothschild*, *op.cit.* ; « *Cons. que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil* […] », arrêt *Blanco*, *op.cit.*

674 « *Mais le développement rapide des services publics dans le contexte d'un Etat interventionniste a rendu plus fréquentes et plus graves les causes de préjudices : c'est un lieu commun sur lequel il est inutile de s'étendre.* », M. DEGUERGUE, 1994, *op.cit.*, pp. 74 et 75.

de la notion de service public. En 1899, dans *La Gestion administrative*, Hauriou consacre une grande partie de ses développements au contentieux de la responsabilité de l'administration qui inspireront au Commissaire du gouvernement Romieu ses conclusions de l'arrêt *Terrier*[675]. Puis, l'extension de la notion de service public opérée par l'arrêt *Thérond* a lieu à la suite de la parution de *La responsabilité de la puissance publique* en 1906 de Tessier[676]. Un peu plus tard, c'est sur l'originalité de la faute de service public que Paul Duez et les « *doctrinaires de l'Ecole du service public* » s'appuient pour édifier une théorie de la responsabilité de la puissance publique et alimenter la thèse de l'autonomie du droit administratif. Ainsi le professeur Maryse Deguergue relève « *la symbiose entre le service public et la responsabilité administrative* »[677]. Le critère du service public a été consacré au gré du développement du contentieux de la responsabilité administrative mais l'unité de celle-ci a été forgée autour de la notion de service public au fil des conclusions des Commissaires du gouvernement et des travaux de la doctrine.

L'unité du droit de la responsabilité de la puissance publique puise donc ses sources dans la notion de service public, mais l'idée de service permet corrélativement l'alignement des règles de la responsabilité civile de la puissance publique sur des principes d'origine civiliste et conformes à la pensée libérale.

B. L'autonomie menacée de la responsabilité de la puissance publique

Condition de l'autonomie du droit administratif, l'alignement du droit de la responsabilité de la puissance publique sur les principes libéraux du Code civil (I) fait également courir le risque de la désinstitutionalisation de la responsabilité publique (II) comme l'illustre l'irruption récente de la garde dans le droit de la responsabilité administrative par le service public.

---

[675] CE, 6 février 1903, *Terrier*, *S.*, 1903, III, p. 26.

[676] « *L'extension continue de la notion de service public au XXème siècle prend ses sources à partir du tout début du XXème siècle notamment par la parution du livre de Teissier en 1906* "La responsabilité de la puissance publique", *puis par les conséquences de la fin de la guerre de 1914/1918.* », X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, BDP, tome 206, Paris, 2001, p. 396.

[677] M. DEGUERGUE, « Responsabilité administrative », *in* D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 1347.

I. L'alignement de la responsabilité du droit de la puissance publique sur les principes civilistes : prix de l'autonomie du droit administratif

L'existence d'un principe « foncièrement » commun au fondement des régimes privés et publics de la responsabilité (a) ne condamne pas nécessairement l'autonomie institutionnelle du régime de responsabilité de la puissance publique (b).

a. L'idée de service au fondement des régimes civilistes et administratifs de la responsabilité

184. Les auteurs, dont les travaux ne se limitent pas à une étude des droits positifs, soulignent la coïncidence entre les responsabilités civiles en droits public et privé. Elles seraient toutes les deux fondées sur la relation entre charges et avantages contenue dans l'idée de service. La thèse unitaire de la responsabilité publique et privée est défendue aussi bien par des auteurs classiques tels MM. Waline[678], Chapus[679] ou Cornu[680] que par des auteurs plus iconoclastes tel M. Luchet[681] ou encore par le théoricien, pourtant normativiste, « *le plus décisif de la grande transformation libérale du droit administratif* »[682] : Charles Eisenmannn[683]. Leurs conclusions résultent d'une analyse abstraite dont le risque « *d'intellectualisation abusive* »[684] est à prendre en compte, mais obligent à revenir sur la signification du dogme de l'autonomie de la responsabilité administrative.

185. La thèse du professeur René Chapus est consacrée à la comparaison des régimes de responsabilité civile en droit public et en droit privé[685]. Pour l'auteur, le constat est clair : les règles qui constituent les régimes de la responsabilité publique et de la

[678] J. WALINE, *Recherche sur l'application du droit privé par le juge administratif*, thèse, Paris, 1962.
[679] R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, *op.cit*.
[680] G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, thèse, Paris, 1949.
[681] J. LUCHET, *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, thèse, Nancy, 1935.
[682] « *Charles Eisenmann fut selon nous le théoricien le plus décisif de l'une des plus importantes mutations de notre droit public, le penseur – et donc l'un des acteurs déterminants en son domaine – de ce qu'il est possible de nommer la grande transformation libérale du droit administratif français.* » N. CHIFFLOT, « Avant-propos », *in* C. EISENMANN, *Ecrits de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2013, p. IX.
[683] C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, n°742 et 751.
[684] M. PAILLET, *op.cit.*, p. 242.
[685] R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, *op.cit*.

responsabilité privée sont « *à quelques détails près, et à coup sûr pour l'essentiel, identiques* »[686]. Ce rapprochement n'a pas lieu d'être uniquement pour le fondement des responsabilités publique et privée qui s'apparente, dans les deux contentieux, à une « *garantie* »[687], elle-même justifiée par « *l'idée qu'il doit y avoir une corrélation entre les avantages et la charge des risques d'une activité ou d'un état des choses quelconque* »[688]. Le parallèle entre le droit public et le droit privé de la responsabilité vaut également pour l'aménagement technique des régimes de responsabilité élaborés par les deux ordres de juridiction qui s'influencent réciproquement. Les différences, reconnaît M. Chapus, sont néanmoins de deux ordres. « *Formelles* »[689], d'une part, puisque les solutions du juge judiciaire sont commandées par l'article 1134 du Code civil alors que le juge administratif s'interdit de s'y référer explicitement. Matérielles ou pécuniaires, d'autre part, car l'auteur regrette « *le moindre libéralisme* »[690] du juge administratif dont les décisions sont moins favorables aux victimes.

Les conclusions de M. Chapus rejoignent la position de Charles Eisenmann dont l'étude publiée en 1949 sur « *Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques* »[691] et le cours de doctorat de l'année 1953-1954, ont également pour objet la comparaison des droits public et privé de la responsabilité « *civile* ».

186. Dans un premier temps, pour contester les conclusions des auteurs classiques attachés « *au dogme de l'autonomie du droit de la responsabilité publique* », Charles Eisenmann accepte partiellement les analyses de ces derniers selon lesquels les deux fondements principaux du droit de la responsabilité publique sont la faute de service public et le risque administratif[692]. Etant établi, d'une part, que les fondements de la

---

[686] R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 263.

[687] « […] *les régimes public et privé de la responsabilité civile, cette responsabilité s'analyse juridiquement en une* "garantie", *c'est-à-dire que l'obligation de réparation est mise à la charge de la personne à qui elle incombe sans qu'aucune faute, commise par elle, soit exigée ; d'autre part, dans ces deux domaines, cette obligation de garantie est justifiée par l'idée qu'il doit y avoir une corrélation entre les avantages et la charge des risques d'une activité ou d'un état de chose quelconque, selon le principe d'équité qu'exprime l'adage classique :* "UBI emolumentum, ibi et onus esse debet". », R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 342.

[688] *Ibid*.

[689] R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 263.

[690] « *On le voit, ces différences témoignent du moindre libéralisme avec lequel le Conseil d'Etat assure la protection de l'intérêt des victimes* […] », R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 554.

[691] C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, n°742 et 751.

[692] « *Supposons d'abord admise la thèse classique ; A première vue, il paraît en résulter immédiatement et sans discussion que les deux droits ne présentent aucune différence essentielle sur ce point des fondements de la responsabilité : selon cette thèse, la responsabilité a pour fondement tantôt l'idée de*

responsabilité en droit privé sont également la faute et le risque, et, d'autre part, que les auteurs s'accordent à ne reconnaître aucune différence essentielle entre le risque civil et le risque administratif[693], l'autonomie de la responsabilité administrative ne repose que sur la spécificité de la faute de service public[694]. La théorie de la faute de service qui consiste à considérer le service comme une « *entité, unité abstraite, une sorte d'être réel* »[695] a son équivalent en droit privé. L'auteur prend alors pour exemple la survenue d'un accident dans « *un grand magasin* »[696] appartenant à une société puis à un patron individuel pour considérer que la responsabilité civile des personnes morales et la responsabilité individuelle des commettants donneraient lieu à la même solution qu'en droit public sur le fondement de fautes également « *anonymes, non individualisées* »[697]. Surtout, Charles Eisenmann rejoint Marcel Waline pour considérer que la relation causale sous-jacente à la soi-disant « *faute de service public* » ou à ses équivalents en droit privé s'apparente à une obligation de garantie et non à une véritable faute. Or, soulignent les deux auteurs, cette obligation de garantie qui fonde la prétendue responsabilité pour faute est analogue à la responsabilité des commettants pour le fait de leurs préposés issue du Code civil[698]. La thèse de l'originalité de la responsabilité administrative n'en est pas moins invalidée.

187. Dans un second temps, Charles Eisenmann ne se satisfait pas d'une analyse des fondements immédiats des régimes de responsabilité que constituent la faute et le risque, qu'il considère davantage comme des conditions d'application de règles concrètes propres à un régime juridique que comme la raison fondamentale qui justifie un système de responsabilité. Afin d'amorcer une théorie de la responsabilité publique,

---

faute, tantôt l'idée de risque. », C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *op.cit.*, p. 14.

693 « […] *ces auteurs ne contestent à aucun degré que le* "risque privé" *ou* "civil" *et le* "risque administratif" *soient essentiellement une même chose* […] », *ibid.*

694 « *Mais pour l'autre principe – la faute – la question est plus complexe. On ne peut la tenir pour tranchée sans avoir évoqué et examiné une thèse chère à cette doctrine : la "*théorie de la faute du service public"*. Selon le droit public, exposent les auteurs, la notion de faute est tout à fait originale.* », *ibid*.

695 *Ibid.*

696 *Ibid.*

697 « *Mais dès lors que l'analyse est rectifiée, il apparaît que, contrairement à ce que l'on affirme, en droit privé se retrouve l'homologue parfait des fautes du service public : les fautes* "anonymes", *non individualisées ; il y a pourrait-on dire, si l'on retenait cette terminologie, une* "faute du service privé". », *ibid.*

698 « *Référons-nous maintenant à la thèse de M. Waline : la responsabilité publique aurait pour fondement toujours et uniquement une obligation de garantie des collectivités responsables envers les particuliers. Il est certain – M. Waline lui-même l'indique – qu'il en irait de même pour certaines règles de responsabilité du droit privé, principalement pour la responsabilité des maîtres et commettants, puisqu'ils ne peuvent s'exonérer en établissant qu'aucune faute commise par eux n'est intervenue dans la production du dommage. Le droit public ne présenterait donc aucun principe original de responsabilité.* », *ibid.*

l'auteur entreprend une étude « *à peu près unique* » dans l'œuvre d'un auteur normativiste et positiviste[699]. Eisenmann recherche les explications « *morales* » ou « *politiques* » des règles essentielles du droit de la responsabilité civile de l'administration. Afin de saisir les éléments primordiaux d'un système de responsabilité, il faut rechercher les « *fondements médiats* »[700] et les fonctions du système étudié. Les premiers renseignent sur la raison principale qui justifie le système de responsabilité et ne peuvent être « *qu'un principe, une maxime, une norme* "métajuridiques" »[701]. Les secondes révèlent les finalités du système de responsabilité et permettent ainsi d'envisager la responsabilité comme l'instrument « *d'une politique juridique et législative* »[702]. S'agissant des fondements de la responsabilité, Charles Eisenmann reprend la démarche de Marcel Waline pour qui la responsabilité de la puissance publique n'aurait jamais pour fondement la faute mais serait, en revanche, toujours justifiée par une obligation de garantie de la collectivité publique envers ses administrés. Cela étant, il convient, selon Charles Eisenmann de pousser l'abstraction un peu plus loin car la notion de garantie ne peut véritablement constituer un fondement de la responsabilité. Ce qui fonde la responsabilité des personnes publiques et qui est sous-jacent à l'idée de garantie est la corrélation entre avantage et charge que procure l'activité de la personne publique[703]. Or, cette corrélation est identique à celle qui fonde la responsabilité des maîtres et des commettants visée par l'article 1384 du Code civil. La thèse de l'originalité de la responsabilité administrative ne résiste pas à une réflexion qui ne se restreint pas à l'analyse positiviste.

Les fonctions de la responsabilité publique ne permettent pas plus que son fondement, selon Charles Eisenmann, de la distinguer radicalement de la responsabilité privée puisque, principalement, la responsabilité des collectivités publiques joue le rôle

---

699 « *Une telle recherche sur le fondement* "moral" *ou* "politique" *d'un régime juridique est à peu près unique dans son œuvre en droit administratif.* », N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2009, p. 372, n°822.

700 C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *op.cit.*, p. 1.

701 « *En fin de compte, cette raison ne peut être qu'un principe, une maxime, une norme* "métajuridiques", *par exemple morale,* […] », *ibid*.

702 *Ibid.*

703 « *Quant au fondement médiat, c'est le principe que celui qui tire le profit d'une chose doit supporter la charge des dommages qu'elle peut causer à autrui, c'est-à-dire encore la maxime de corrélation entre avantage et charges éventuelles.* », C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *op.cit.*, p. 6.

d'assurance et constitue secondairement le prix à payer pour exercer une activité, tout comme en droit privé[704].

188. L'originalité de la responsabilité publique n'est donc, pour une partie de la doctrine qui se concentre sur les principes fondamentaux qui la régissent, que relative voire superficielle. Pour ces mêmes auteurs, les systèmes de responsabilité s'expliquent par le rétablissement nécessaire de l'équilibre entre avantages et charges inhérent à toute activité d'échange qu'elle soit privée ou publique. Or, cette justification n'est pas d'ordre principalement juridique, elle est d'abord économique. Elle s'est développée en droit civil, puisque la sphère privée est le lieu privilégié des échanges économiques mais elle a été importée en droit public par l'idée de service. C'est ce que souligne Just Luchet dans sa thèse[705] qui fait « *à l'époque une sorte de scandale parmi les juristes* »[706] dans la mesure où elle critique frontalement le bien-fondé de la jurisprudence *Blanco*, emblématique de l'originalité des règles de la responsabilité de la puissance publique, au moment où une bonne partie des publicistes s'emploie à développer la thèse de l'autonomie du droit de la responsabilité publique. Pour nier toute originalité à la responsabilité administrative, Just Luchet considère la responsabilité du « *maître du service – privé ou public* »[707]. Pour l'auteur, la responsabilité administrative s'explique par « *la garantie* […]*, la contrepartie, le contrepoids de la puissance, elle est le devoir du pouvoir – et singulièrement de ce double potentiel d'utilité et de nocivité pour autrui que constitue le service* »[708]. Ce lien de service qui responsabilise ne diffère pas du droit privé puisque « *quelles que soient les règles internes du service, ce qui seul importe en droit public comme en droit privé, c'est l'existence d'un lien de service en vertu duquel : la personne serviteur agit sous l'autorité et pour le compte de la personne maître* »[709]. C'est donc bien le service qui

[704] « *Dans l'immense majorité des cas, cette responsabilité présente le caractère d'une responsabilité – assurance, assurance au bénéfice des particuliers contre les risques des activités exercées pour le compte des personnes publiques* […]. *Un seul cas fait exception : celui où cette dette se rattache à l'égale répartition des charges publiques : alors en effet, elle apparaît comme un prix à payer à la collectivité, pour une activité, pour des mesures régulières, régulières même si elles sont anormales.* », C. EISENMANN, *op.cit.*, p. 11.
[705] J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, thèse Nancy, 1935.
[706] M. WALINE, « Préface de Marcel Waline », *in* R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 7.
[707] J. LUCHET, *op.cit.*, p. 52.
[708] *Id.*, p. 57.
[709] *Id*., p. 228.

véhicule « *la corrélation entre avantages et charges* »[710] qui fonde pour Charles Eisenmann la responsabilité publique et une partie de la responsabilité privée.

189. L'autonomie de la responsabilité de la puissance publique a été érigée en dogme par les tenants de l'école du service public – mais pas seulement – au début du XXème siècle, alors que justement l'alignement des règles applicables à la puissance publique sur des principes d'origine civiliste et conformes aux exigences du libéralisme aurait pu contrarier le développement du droit administratif et la compétence d'un juge administratif. La responsabilisation de la puissance publique n'a-t-elle pas été revendiquée dès la fin du XIXème siècle par la Cour de cassation et les auteurs civilistes ? Le nécessaire mouvement libéral d'encadrement de la puissance publique par sa responsabilisation ne risquait-il pas d'entraîner sa soumission au Code civil et, à terme, la disparition du juge administratif ? Non, car la condition indispensable à l'accomplissement de la Révolution libérale en France, au déploiement du libéralisme dans l'ancienne monarchie absolue, était le respect du principe « *illibéral* »[711] de la séparation des autorités administratives et judiciaires. La séparation des pouvoirs, la soumission de l'Etat au droit, le respect par la puissance publique des droits et libertés individuels, bref la traduction juridique du libéralisme politique exigeait un préalable : la soustraction de l'action de la puissance publique au juge judiciaire. A partir de là, le développement d'un droit propre, appliqué par un juge, certes particulier, mais de moins en moins retenu, était la seule voie possible à la conversion du droit applicable à la puissance publique aux exigences du libéralisme. Puisque les membres du Conseil d'Etat et les principaux tenants de la doctrine adhéraient aux idées libérales[712], ils étaient résolus à défendre à la fois l'existence d'un droit administratif, et en l'occurrence un droit de la responsabilité administrative, dont l'originalité des règles par rapport à celles existant en droit civil était aussi peu éclatante que le dogme de l'autonomie mythifiée de la responsabilité administrative s'avérait nécessaire.

---

[710] « *Ainsi, selon l'auteur, le fondement médiat de la responsabilité administrative est essentiellement un* "principe de corrélation entre avantage et charges". », N. CHIFFLOT, *Le droit de Charles Eisenmann*, *op.cit.*, p. 372, n°823.

[711] « *Le problème est en effet que deux types d'histoires se sont depuis longtemps opposés et ignorés, dessinant deux France fort différentes : d'un côté, une histoire des idées, surtout attentive aux discours et à la forme légale des institutions, qui met l'accent sur la tradition centralisatrice et souligne la permanence de la tentation illibérale liée à l'absolutisation de la souveraineté du peuple et aux prétentions d'un Etat instituteur de la société* […] », P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 2004, p. 11.

[712] « *Entre un libéralisme de tendance individualiste (très vite en perte de vitesse) et un libéralisme d'esprit* "étatiste", *c'est le second qui fournit à l'époque le contingent majeur de publicistes et de juristes, ouvrant eux-mêmes la voie à la conception républicaine.* », L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 352.

b. L'autonomie institutionnelle de la responsabilité administrative

190. Le rapprochement entre la responsabilité de l'administration et la responsabilité en droit privé n'est pas établi par les seuls défenseurs de la thèse unitaire de la responsabilité. Le professeur Paillet, dont l'objet de la thèse est, au contraire, de démontrer que l'originalité du droit de la responsabilité de la puissance publique provient de la faute du service public, critique la démarche de ces derniers et en particulier celle de Charles Eisenmann. Il dénonce une « *fuite en avant dans l'abstraction* »[713] par une théorie qui « *gagne en cohésion ce qu'elle perd en réalisme* »[714] et finalement « *séduit l'esprit mais ne convainc pas réellement l'analyste* »[715]. Cependant, il reconnaît que l'apport de ces travaux est « *tout à fait remarquable* »[716] dans la mesure où ceux-ci ont permis de faire la distinction entre l'originalité de la responsabilité de la puissance publique et son autonomie par rapport au droit civil, « *l'une n'allant pas forcément de pair avec l'autre* »[717]. Dès lors, à considérer que le fondement des responsabilités publique et privée est foncièrement identique et contenu dans l'idée économique de service, qu'est-ce qui constitue l'autonomie de la responsabilité administrative ? Certes, l'autonomie formelle du droit de la responsabilité administrative qui consiste à écarter la placidité de l'article 1134 du Code civil pour lui préférer l'éclat d'un arrêt *Blanco* peut alimenter le mythe de l'autonomie de la responsabilité administrative. Mais en dehors d'André de Laubadère, rares sont les auteurs publicistes à se satisfaire de la spécificité des sources textuelles ou juridictionnelles pour proclamer l'autonomie du droit administratif. Pour saisir ce qui distingue la responsabilité civile de celle de la puissance publique, il faut quitter l'abstraction et faire preuve d'un peu de « *réalisme* », comme le suggère le professeur Paillet. L'autonomie de la responsabilité de la puissance publique procède de son organisation et de sa concrétisation qui lui confère un caractère institutionnel. Même si le fondement de la responsabilité de la puissance publique est l'idée de service économique qui anime la société marchande, la reconnaissance de la responsabilité de la puissance publique n'aura jamais l'inconsistance de celle « *d'un grand magasin* », ne

[713] M. PAILLET, *op.cit.,* p. 243.
[714] *Id.,* p. 242.
[715] *Ibid.*
[716] *Id.,* p. 241.
[717] *Ibid.*

serait-ce qu'en raison de la nature de la personne responsable. Quand l'Etat, une collectivité publique et même un Centre hospitalier universitaire ou une université sont reconnus responsables, ce n'est pas une simple organisation mais, d'une certaine manière et dans une certaine mesure, la collectivité qui est mise en cause. La personne publique, sujet de la responsabilité de la puissance publique lui confère une dimension irréductiblement transcendantale. En outre bien qu'ils véhiculent cette relation économique entre avantages et charges, les fondements de la responsabilité publique : le risque, l'égalité devant les charges publiques et la faute du service public renvoient par leur qualification même à une certaine forme de solidarité organique qui anime la société politique.

II. La désinstitutionalisation de la responsabilité administrative par le service public

L'intrusion du concept civiliste de garde dans le droit de la responsabilité administrative (a) comporte un risque de désinstitutionalisation (b).

a. La pénétration du concept civiliste de garde dans le droit de la puissance publique

191. L'alignement des fondements de la responsabilité administrative sur les notions civilistes, à travers l'idée de service, est illustré par l'intrusion récente de la garde comme fondement de la responsabilité administrative. En 2005, alors que la garde, notion civiliste, était jusque-là « *presque inconnue du droit administratif* »[718], le Conseil d'Etat décide de remplacer le régime de responsabilité pour faute prouvée, pour les dommages causés par des mineurs en danger et placés à ce titre dans des établissements éducatifs spécialisés, par un régime de responsabilité sans faute fondé sur la garde. Aux conclusions de l'arrêt *GIE Axia courtage* du 11 février 2005[719], le Commissaire du gouvernement Devys propose de s'appuyer sur les caractéristiques du service de la

[718] « *Elle tient à l'irruption en 2005, et au développement fulgurant depuis lors, de la notion civiliste de* "garde" *presque inconnue du droit administratif jusque-là* […] », G. LEBRETON, « Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative », *D.*, 2007, p. 2817.
[719] CE, 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, *RFDA*, 2005, p. 595.

protection judiciaire de l'enfance pour justifier l'introduction de ce nouveau fondement à l'activité administrative[720].

192. Tout d'abord, ce service s'adresse aux mineurs en danger comme aux mineurs délinquants. Il semble alors injustifiable que les victimes de dommages causés par les premiers ne bénéficient que d'un régime de responsabilité pour faute alors que les dommages causés par les mineurs délinquants engagent la responsabilité sans faute de l'Etat. Ensuite, ce service n'est pas assuré directement par l'Etat mais par des établissements publics ou privés rattachés au département. Sur le fondement du risque, c'est l'Etat qui est condamné et non directement la personne qui assure le service. Le risque n'est donc pas pour le Commissaire du gouvernement le fondement le plus adapté à l'organisation du service concerné[721]. Enfin, toujours en référence à l'organisation du service public de la protection judiciaire de l'enfance, M. Devys souligne que la responsabilité des personnes privées qui participent au même titre que les personnes publiques à l'exécution de ce service peut être engagée, sur le fondement de la garde, devant les tribunaux judiciaires[722]. La garde semble donc être le fondement adapté à l'extension de la responsabilité sans faute en la matière. La privatisation organique du service public justifie pour le Commissaire du gouvernement l'alignement matériel du régime juridique du service sur le droit commun. En effet, le Commissaire du gouvernement fait explicitement référence aux travaux du professeur Guettier[723] qui mettent en évidence l'inadaptation du risque à l'évolution de l'organisation du service public[724]. C'est parce que l'activité administrative concernée est décentralisée et qu'elle est exécutée en partie par des personnes privées que le risque est un fondement inadapté et qu'il lui faut préférer la garde. La libéralisation organique de la puissance publique

---

[720] « […] *la situation actuelle est peu satisfaisante, il nous faut revenir un instant sur les caractéristiques du service public de la protection judiciaire de l'enfance* […] », C. DEVYS, concl. *GIE Axa Courtage, RFDA* 2005, p. 597.

[721] *Id.*, p. 599.

[722] « *Enfin les établissements privés, qui occupent une place importante dans le service public de la protection de l'enfance, reçoivent globalement les mêmes mineurs que ceux accueillis par les établissements publics, et exercent leurs fonctions dans des conditions qui ne sont pas différentes*. », *id*., p. 597.

[723] *Id*., p. 598.

[724] « *Le risque n'est pas propre à l'organisme d'accueil. Il est attaché au fonctionnement de l'ensemble du service public en cause. Or, en matière d'assistance éducative, l'Etat n'est pas seul à intervenir. Comme nous l'avons vu, les instances départementales constituent également un acteur de premier plan. Il ne faudrait pas que le choix d'un régime de responsabilité masque une telle réalité. Avec le développement de la décentralisation et l'accélération des transferts de compétence de l'Etat vers les collectivités locales, ces dernières ne seront plus seulement chargées de mettre en œuvre les politiques décidées ailleurs. Cette situation ne sera pas sans incidences sur la désignation des civilement responsables.* », C. GUETTIER, « *Quel régime de responsabilité administrative en cas de dommages causés aux tiers par un mineur placé au titre de l'assistance éducative ?* », *AJDA*, 2002, *op.cit.*, p. 1382.

qui puise sa dynamique dans la notion de service public, justifie l'intrusion de la garde en droit administratif. Le service public prescrit à la fois une certaine organisation de l'activité de la puissance publique et la mutation des fondements de la responsabilité administrative.

193. A la suite de l'arrêt de 2005, par un arrêt du 1er février 2006, *Garde des Sceaux contre Maif,* le Conseil d'Etat étend la responsabilité sans faute sur le fondement de la garde au contentieux des dommages causés par des mineurs délinquants, alors que seul le risque était depuis 1956, au fondement de celle-ci[725]. Afin de compléter le régime de responsabilité initialement fondé exclusivement sur le risque par le recours à la notion de garde, le Commissaire du gouvernement Guyomar rappelle les arguments formulés l'année précédente puis s'intéresse plus particulièrement aux modalités de financement du service public concerné. Selon M. Guyomar, si l'Etat demeure responsable sur le fondement du risque, il est mis deux fois à contribution car les frais de participation des organismes privés ou publics à l'exécution du service public, qu'il s'agisse des frais occasionnés par le placement du mineur ou des cotisations d'assurance, sont financés par l'Etat[726]. Selon le régime de responsabilité pour risque, l'Etat serait donc susceptible de payer deux fois : par le financement des primes d'assurance puis par les indemnités versées à la victime après condamnation par le juge administratif. Au travers du nouveau régime fondé sur la garde et sur le risque, la première condamnation du gardien ne donnerait pas nécessairement lieu à une action récursoire de celui-ci contre l'Etat. Le dédoublement du fondement du régime de responsabilité pourrait annoncer certaines économies pour le budget de l'Etat.

194. Afin de parvenir à cette analyse du fonctionnement du service public de la protection judiciaire de l'enfance, le Commissaire du gouvernement se réfère à « *la tarification des prestations fournies par les établissements* »[727] et financées par l'Etat. D'une activité de la puissance publique qu'il incombe à l'Etat d'assurer sur le fondement du risque, l'on passe à des prestations de services fournies par des prestataires pas nécessairement couverts par l'Etat. Si le Commissaire du gouvernement, dont la démarche a été partiellement suivie par le Conseil d'Etat[728],

[725] CE, 1er février 2006, *Garde des Sceaux contre Maif, RFDA,* 2006, p. 602.

[726] « *En réalité, il constitue la seule façon d'éviter que l'Etat soit mis deux fois à contribution.* », M. GUYOMAR aux conclusions de CE, 1er février 2006, *Garde des Sceaux contrat MAIF, RFDA,* 2006, p. 611.

[727] *Ibid*.

[728] La garde n'est en effet pas substituée au risque par le Conseil d'Etat, elle est seulement introduite comme fondement concurrent au risque pour engager la responsabilité administrative.

qualifie l'activité de l'administration concernée « *de prestations de services* », c'est à travers la notion de service. D'ailleurs, M. Guyomar propose, dans le cas où le gardien serait insolvable, de maintenir un régime subsidiaire de responsabilité de l'Etat susceptible d'être engagé de plein droit[729]. Pour justifier ce mécanisme subsidiaire de responsabilité, le Commissaire du gouvernement propose d'appliquer le système traditionnel de garantie en matière de concession de service public, en cas d'insolvabilité du débiteur principal. Le modèle de la concession de service public[730], c'est-à-dire cette forme d'organisation de l'action administrative libéralisée qui procède de la notion de service public, permet de consacrer la garde comme premier fondement de la responsabilité administrative et de reléguer le risque au rang de fondement subsidiaire[731]. L'alignement du régime administratif sur le droit commun s'appuie sur la notion de service public.

b. La banalisation néo-libérale de la responsabilité de la puissance publique

195. L'irruption de la garde dans le régime de la responsabilité de la puissance publique est principalement motivée, de l'aveu même des rapporteurs publics et sous l'œil incrédule de la doctrine, par l'objectif de rationaliser le financement de la responsabilité publique dans certains contentieux. La responsabilité demeure publique, mais il convient de la faire supporter par le gardien et non exclusivement par l'Etat. Dans une période où le mouvement de décentralisation consiste avant tout à alléger le budget de l'Etat pour accroître « les responsabilités » des collectivités territoriales, cette évolution de la responsabilité publique paraît presque insipide. Néanmoins, la réorganisation du financement de la responsabilité administrative dans le domaine de l'enfance en danger ne se résume pas à un simple aménagement technique, elle suppose un certain bouleversement théorique des fondements de la responsabilité administrative. Si l'objectif d'économiser quelques deniers publics au travers de la maîtrise des finances publiques est un devoir assigné aux gouvernants par l'article 15 de la *DDHC*, l'édification d'un régime juridique et, en particulier, l'agencement des fondements théoriques du système normatif sur des considérations exclusivement comptables

[729] M. GUYOMAR, *op.cit.*, p. 612.
[730] « *Un tel mécanisme de garantie subsidiaire de l'Etat existe, depuis le XIXème siècle en matière de concessions.* », *ibid.*
[731] Voir notamment dernièrement H. HABCHI, « L'inexorable extension du régime de responsabilité sans faute du service départemental de l'aide sociale à l'enfance », *JCP A*, 2016, n°35, 2230.

relèvent de la logique néo-libérale. Il convient, dès lors, de souligner en matière de responsabilité de la puissance publique le risque de « *désinstitutionalisation* », développé par le professeur Guy Quintane, que comporte l'intrusion de la garde dans le régime public.

196. L'idée de service a entraîné l'incursion du concept civiliste « de garde » au sein de la responsabilité administrative et ainsi le risque de « *privatisation de la responsabilité administrative* »[732]. Selon le professeur Gilles Lebreton, « *la garde privilégie un double rapport de proximité, entre le gardien et l'auteur du dommage d'une part, entre la victime du dommage et le gardien d'autre part.* »[733]. Cette logique de proximité, non dénuée de tout lien avec « *le modèle contractuel* »[734], serait « *fort différente des logiques du droit public* »[735]. A l'origine de ce « *double rapprochement* »[736] de l'action de la puissance publique, le service public sert l'administré au plus près. De l'idée de service découle celle de prestation de service qui justifie la proximité et la responsabilité du gardien. Mais en même temps qu'elle rapproche le responsable de la victime à indemniser, elle amenuise le tissu institutionnel qui soutient la responsabilité de la puissance publique. Celle-ci repose traditionnellement sur un lien de solidarité qui transcende la collectivité et s'oppose à la notion de proximité. Or, le régime de responsabilité d'une institution suppose le maintien d'une certaine distance. La référence à la garde démantèle le lien de solidarité qui unit la partie (la victime) au tout (la société) et qui impute la responsabilité à la collectivité et non au simple gardien de proximité. La consécration de la garde, par la notion de service public, ruine foncièrement le ressort de l'autonomie de la responsabilité de la puissance publique. Elle la « désinstitutionalise ».

[732] G. LEBRETON, « Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative », *D.*, 2007, *op.cit.*, p. 2819.
[733] *Id.*, p. 2820.
[734] *Ibid*.
[735] *Ibid*.
[736] « *La garde privilégie en effet un double rapport de proximité entre le gardien et l'auteur du dommage d'une part, entre la victime du dommage et le gardien d'autre part*. », *ibid.*

Conclusion du chapitre 2

197. Contrepartie de la liberté individuelle, la responsabilité remplit également une fonction strictement économique essentielle à la réalisation du marché. Fondés sur le lien entre avantages et charges contenu dans l'idée de service, les régimes de responsabilité de la puissance publique sont édifiés et unifiés à partir de la notion de service public. Responsabilisée au début du XXème siècle, la puissance publique est susceptible d'assumer les nouvelles fonctions de l'Etat-providence sans violer les principes juridiques propres à la doctrine libérale.

198. Cependant, conséquence de la libéralisation organique de la puissance publique, la libéralisation matérielle du droit administratif contient un risque de banalisation du droit administratif. A la suite de l'intrusion de la garde dans le régime de responsabilité de la puissance publique, la privatisation de la responsabilité administrative illustre l'une des déclinaisons du processus néo-libéral de désinstitutionalisation souligné récemment par le philosophe Frédéric Lordon[737]. La tendance à l'organisation de la responsabilité administrative selon la logique de proximité accentuée par l'intrusion de la garde dans le régime administratif risque, en effet, d'oblitérer « *la solidarité dans l'enchaînement* »[738] indispensable à toute institution.

[737] « […] *la part ultra du néolibéralisme travaille méthodiquement à empêcher tout surgissement à cette échelle d'une puissance politique institutionnalisante* […] », F. LORDON, *Imperium. Structures et affects des corps politiques*, La fabrique, Mayenne, 2015, p. 317.

[738] « *Pour qu'il y ait des institutions, il faut qu'il y ait une sorte de volonté, d'instinct, d'impératif, antilibéral jusqu'à la méchanceté : une volonté de tradition, d'autorité, de responsabilité établie sur des siècles, de solidarité dans l'enchaînement des générations, dans le passé et dans l'avenir* […] », F. NIETZSCHE, *Le crépuscule des idoles*, *op.cit.*, p. 1014.

Conclusion du titre 2

199. A l'aune du XXème siècle, le droit administratif change de statut car la conception du de la puissance publique évolue. Le droit administratif cesse d'être un droit d'exception car l'intervention de la puissance publique se généralise. De l'ère dite de l'Etat-gendarme où la puissance publique commandante est cantonnée à édicter des actes d'autorité, l'on passe à celle de l'Etat-providence où la puissance publique s'avère également contractante dans la gestion des nouvelles missions de service public dont elle devient responsable. Si traditionnellement, le caractère limité de l'intervention de l'Etat-gendarme justifie l'emploi d'un droit d'exception – les actes d'autorité et le régime d'irresponsabilité –, l'extension du rôle de la puissance publique à la gestion de services rendus au public s'accompagne de l'émancipation du droit administratif. Afin de devenir un droit en soi respectueux de l'Etat de droit, et ainsi survivre dans la société libérale, le droit administratif se convertit au contrat et à la responsabilité à partir de la notion de service public[739].

200. Aussi, l'autonomie du droit administratif se fait-elle au prix d'un certain alignement des modalités d'intervention de la puissance publique sur le droit commun : la puissance publique appelée à se manifester dans des activités de gestion – au même titre que les personnes privées – est contrainte d'adopter des modalités d'intervention moins dérogatoires au droit commun que ne l'étaient les actes d'autorité. Le particularisme des nouvelles modalités d'intervention des autorités administratives demeure, dans la mesure où celles-ci sont l'expression d'une puissance publique institutionnalisée. Cela étant, la conjugaison de la libéralisation matérielle du droit administratif et de la libéralisation organique de la puissance publique banalise le régime de la puissance proprement dit et crée un risque de désinstitutionalisation.

[739] « *L'institution de la notion de service public conduit l'Etat à agir conformément au droit. C'est par le biais de cette notion que se réalise l'Etat de droit*. », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français, op.cit.*, p. 833.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

201. Avant l'avènement du service public, les caractères exceptionnel et circonscrit de l'intervention étatique justifiaient l'exorbitance des règles administratives. Fondée sur la souveraineté, la puissance publique ne peut faire l'objet que d'une limitation extérieure. L'*imperium* de l'Etat central est alors confiné par le spectre limité des fonctions régaliennes. Au tournant des XIX et XXèmes siècles, la notion de service public offre à la société libérale une perspective nouvelle de limitation du pouvoir politique mais crée également un risque de délitement. L'Etat est « *détrôné* »[740].

202. Désacralisées, les institutions de la puissance publique se plient à la société et leurs modalités d'intervention sont soumises à un régime juridique autonome édifié par un juge indépendant. Le service public oblige l'organisation administrative à se conformer aux aspirations de la société civile au risque d'assimiler, à l'aube du XXIème siècle, ses propres institutions à la nouvelle notion d' « opérateurs de l'Etat ». La désétatisation de l'administration autorise, dès le début du XXème siècle, le juge administratif et la doctrine publiciste à emprunter, par la notion de service public, les principes juridiques privilégiés par les libéraux. En effet, l'alignement du régime juridique de la puissance publique sur certains principes civilistes est la condition posée par les libéraux à « l'autonomie » du droit administratif. Cependant, au nom de la fonction institutionnelle de la puissance publique, le juge administratif doit préserver certaines « *déformations* »[741] par rapport au droit spontané. Aussi la concurrence des logiques libérale et néo-libérale qui animent le droit de la responsabilité et des contrats administratifs est révélée par le droit positif récent. La perspective, ouverte par l'arrêt *Société Grenke*[742], de spécialisation du régime des contrats administratifs de service public pourrait notamment augurer un asservissement de tous les autres contrats publics à la logique du marché.

---

[740] F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », in N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, Paris, 2009, p. 215.

[741] « *A côté de ces déformations du droit privé, le droit administratif comprend des théories de droit public sans équivalent en droit privé, parce que utilisant la puissance publique de l'Etat*. », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit*., tome 1, p. 544.

[742] CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, *op.cit.*

203. La désacralisation de la puissance publique par le service public entraîne un bouleversement de la théorie de l'Etat au sein même de la doctrine libérale. Dictée par la société et soumise aux principes de l'Etat de droit, l'intervention publique est libérée du cadre trop étroit de l'Etat-gendarme pour le devenir de la société libérale. Légitimée par le droit et convertie aux exigences libérales, la puissance publique est ainsi susceptible de servir les finalités du libéralisme.

PARTIE 2 - LE LIBERALISME INSTITUE PAR LE SERVICE PUBLIC

204. Désacralisée par le service public, l'autorité publique ne suscite plus la même aversion des auteurs libéraux. Asservie par un droit administratif accompli, la puissance publique n'est pas nécessairement à affaiblir. Le libéralisme de l'Etat de droit n'est pas réductible à un anti-étatisme[743]. Au contraire, domestiquées par les principes libéraux, les fonctions publiques peuvent servir à ordonner la société libérale. En effet, par le droit, le juge impose aux institutions les conditions de la poursuite des fins libérales. Le sens et la mesure du développement de l'Etat de services publics consistent dès lors en la garantie de l'autonomie de l'individu et de l'autodétermination de la société de marché[744].

205. Le déploiement des fonctions administratives est l'instrument du pouvoir mais celui-ci est « *institué* » par un régime juridique qui découle de « *l'idée de service public* »[745]. L'extension de la nouvelle organisation publique ne saurait consacrer l'arbitraire du pouvoir administratif, au détriment de la liberté, car, fondée sur le service public, la puissance publique est subordonnée à la garantie des droits et libertés de l'individu. Par ailleurs, la prospérité de la société de commerce n'est pas compromise car l'opulence et l'exorbitance de l'intervention étatique sont contenues par le marché à travers la notion de service public. Dès lors, le service public institutionnalise le libéralisme.

L'individu constitue la finalité du service public (titre 1) et le marché, sa norme (titre 2).

---

[743] « *Le libéralisme politique ne souhaite nullement rendre faible un Etat dont il se méfierait, car limiter un pouvoir ne revient pas forcément à l'affaiblir.* », M. BIZIOU, « Le libéralisme de Locke : des déductions de la raison à la politique du jugement », *in* B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit*, *op.cit.*, p. 29.

[744] « *Cette perspective, apolitique au sens fort du terme, fait de la société de marché l'archétype d'une nouvelle représentation du social* […] », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, *op.cit.*, p. II.

[745] « […] *si le régime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, il faut reconnaître que ce pouvoir est institué, c'est-à-dire encadré dans une organisation soumise à une idée. Cette idée est celle du service public.* », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11ème édition, Sirey, Paris, 1927, p. 12.

Titre 1 - L'individu, finalité du service public

206. Fondé sur la reconnaissance de la primauté de l'individu, le libéralisme est une pensée du social et du politique dont la finalité est la réalisation, ou la libération, du sujet libéral par lui-même. Ainsi, pour les penseurs libéraux, l'individu est à la fois l'acteur et la fin des institutions politiques et sociales[746]. Face au pouvoir politique et contre l'emprise des liens de solidarités traditionnels sur la liberté individuelle, le libéralisme tient, avant tout, à garantir la sécurité et l'autonomie de l'individu dans sa sphère privée. Cependant, l'horizon de la pensée libérale ne se réduit pas à cette conception privative ou passive de l'individu. Ce dernier participe également activement à l'ordre social et politique auquel il appartient. Selon la Déclaration de 1789, l'individu est également citoyen. L'accomplissement de la liberté des modernes théorisée par Benjamin Constant ne peut se substituer totalement à la pratique de la liberté des anciens. Au sein du système juridique, la raison du libéralisme se traduit dès lors par la découverte et la protection effective de droits et libertés que l'on peut rattacher aux deux dimensions indissociables de l'individu libéral : l'homme et le citoyen.

207. Le paradigme libéral de la Révolution française est assez simple. Il se réalise par le règne de la loi[747]. Libre politiquement, le citoyen participe à l'expression de la volonté générale. La loi garantit la sécurité, la sûreté et la propriété des individus contre une puissance publique limitée à ses fonctions régaliennes. Le rôle de l'Etat-gendarme se conjugue alors avec une conception négative de la liberté individuelle[748]. Le libéralisme classique de 1789 consiste, en effet, en la réalisation de l'individu par lui-

[746] « *C'est un individu qui est à la fois la source de ses droits et la fin de toutes les institutions politiques et sociales.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 42 ; « *Le libéralisme classique* […] *ce qui est sans doute sa caractéristique principale : l'individualisme.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, n°14, p. 18.

[747] « *L'esprit libéral de la Révolution française à ses débuts réside donc dans cette équation qui peut surprendre mais que les textes attestent sans équivoque : c'est en tant que soumis à la souveraineté que les individus peuvent jouir de la liberté, parce que cette souveraineté a pour instrument la loi juste.* », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, Champs Essais, 2010, p. 342.

[748] « *La défense de la liberté a donc un but négatif : empêcher toute ingérence* extérieure […] *plus sensible à l'étendue du pouvoir qu'à la nature de sa source, la liberté entendue en ce sens n'est pas incompatible avec certaines formes d'autocratie, ou du moins avec l'absence de démocratie.* », I. BERLIN, *Eloge de la liberté*, Presses Pockets, 1990, pp. 176-178.

même, dans un monde où l'intervention de l'Etat est circonscrite et soumise à la loi conçue par le citoyen[749].

208. Cependant l'individualisme juridique « *du système métaphysique* » posé à la Révolution ne correspond pas à « *l'individualisme libéral* »[750] originel, car le premier conduit à l'étatisation de la société. Au cours du XIXème siècle, l'avènement de la question sociale et du suffrage universel appelle une intervention plus importante des pouvoirs publics au service d'une conception plus positive de la liberté[751]. Celle-ci justifie la reconnaissance de nouveaux droits garantis par l'Etat mais alimente, en retour, la crainte des libéraux. L'entrée dans l'ère de l'Etat-providence exacerbe le nombre des fonctions publiques au nom de la satisfaction des droits-créances. Fondée sur l'individualisme juridique de 1789, la dynamique libérale est confrontée à une nouvelle impasse. La réalisation des droits vaut consécration de l'Etat.

209. Sans ériger « *l'individu contre l'Etat* »[752], l'émergence de la notion de service public permet de repenser l'articulation entre le rôle de la puissance publique et l'émancipation de l'individu pour pérenniser la quête libérale de l'autonomie individuelle. Conciliant les exigences contradictoires du libéralisme, l'édification du droit administratif à travers le service public, met la puissance publique au service de l'individualisme libéral (chapitre 1) en vue de l'autonomie de l'individu-citoyen (chapitre 2).

---

[749] « *A partir des années 1770, ses idées vont inspirer les Révolutionnaires américains et français, qui vont voir dans le libéralisme politique un rempart contre l'absolutisme monarchique, et au-delà, un moyen d'imposer la primauté des droits subjectifs des individus sur le droit objectif de l'Etat. De ce que la morale commande de respecter ces droits, ils vont tout à la fois déduire l'interdiction pour les autorités de violer la sphère d'autonomie de chacun – notamment en intervenant dans l'économie pour fausser l'initiative privée – et leur obligation d'agir pour assurer son respect.* », F. BOTTINI, « l'Etat, la régulation et l'idée de moralisation », in F. BOTTINI (dir.), *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, *op.cit*., p. 135.

[750] « […] *l'expression* "individualisme libéral" *est couramment employée pour parler du libéralisme ou parfois se substituer à ce terme afin de mettre l'accent sur son intime et pluridimensionnelle connexion avec l'individualisme. Elle se justifie d'abord sur le double plan historique et sociologique par la prise en compte de l'émergence simultanée et corrélée du XVIIème au XIXème siècle du libéralisme comme théorie politique (les droits individuels) et économique (légitimité et efficience de la poursuite de l'intérêt individuel) et de l'individualisme comme pratique d'une nouvelle norme collective de vie courante* […] », A. LAURENT, « Individualisme libéral », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.,* p. 854 ; « *L'individualisme libéral n'est pas nécessairement un atomisme* […] », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme ?, op.cit.,* p. 71 ; « *Largement influencée par l'individualisme libéral* […], *elle* [la doctrine] *a mis en évidence la liberté et la volonté raisonnée des particuliers, conditions essentielles de la qualité de sujet de droit.* », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés, op.cit.,* n°50, p. 44 ; « *De leur côté, celles-ci* [les théories de la lutte des classes] *contribuent à discréditer l'individualisme libéral pour le remplacer par le primat de la société* […] », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op.cit.,* p. 76.

[751] « *Le sens* "positif" *du mot liberté découle du désir d'un individu d'être son propre maître.* », I. BERLIN, *Eloge de la liberté*, *op.cit*., p.179.

[752] H. SPENCER, *L'individu contre l'Etat*, Manucius, Houille, 2008.

Chapitre 1 - La puissance publique au service de l'individualisme libéral

210. Dès le moment révolutionnaire, l'aventure libérale se heurte à des contradictions théoriques relatives à l'articulation de la liberté individuelle avec le rôle des pouvoirs publics. La reconnaissance des droits de l'individu par le rationalisme des Lumières emporte la sacralisation de l'ordre étatique. Indissociable de la tutelle de la puissance publique, l'émancipation de l'individu accompagne l'affirmation du rôle de l'Etat. Afin de respecter les principes du libéralisme, le développement de l'organisation collective, indispensable à la garantie des droits et libertés, doit procéder de la société civile et non de la volonté arbitraire des gouvernants. Pour être libérale, l'autonomie individuelle a pour corollaire l'autodétermination de la société par rapport au pouvoir. Si l'émancipation de l'individu s'appuie sur la puissance publique, l'individualisme libéral ne saurait justifier la tutelle du pouvoir politique sur la société. De plus, l'individualisme juridique incline à la reconnaissance de droits publics subjectifs des administrés. Cette notion ouvre la voie à un interventionnisme sans limite au service d'un individualisme exacerbé, parfaitement contraire à l'intégrité de la pensée libérale[753]. Pour être fidèle à la nature sociale de l'individualité libérale et conjurer le risque « *d'atomisme* »[754] qui guette le libéralisme, l'individualisation de l'ordre juridique doit pouvoir compter sur l'appui des collectivités publiques sans pour autant entraîner « *la commercialisation* »[755] de la puissance publique. Or, les fondements sociologiques et objectifs de la notion théorisée par Léon Duguit au début du XXème siècle permettent d'envisager, à travers le service public, une régulation des droits et libertés de l'individu respectueuse des contradictions libérales.

---

[753] « […] *pour la doctrine française, le droit public subjectif comportait un risque politique indéniable. En mettant en exergue le fait que la puissance publique était susceptible d'être l'objet des droits des particuliers, cette notion présentait le danger de légitimer leurs revendications, à l'encontre des personnes publiques, en matière politique, économique et sociale. Or, fortement attachés au libéralisme économique, les administrativistes français estimèrent plus prudent de conserver la notion de droit individuel qui, par tradition, n'insistait pas sur les obligations d'intervention des personnes administratives.* », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op.cit.*, p. 519.

[754] « *Mill va transformer la notion classique, atomiste, d'individu en celle dynamique d'individualité* […] *Il* [le libéralisme] *n'est donc jamais complètement à l'abri d'une conception atomisée et chosifié de l'individualité* […] », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme*, *op.cit.*, pp. 86 et 95.

[755] « *La puissance publique objet d'un commerce juridique* », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op.cit.*, p. 413, n°425.

Au tournant du XXème siècle, la subordination de la puissance publique, par le service public, à l'individualisme libéral (section 1) précède l'individualisation objective du droit administratif (section 2).

SECTION 1 - LA SUBORDINATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE À L'INDIVIDU PAR LE SERVICE PUBLIC

La révolution individualiste de la fin du XVIIIème siècle plonge la société libérale dans une impasse. L'individualisme de 1789 consacre les droits de l'individu mais instaure l'ordre étatique, ce qui crée une tension propre au libéralisme français entre l'émancipation de l'individu et l'affermissement de la puissance de l'Etat (§1). Un siècle plus tard, la refondation sociale de l'individualisme juridique par les juristes libéraux permet à la notion de service public de concilier les impératifs de l'individualisme libéral (§2).

§1 - L'ambivalence du rôle de la puissance publique dans la doctrine individualiste libérale

L'individualisme est un défi à double tranchant pour le libéralisme. Si la libération de l'individu s'appuie sur la puissance publique (A), l'individualisme juridique est également le ferment du développement illimité du rôle de l'Etat, hantise du libéralisme (B).

A. Individualisme et puissance publique

Les origines philosophiques de la pensée libérale résident dans la doctrine individualiste du XVIIIème siècle (I) selon laquelle le rôle émancipateur de la puissance publique est indispensable à la libération de l'individu (II).

I. Pas de libéralisme sans individualisme

L'individualisme et le libéralisme ne sauraient être confondus[756], mais « *sans individualisme, il n'y a pas de libéralisme* » comme l'écrit Noberto Bobbio[757]. Alors que le libéralisme ne peut être qu'individualiste en raison de sa préoccupation morale originelle (a), les racines individualistes du libéralisme exonèrent celui-ci de tout procès en égoïsme (b).

a. L'individualisme moral du libéralisme

211. Georges Burdeau, parmi d'autres[758], souligne dans son *Libéralisme*, que cette doctrine politique n'est pas « *l'unique expression de l'individualisme* »[759], même si l'individualisme libéral est « *le plus riche et le plus cohérent* » des individualismes[760]. En revanche, le libéralisme est indissociable de l'individualisme dans la mesure où le second constitue le fondement philosophique principal du premier. Courant politique aux contours mal identifiés et dont la définition évolue constamment, le libéralisme est une « *œuvre rétroactive* »[761] dont l'origine et l'unité résident dans l'individualisme moral des XVII et XVIIIèmes siècles. Si l'on remonte le fil de l'idée libérale, comme le propose Lucien Jaume après Harold Laski[762], dans ses *Origines philosophiques du libéralisme*, l'on parvient à la promotion du for intérieur par les protestants du XVIIème siècle, et à l'affranchissement des consciences individuelles contre l'emprise des

[756] « *Individualisme et libéralisme paraissent, en effet, liés au point qu'on les a souvent confondus.* », M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2007, 2ème édition (cet ouvrage paraît pour la première fois en 1949 aux éditions Domat-Montchrestien), p. 10.
[757] N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Cerf, Paris, 1996, p. 21.
[758] M. LAINE (dir.), *Dictionnaire du libéralisme*, Larousse, 2012, p. 318 ; « […] *tout individualisme n'est pas nécessairement libéral* […] », A. LAURENT, « Individualisme libéral », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 854.
[759] G. BURDEAU, *Le libéralisme*, *op.cit.*, p. 88 ; « *Pour autant, l'adjonction entre libéralisme et individualisme ne va pas toujours de soi. D'une part, l'adjonction du qualificatif* "libéral" *au substantif* "individualisme" *souligne que tout individualisme n'est pas nécessairement libéral, puisqu'existent aussi un individualisme* "aristocratique" *(Nietzsche, Palante), un individualisme* "anarchiste" *(Stirner), un individualisme* "existentiel" *ou* "spirituel" *(Kierkegarard) et un individualisme* "démocratique" *mis au goût du jour depuis les années 1980.* », A. LAURENT, « Individualisme libéral », *op.cit.*, pp. 854-855.
[760] « *L'individualisme libéral est cependant le plus riche et le plus cohérent.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, *op.cit.*, p. 88.
[761] « […] *la notion de libéralisme est au XXème siècle largement rétroactive* […] », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 12.
[762] H-J. LASKI, *Le libéralisme européen du Moyen Age à nos jours*, Emile-Paul, Paris, 1950.

pouvoirs temporel et spirituel tout au long du siècle des Lumières[763]. La liberté de conscience est donc première pour les libéraux et « *le droit au jugement personnel constitue la racine du libéralisme* »[764]. Par sa connotation morale, et parce que la reconnaissance de la conscience individuelle est le premier acte de l'aventure libérale, le libéralisme ne peut être qu'individualiste[765].

b. L'anti-égoïsme de l'individualisme libéral

212. L'individualisme du libéralisme n'en fait pas pour autant un égoïsme. Cette distinction fondamentale est la première conclusion d'Albert Schatz à la fin de son étude sur *l'individualisme économique et social*[766]. L'égoïsme est même, selon l'auteur havrais[767], « *le pire obstacle que rencontre l'individualisme* » puisque celui-ci « *prétend amener chaque individu à son complet état de développement en lui faisant comprendre qu'il n'est rien et qu'il ne peut rien sans le concours des autres hommes* »[768]. Bien qu'il se fonde sur l'affranchissement moral de l'individu, l'individualisme est une théorie du social qui voit dans la liberté individuelle le moteur du progrès de la société toute entière[769]. Jamais, dans la pensée des auteurs comme Montesquieu, Rousseau, Kant, Adam Smith ou Condorcet, l'exaltation de l'individu n'est en contradiction avec la prospérité de la société. Pour les précurseurs de la pensée libérale que constitue le mouvement individualiste du siècle des Lumières, magnifier la liberté individuelle ne revient en aucun cas à nier que l'individu est le produit de l'organisation

[763] « *Les "hérétiques" protestants ont joué un grand rôle au XVIIème siècle dans l'affirmation d'un for intérieur* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 29 ; « *Plaçant Dieu non en dehors mais dans la conscience elle-même, Bayle contourne entièrement la problématique de la souveraineté (temporelle et spirituelle) : chaque conscience n'entend pas Dieu nécessairement de la même façon.* », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, Champs Essais, 2010, p. 80 ; « *Il (le libéralisme) n'aurait pas pu devenir ce qu'il fut sans la révolution théologique que nous appelons réforme* […] », H-J. LASKI, *op.cit.*, p. 11.

[764] A. SPENCER, cité par V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 28.

[765] « *Déjà, en matière religieuse, la Réforme, en préconisant le libre examen des textes sacrés par chaque fidèle, a habitué à associer étroitement les deux termes (individualisme et libéralisme). Le libre examen est une liberté mais c'est en même temps une manifestation de l'individualisme* […] », M. WALINE, *op.cit.*, p. 10.

[766] « *Nous voyons tout d'abord ce que l'individualisme n'est pas. C'est précisément ce qu'on croit communément qu'il est : un système d'isolement dans l'existence et une apologie de l'égoïsme.* », A. SCHATZ, *L'individualisme économique et social*, Les Belles Lettres, Bibliothèque classique de la liberté, 2013 (1ère édition 1907), p. 524.

[767] Albert Schatz est né au Havre le 20 mai 1879. Agrégé des facultés de droit dans la section des sciences économiques, il est l'un des principaux auteurs français sur la pensée individualiste.

[768] A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 525.

[769] « *Le libéralisme quelle que soit sa forme, procède d'une vision d'ensemble de l'ordre social*. », B. MANIN, « Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs », *op.cit.*, p. 25.

sociale[770]comme l'ont souligné avec force les deux principaux spécialistes français de l'idée individualiste[771], Henry Michel[772] et Albert Schatz[773]. Ainsi, les représentants de la « *haute doctrine* » individualiste du XVIIIème siècle sont les plus grands garants de la dimension sociale de la théorie libérale telle qu'elle se développera au cours des XIXème et XXème siècles[774].

II. Pas d'individualisme sans puissance publique

La pensée des Lumières est d'inspiration individualiste, mais elle ne nie pas l'importance du rôle de l'Etat dans la libération de l'individu[775]. L'extrême hostilité d'une partie des « libéraux » du XIXème siècle à l'encontre de l'intervention de l'Etat révèle davantage la dissidence de certains auteurs isolés, en rupture avec le principe individualiste, qu'une caractéristique du libéralisme.

213. L'idée que partagent les grands auteurs dont la pensée structure notre modernité est que l'individu doit être placé au centre de l'organisation politique et sociale. Contrairement à ce qu'illustre le développement de la monarchie française sous le siècle de Louis XIV, le sens de l'histoire ne peut se limiter à l'accroissement des prérogatives de l'Etat. Contre l'absolutisme, émerge la figure du sujet individuel dont l'autonomie est la première finalité du constitutionnalisme naissant. Pour autant, fondement philosophique principal du déploiement des systèmes juridiques à la fin du XVIIIème

---

[770] *Id.*, p. 7.

[771] Marcel Waline fait de nombreuses références à Henry Michel et Albert Schatz dans son introduction à *L'individualisme et le droit*, voir M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op.cit.*, pp. 5-27 ; de même que Marcel Gauchet au chapitre « Le retour de l'individu de droit » de *La crise du libéralisme*, voir M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, pp. 261-292 ; « […] *le livre le plus pertinent est la thèse d'Henry Michel déjà citée, L'Idée de l'Etat. Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution* […] *sa thèse latine traitait de l'individualisme de Stuart Mill* […] », C. NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789-1924*), *op.cit.*, pp. 41- 42, note de bas de page n°1.

[772] « *Cet individualisme repose sur le vif sentiment de la dignité de la personne humaine, et sur l'idée, mal démêlée encore et insuffisamment exprimée par ses premiers propagateurs, de l'égalité des personnes*. », H. MICHEL, *op.cit.*, p. 628.

[773] « *La société est donc une entité réelle et concrète ; c'est la grande réalité économique. L'individu est le produit de l'organisation sociale.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 7.

[774] « […] *il y a place pour une haute doctrine, toute pacifique, toute libérale, toute progressive : l'individualisme, vraiment digne de ce nom. Doctrine non pas nouvelle, certes, puisqu'elle se réclame du XVIIIème siècle et de la Révolution française* […] », H. MICHEL, *L'Idée de l'Etat : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution*, Hachette, Paris, 1896, p. 653.

[775] « *Quelques grands esprits du XVIIIème siècle se sont formé une notion que l'on peut appeler nouvelle, bien qu'elle comporte des éléments dont la plupart sont fort anciens, de l'individu et de ses droits, de l'État et de son rôle, ainsi que des fins de la vie sociale et politique : c'est la notion individualiste. La Révolution française s'en est largement inspirée*. », *id.*, p. V.

siècle en Europe et outre-Atlantique, l'émancipation de l'individu ne se conçoit pas sans le soutien actif de la puissance publique[776]. Comme l'a démontré Henry Michel, les grands auteurs individualistes du XVIIIème siècle confèrent à la puissance publique une fonction émancipatrice[777]. L'individualisme n'est donc pas une théorie seulement négative de l'Etat. Certes, les maîtres du XVIIIème siècle, dans lesquels se reconnaitront les auteurs libéraux mettent en garde contre l'impérialisme de l'Etat. Ils s'érigent en défenseurs des droits et libertés individuels menacés par l'expansion de l'intervention de la puissance publique. Cependant, la tonalité antiétatique de l'œuvre de Montesquieu ou d'Adam Smith, s'explique davantage par le contexte historique hérité de l'absolutisme monarchique dans lequel s'est forgée la doctrine individualiste, que par une hostilité ontologique au rôle de la puissance publique[778]. Après avoir relevé, dans les écrits de ces deux représentants éminents du libéralisme politique et économique, les missions que doit remplir l'Etat pour assurer son rôle émancipateur de l'individu[779], Henry Michel souligne que c'est conformément « *au principe individualiste* » que ces auteurs comptent sur l'Etat dans « *la formation de l'individualité* »[780]. Les conditions minimales de subsistance que Montesquieu exige de l'Etat envers tout citoyen[781] et l'intervention indispensable de la puissance publique dans l'éducation du peuple qu'appelle Adam Smith sont justifiées par la haute idée qu'ils se font de l'individu[782]. Sans une certaine somme de soins et de savoirs dispensés par la puissance publique au

---

[776] « *La première précaution à prendre, pour juger sainement l'individualisme du XVIIIème siècle, est de ne pas y chercher la défiance absolue, qui devait surgir plus tard, contre l'action de l'Etat.* », *id*., p. 79.

[777] « *De là, l'accord des individualistes pour faire appel à l'Etat. Ils ne définissent pas tous avec une égale précision, ni avec un égal bonheur, la nature des obligations de l'Etat, la manière dont il doit s'en acquitter* […] *Toujours est-il* […] *que l'opposition entre l'individu et l'Etat devenue, par la suite, la caractéristique essentielle de l'orthodoxie individualiste, ne fait pas partie intégrante de l'individualisme au XVIIIème siècle.* », *id*., p. 89.

[778] « *Sans doute, en un temps où l'Etat mettait partout la main, il n'est pas étonnant que des novateurs, préoccupés de servir la cause de la liberté l'aient convié à s'interdire beaucoup des interventions auxquelles elle se prêtait.* », *id*., 79 ; « […] *l'individualisme rigide de la Déclaration peut paraître décevant au lecteur du XXème siècle, attaché aux libertés collectives et aux droits-créances. Mais on ne doit pas oublier qu'il est apparu libérateur aux hommes de 1789, désireux avant tout de s'affranchir du joug de l'Etat et des multiples groupements de l'Ancien Régime.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme, op.cit.,* p. 78.

[779] « *De là, le coté protestataire, négatif, des vues d'Adam Smith ou de Montesquieu. Mais il s'en faut et de beaucoup que dans leur effort pour restreindre l'action de l'Etat, ils aient été l'un ou l'autre, jusqu'à la proscrire.* », H. MICHEL, *L'Idée de l'Etat : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution*, *op.cit.,* p. 79.

[780] *Id.*, p. 82.

[781] « *L'État doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé* », MONTESQUIEU, *De L'esprit des Lois*, cité par H. MICHEL, *op.cit.*, p. 79.

[782] « *S'il (Adam Smith) convie l'Etat à provoquer des exercices militaires, à donner l'instruction primaire, c'est précisément parce qu'il se fait une très haute idée de l'individu.* », H. MICHEL, *op.cit.*, p. 81.

service de la formation des individualités, « *l'individu, surtout dans un pays libre, n'atteint pas, ne remplit pas sa mesure* »[783]. Ainsi, nulle part dans l'œuvre du père du libéralisme en Angleterre, Henry Michel ne perçoit l'antagonisme entre l'individu et l'Etat que certains des disciples du premier ont souvent mis « *par une inconséquence grossière* […] *au cœur de leur système* »[784]. L'origine individualiste du libéralisme lui lègue une conception complexe et réaliste de l'autonomie individuelle. Parce que celle-ci ne saurait s'accomplir sans le concours de la société, le rôle de la puissance publique ne peut être réduit à néant.

214. La concorde entre le développement de l'individu et le rôle de la puissance publique est même, selon Henry Michel, le vrai caractère de l'individualisme au XVIIIème siècle, tel qu'il se vérifie chez les auteurs les plus accomplis de la doctrine : Rousseau, Kant et Condorcet[785]. Pour le premier, le rôle de la puissance publique est le plus exalté. Cependant, même selon Rousseau, la puissance de l'Etat est mise au service de l'autonomie morale de l'individu dans la quête de l'accomplissement de sa personnalité[786]. Kant et Condorcet n'admettent l'intervention de l'Etat qu'à condition qu'elle favorise les droits individuels, et reconnaissent également, à la puissance publique, le devoir d'assurer, voire d'entretenir, les membres de la société qui ne sauraient sortir, par eux-mêmes, de « *leur condition subalterne* »[787]. Pour les grands auteurs de la doctrine individualiste au XVIIIème siècle, l'accomplissement de l'individu ne peut être dissocié du service de la puissance publique comme le résume Marcel Waline[788], contrairement à ce que certains représentants du libéralisme au XIXème siècle ont prôné, selon une lecture déformée de l'individualisme originel[789].

---

[783] *Ibid*.
[784] *Id.*, p. 82.
[785] « *Le vrai caractère de cet individualisme qui n'annihile pas l'Etat, ne se marque nulle part mieux que chez Rousseau et chez Kant.* », *ibid*.
[786] « *Elle signifie que l'Etat doit être fort non pour lui-même et afin de peser sur l'individu, mais pour l'individu* […] », *id* p. 83 ; « *En réalité, profondément démocrate Rousseau reste aussi profondément individualiste.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 62.
[787] H. MICHEL, *L'Idée de l'Etat : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution*, op.cit., p. 82.
[788] « *En ce qui concerne particulièrement les rapports de l'individu avec l'Etat, les individualistes du XVIIIème siècle pensent que l'Etat doit laisser l'individu développer sa personnalité, donc lui garantir les libertés nécessaires pour cela, et qu'il doit même, le cas échéant, aider à ce développement des individualités. Ainsi, ces individualistes ne sont pas dominés par une méfiance absolue à l'égard de l'Etat.* », M. WALINE, *op.cit.*, p. 17.
[789] « *La première précaution à prendre, pour juger sainement l'individualisme du XVIIIème siècle, est de ne pas y chercher la défiance absolue, qui devait surgir plus tard, contre l'action de l'Etat*. », H. MICHEL, *L'Idée de l'Etat : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France*

Cette absence d'opposition entre l'individu et l'Etat dans la doctrine du XVIIIème siècle est clairement confirmée par Georges Burdeau[790]. Certains libéraux du XIXème siècle ont adopté une posture davantage anti-étatiste que celle préconisée par leurs prédécesseurs individualistes.

Cette prudence accrue au XIXème envers l'Etat et la distance entretenue, depuis lors par certains auteurs libéraux à l'égard de la doctrine individualiste, s'explique par les conséquences normatives de la réception de l'individualisme par les juristes de la Révolution française[791].

B. Individualisme juridique et étatisme

Les contradictions de la pensée libérale sont souvent mises en lumière à travers la traduction de ses principes en droit. Ainsi, l'individualisme juridique, tel qu'il découle de la conception rationaliste de la Révolution française, est facteur d'équivoque sur le rôle de l'Etat. A l'origine de l'exacerbation du rôle de la puissance publique, au nom des droits naturels de l'homme (I), et parce qu'il exclut, à terme, toute perspective d'identification des individus à l'ordre social (II), l'individualisme juridique de 1789 révèle l'impasse de la société libérale.

I. « *Le culte des droits de l'homme* »[792] et le sacre de l'Etat

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est souvent présentée comme la traduction juridique de l'individualisme de la fin du XVIIIème siècle. En tant qu'homme, l'individu possède des droits naturels que la société doit garantir à chacun. L'individualisme juridique se confond alors avec les théories

---

depuis la Révolution, op.cit., p. 79 ; « *L'individualisme aurait donc subi une déviation au XIXème siècle, dans le sens anti-étatiste et libéral.* », M. WALINE, *op.cit.,* p. 18.

[790] « *Rien, dans la pensée dominante du XVIIIème siècle, n'autorise à placer l'individu en rival ou en adversaire de l'Etat.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme, op.cit.,* p. 45.

[791] « *La Révolution française, j'essayerai de le montrer plus loin, s'est inspirée à la fois d'Adam Smith, de Kant, de Condorcet, de Rousseau, de Montesquieu, des Américains. Elle a mis au creuset tous ces éléments, et elle en a formé la société nouvelle, dont l'individualisme est le principe. Il y a, par-delà les doctrines particulières, une idée individualiste celle même dont les lignes qui précèdent ont eu pour objet de démêler l'essence puisqu'il s'est produit un événement historique, mémorable entre tous, qui ne s'interprète ni ne s'explique sans le secours de cette idée.* », H. MICHEL, *op.cit.,* p. 62.

[792] V. ZUBER, *Le culte des droits de l'homme,* Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, Paris, 2014.

jusnaturalistes. De vocation libérale, la reconnaissance des droits naturels de l'homme fonde juridiquement la limitation des pouvoirs de l'Etat. Pourtant, l'impasse du libéralisme de la Révolution quant à l'articulation de l'émancipation de l'individu et de la limitation de l'Etat s'explique par trois raisons. Tout d'abord, la Déclaration de 1789 consacre les droits de l'individu, mais vaut également constitution de l'Etat (a). Ensuite, l'individualisme rationaliste des révolutionnaires aboutit *in fine* à l'atomisation de l'individu dans l'ordre juridique (b). Enfin, la distinction entre l'égalité devant la loi et l'égalité réelle, chère aux penseurs libéraux, semble condamnée dès les prémices du projet révolutionnaire (c).

a. La Déclaration des droits individuels et la constitution de l'Etat

215. Frontière entre le domaine des droits individuels et celui des prérogatives de l'Etat, la Déclaration de 1789 renvoie à une définition négative du droit public. L'homme possède des droits que la puissance publique ne saurait méconnaître. Bien que les droits de la Déclaration soient de nature « *fondamentalement domestique* »[793], conformément au dogme de la distinction, importante aux yeux des libéraux, entre droit privé et droit public[794], leur existence est subordonnée à l'institution de l'ordre étatique, comme le souligne le professeur Norbert Foulquier dans sa thèse sur *Les droits publics subjectifs des administrés*[795]. La Révolution libérale consiste en la sacralisation des droits naturels de l'homme et se traduit par une nécessaire publicisation de ces derniers. Cette nature ambivalente des droits des Français, est confirmée par la Charte des droits publics octroyés en 1814. En face de l'individu, et afin d'assurer sa sécurité, la Déclaration institue implicitement mais nécessairement l'ordre étatique. Les droits naturels sont proclamés mais il appartient au pacte politique de les garantir.

[793] « *D'après les auteurs de la fin du XIXème siècle et du début du XXème, le principe selon lequel le droit privé constituait le droit commun avait pour corollaire celui selon lequel les droits individuels étaient d'abord des droits privés,* […] *La dimension sociale et publique des droits individuels ne faisait que se surajouter à leur nature fondamentalement domestique.* », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op.cit.*, §426, p. 414.

[794] « *Même si les précurseurs du droit administratif français n'étaient pas tous des tenants du libéralisme politique* […] *une conviction les réunissait : le droit public était le droit de la frontière entre deux forces dynamiques : la puissance publique et les droits individuels*. », *id.*, §429, p. 416.

[795] « *La Révolution française avait jeté indéniablement les bases d'une analyse des droits individuels comme des droits sur la puissance publique. La philosophie du Contrat social en était imprégnée, puisque ces droits étaient à l'origine de l'ordre étatique.* », *id*., §428, p. 415.

216. La notion française de libertés publiques est d'ailleurs révélatrice de cette impossible dissociation entre le respect des libertés et l'onction de la puissance publique. Nombre des libertés publiques s'apparentent à des droits individuels, l'adjectif « publiques » ne peut donc pas renvoyer à la nature collective de certaines d'entre elles. Par exemple, indiscutablement individuels, le droit de propriété ou la liberté d'aller et venir sont des libertés publiques. Si des droits et libertés individuels sont qualifiés, en France, de « libertés publiques », c'est parce que la garantie d'une liberté exige la tutelle de la puissance publique. En outre, si la Révolution arme l'individu de droits qu'il possède par nature, elle installe, au cœur de la société libérale, une équivoque sur les conséquences juridiques de ces droits, selon que ces derniers postulent l'abstention de l'Etat ou, au contraire, qu'ils lui confèrent des devoirs positifs envers l'individu[796]. A cet égard, la plupart des auteurs français adoptent une position paradoxale sur les libertés publiques. Majoritairement peu enclins à renoncer au caractère public des libertés, ils nient cependant la nécessaire intervention de la puissance publique pour garantir leur effectivité. Cette attitude ambivalente conduit à sacraliser puis à répudier l'intervention étatique aux détours d'une même phrase. Ainsi, par exemple, le professeur Patrick Wacksmann considère que la tradition libérale française consiste « *à opposer l'individu à l'Etat, en une confrontation qu'aucun corps intermédiaire* […] *ne doit venir troubler. Le libéralisme est anti-étatiste : les libertés se définissent par l'abstention de l'Etat, par des interdictions faites à l'Etat d'empiéter sur les prérogatives de l'individu.* »[797]. Comment peut-on affirmer que le libéralisme français est anti-étatiste, après avoir reconnu que la relation sacrée entre l'Etat et l'individu ne doit être troublée pour aucun prix ? Cette contradiction n'est pas totalement inconsciente puisque quelques pages plus loin, dans son manuel de libertés publiques, le professeur Wacksmann reconnaît à plusieurs reprises l'impasse du libéralisme : l'émancipation de la société civile suppose paradoxalement l'accroissement des pouvoirs de la puissance publique[798]. La Déclaration de 1789

[796] « *Il s'agira, dès lors, de démêler si parmi ces droits, il en est qui créent à l'État des devoirs positifs envers l'individu, et déterminer ceux qui supposent, au contraire, l'abstention de État.* », H. MICHEL, *op.cit.*, p. 78.
[797] P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, §26, p. 24.
[798] « *Le paradoxe rend sensible la distance prise par rapport aux postulats traditionnels du libéralisme : le jeu spontané de la société civile conduit à des situations d'oppression contre lesquelles on dresse désormais le rempart de l'Etat.* » et *« L'évocation des multiples implications du libéralisme à l'époque contemporaine fait ressortir des contradictions impossibles à lever : la persistance de la méfiance envers l'Etat s'accompagne d'un renforcement de ses pouvoirs, destiné à affirmer des libertés qui seraient*

apparaît comme le triomphe de l'individu mais conditionne l'existence et la légitimité du nouvel Etat. La Déclaration des droits naturels de l'homme vaut constitution de l'Etat[799]. *A contrario* et comme le souligne le professeur Fabrice Melleray, par le rapprochement des écrits de Jellinek et de Duguit, en luttant contre la notion de droit subjectif, ce dernier fait œuvre libérale[800]. Il prémunit en effet l'ordre juridique contre la toute-puissance de l'Etat souverain, corollaire de la reconnaissance des droits publics subjectifs des administrés. L'individualisme juridique de la Révolution française ouvre donc autant la perspective de l'accomplissement de l'individu que celle du déploiement de l'Etat.

b. L'individualisme rationaliste contre l'individu

217. L'esprit rationaliste de 1789 résulte également d'un processus historique d'affranchissement des liens féodaux qui enchaînent l'individu. Ce dernier est d'autant mieux célébré qu'il est considéré seul et appréhendé de manière abstraite. La reconnaissance des droits naturels individuels est dès lors corrélative du rejet de toute référence aux corps intermédiaires dans l'ordonnancement juridique. La suppression des corporations par la *Loi Le Chapelier* de 1791 procède donc de l'individualisme juridique consacré en 1789[801]. Comme l'ont dénoncé Alexis de Tocqueville puis Hyppolyte Taine, l'individualisme de la Révolution française, en ce qu'il détruit tout entre les individus et l'Etat, réduit les premiers à l'état de « *nains chétifs* » et transforme

---

refusées par la société civile livrée à elle-même […] », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, §§71 et 72, pp. 55 et 57.

[799] « *Pour les modernes, sous l'influence de l'individualisme chrétien et stoïcien, ce qu'on appelle le Droit naturel (par opposition au Droit positif) ne traite pas d'être sociaux mais d'individus, c'est-à-dire d'hommes dont chacun se suffit à lui-même en tant que fait à l'image de Dieu et en tant que dépositaire de la raison. Il en résulte que, dans la vue des juristes en premier lieu, les principes fondamentaux de la constitution de l'Etat (et de la société) sont à extraire, ou à déduire, des propriétés et qualités inhérentes à l'homme considéré comme un être autonome, indépendant de toute attache sociale ou politique.* », L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Seuil, 1983, p. 81.

[800] « […] *même chez un auteur comme Georg Jellinek, probablement plus libéral que ses devanciers,* « les droits publics subjectifs sont […] livrés à la toute-puissance de *l'Etat* ». *Ainsi, en critiquant la notion de droit subjectif, Duguit* « ruine la notion de pouvoir ou de puissance d'une quelconque volonté appliquée à l'Etat. » », F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », in N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, Paris, 2009, p. 238.

[801] « *En interdisant aux ouvriers le droit d'association, la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 montrera en effet la prégnance de l'individualisme parmi les députés.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 78.

le second en « *véritable colosse* »[802]. En sacralisant les droits de l'individu, l'œuvre de la Révolution française consiste à « *accroître la puissance et les droits de l'autorité publique* ». Isolés dans l'ordonnancement juridique, les individus sont impuissants à s'élever contre l'Etat. Cet individualisme juridique hostile à tout esprit d'association ne correspond pas aux principes de l'individualisme originel[803]. Albert Schatz souligne, qu'au contraire, c'est par l'association que se développe l'individualité[804]. La *Loi le Chapelier* traduit donc davantage le rationalisme que l'individualisme de la Révolution française, comme le regrette Schatz dans une analyse reprise par Marcel Waline[805].

c. La confusion entre l'égalité formelle et l'égalité réelle

218. L'universalisme de la Révolution se décline à travers la reconnaissance de l'égalité de tous les hommes en droit. L'égalité préconisée par les libéraux soucieux de la réalisation de l'individu n'est pas une fin en soi. Elle permet simplement à tout individu de développer sa personnalité. A mesure que les droits naturels de l'homme se sont étendus aux droits fondamentaux de la personne humaine, tout individu est fondé à exiger de la puissance publique la jouissance des droits-créances, c'est-à-dire la fourniture d'un bien. La distinction entre l'égalité formelle sacralisée par les libéraux[806] et l'égalité réelle visée par les socialistes semble alors perdre de sa pertinence. L'individualisme juridique en tant qu'il permet un certain égalitarisme entre des individus isolés face à un Etat tout-puissant a pu susciter l'aversion des auteurs libéraux. La théorie des droits naturels conjuguée au principe démocratique de l'égalisation des conditions, mise en lumière par Tocqueville, scelle l'alliance entre l'idéologie des droits

[802] « […] *il n'y a plus en France que des individus dispersés, impuissants, éphémères : en face d'eux, le corps unique et permanent qui a dévoré tous les autres, l'Etat, véritable colosse, seul debout au milieu de ces nains chétifs.* », Hyppolite Taine cité par V. ZUBER *in Le culte des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 81.
[803] « *La Révolution a placé les individus dans un état d'isolement que ne comportait pas l'Ancien Régime et auquel A. de Tocqueville, usant d'un droit légitime, mais établissant une confusion dangereuse avec la doctrine générale dont nous retraçons l'évolution, donne le nom « d'individualisme*.», A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 285.
[804] « *L'individu réel qu'ils étudient, est, depuis qu'il vient au monde, membre d'une association, et c'est par l'association qu'il développe son individualité. Si la Révolution a méconnu ce principe fondamental de l'individualisme, c'est qu'elle a été plus rationaliste qu'individualiste et que, se laissant guider dans son application de la doctrine par des principes absolus, elle a substitué aux excès corporatifs de l'Ancien Régime l'excès contraire.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 531.
[805] « *Ainsi, pour certains tenants d'une doctrine néo-individualiste, la loi Chapelier ne serait pas une manifestation de l'individualisme, mais de cet esprit rationaliste que Taine avait dénoncé* […] *comme ayant dominé les révolutionnaires.* », M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op.cit.*, p. 12.
[806] « *L'individualisme n'admet qu'une égalité : celle des moyens pour tout individu de développer sa personnalité.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 533.

de l'homme et le développement de l'intervention de l'Etat, tout au long du XIXème siècle. Ceci explique la prise de distance de certains libéraux avec le projet révolutionnaire dès le début du XIXème. La critique de la Révolution de 1789 n'est pas uniquement conservatrice. Il existe une réaction libérale à l'individualisme rationaliste de la Révolution française. Celle-ci suscite, tout au long du XIXème siècle, une refondation de la théorie du droit par les juristes libéraux.

II. L'idéologie des droits de l'homme et la « *crise de l'universel* »[807]

La Déclaration des droits naturels de l'homme a pu servir de socle à l'édifice libéral tant qu'elle est demeurée un horizon en trompe l'œil, sans aucune conséquence juridique, sinon des obligations pour l'Etat de s'abstenir. Mais l'articulation entre le particulier et l'universel assuré par le règne de la liberté sous la loi (a) est compromis par le triomphe du pluralisme juridique dans la seconde partie du XXème siècle (b).

a. L'intégration libérale de l'individu au social par la loi

219. L'ambition du libéralisme n'est pas le salut de l'individu isolé. Elle est d'assurer la réalisation de l'individualité dans et par la société. Bien que l'individu soit incontestablement la première valeur du libéralisme, celui-ci n'a jamais cessé d'être une théorie du social et du politique. En France, le légicentrisme de la Révolution, a permis, pendant près de deux siècles (1789 – 1971), de poursuivre la quête des droits de chacun tout en préservant l'unité du Tout[808]. Le règne de la loi, expression de la volonté générale, garantit l'identification de toutes les consciences à l'ordre social par au moins deux moyens. Quand bien même la fiction des droits naturels postule leur précédence, c'est bien la volonté de la nation qui en permet la jouissance[809]. Par ailleurs, le contenu des droits de l'individu n'est pas absolu et invariable dès lors qu'ils s'inscrivent dans le

---

[807] « *L'actuelle crise de l'universel nous confirme qu'il y avait, dès l'origine du libéralisme en philosophie, et dans son cœur, un problème de résolution délicate*. », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme, op.cit.,* p. 355.

[808] « *Il faut ainsi rappeler un deuxième caractère de la loi : elle traduit le besoin d'une décision à la fois commune et publique par laquelle l'appartenance au Tout social se fait sentir à la conscience individuelle*. », L. JAUME, *op.cit.,* p. 345.

[809] « *Les droits de l'Homme sont en effet les droits de la nation souveraine : contrairement à une vision « individualiste » postérieure, les hommes de 1789 furent convaincus de l'identité fondamentale entre les libertés individuelles et la liberté de la nation.* », L. JAUME, *op.cit.,* p. 337.

cadre légal. Au nom des besoins et des possibilités de la société, le législateur peut moduler l'intensité des droits reconnus à tous[810]. Tant que le paradigme jusnaturaliste, selon lequel les individus possèdent des droits inaliénables et sacrés, était doublé par un positivisme légicentré[811], l'articulation de l'universel au pluralisme, indispensable à la marche du libéralisme, était assurée comme le soulignent Marcel Gauchet et Lucien Jaume[812]. Selon les deux auteurs, la dynamique des droits de l'homme à laquelle donne lieu la seconde partie du XXème siècle plonge la société libérale dans « *une crise de l'universel* »[813] et crée un risque de dislocation du social par le droit.

b. Le pluralisme juridique contre la société libérale

220. Le double mouvement d'internationalisation et de constitutionnalisation de la protection des droits de l'homme permet à tout individu de se prévaloir des droits et libertés contre l'œuvre du législateur national[814]. L'on assiste à un renversement du rapport entre la loi et le droit naturel issu de la philosophie kantienne. La réalisation des droits naturels de l'homme ne dépend plus de la prescription de la loi, expression de la volonté nationale. A l'inverse, les effets juridiques de la loi sont conditionnés au respect des droits de l'individu garanti par le juge. De l'ère de la liberté sous la loi, on passe à celle de la loi particularisée[815]. La loi ne devient du droit qu'à travers sa confrontation par le juge à l'archipel des droits individuels. La société libérale est donc confrontée à

[810] « *Le légicentrisme à la française organise donc un rapport entre droit naturel et loi qui sera inévitablement variable et révisable, puisque c'est du point de vue de la loi (comme eût dit Hegel) que la liberté naturelle s'envisage* […] », L. JAUME, *op.cit.*, p. 334.

[811] « *C'est notamment parce que le texte de 1789 promeut le rôle éminent de la loi que le juge français n'a pas besoin deux siècles après de raisonner en terme de droit naturel* […] », L. JAUME, *op.cit.*, p. 335.

[812] « […] *le souci des fondateurs du libéralisme était de gérer rationnellement la tension entre l'universel et le particulier : ils ne souhaitaient pas affaiblir la capacité normative du pouvoir politique* […] *il s'agissait* […] *d'assurer une universalité rationnelle du droit comme pôle indispensable face aux exigences de ce que l'on appellera, pour simplifier, le pluralisme*. », L. JAUME, *op.cit.*, p. 355.

[813] « […] *la crise de l'universel découle de la dynamique récente qui s'est développée dans le domaine des droits de l'homme. Dans un mouvement inverse de celui que supposait le rationalisme classique, la conscience individuelle veut se faire sentir au Tout,* […] *en tant que spécification qu'il faut reconnaître.* », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, *op.cit.*, p. 346 ; « *Ce remodelage de l'individu secoue l'un des implicites majeurs du libéralisme triomphant, à savoir l'insertion harmonique de la partie individuelle au sein du tout collectif* […] », M. GAUCHET, *op.cit.*, p. 258.

[814] « *Aujourd'hui, bénéficiant du processus de la hiérarchie des normes, ils peuvent invoquer le droit international et notamment européen, pour convaincre le juge administratif d'intégrer une conception concurrentielle de la puissance publique* […] », N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op.cit.*, p. 496, n°508.

[815] « *Ce schéma a l'intérêt de faire comprendre que plus la loi voudra pluraliser son objet d'application – ou plus on voudra pluraliser la loi -, moins le sentiment de l'appartenance au tout sera concret.* », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, *op.cit.*, p. 346.

une fuite en avant vers un pluralisme juridique sans limite qui compromet l'identification des individus à l'ordre social. Alors que la réalisation des droits de l'individu présentés comme naturels suppose une organisation collective toujours plus sophistiquée, la légitimité de celle-ci s'érode à mesure de la marche vers l'universalité des droits[816]. Le décalage entre la vocation universelle des droits de l'individu et le cadre politique au sein duquel ils sont réalisés s'accroît selon Marcel Gauchet[817]. L'individualisme juridique consacré au sommet de la hiérarchie des normes excite « *l'avidité des appétits* » des « *ayants droits* », tout en aboutissant à une contestation du pouvoir, seul capable d'en assurer la satisfaction. Cette contradiction caractérise l'impasse libérale par laquelle Georges Burdeau conclut la fin de son étude sur le libéralisme[818].

L'individualisme juridique ne garantit pas seulement le développement des droits de l'individu. Il attise nécessairement l'intervention de l'Etat et déstabilise le règne de la liberté sous la loi consacré par la Révolution. La survie de l'ordre libéral destiné à contenir le rôle de l'Etat, d'une part, et d'inscrire l'autonomie de l'individu dans la société, d'autre part, oblige à repenser l'articulation entre l'affirmation de l'individu libéral et le service de la puissance publique.

§2 - La conciliation des impératifs de l'individualisme libéral par la notion de service public

La théorie des droits naturels consacrée par les révolutionnaires français déforme la conception originelle de l'individu libéral qu'elle perçoit contre l'Etat. A l'origine de contradictions propres à la société postrévolutionnaire, l'articulation entre l'émancipation de l'individu et l'affirmation du rôle de l'Etat, suscite, dès le début du XIXème siècle, une réappropriation de l'individualisme juridique par les auteurs libéraux (A). Issue de cette refondation, la consécration de la notion de service public met la puissance publique au service de l'individu libéral (B).

---

816 « *La consécration des droits de chacun débouche sur la dépossession de tous*. », M. GAUCHET, *La révolution moderne*, Gallimard, nrf, Paris, 2007, *op.cit.*, p. 17.

817 « *L'universalité des droits ne s'accommode pas de la particularité des cadres politiques dans lesquels elle trouve à s'appliquer.* », *ibid.*

818 « *L'ayant droit, c'est l'homme de la revendication. Comme toute demande suppose un répondeur, c'est du pouvoir que l'on attend satisfaction. Cette demande le renforce.* […] *Dans cette perspective, il paraît évident que l'obstacle du libéralisme, c'est l'avidité des appétits* […] *C'est dans cette alternative que réside l'impasse libérale.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, *op.cit.*, pp. 294 et 295.

A. La réappropriation de l'individualisme juridique par les libéraux

Tout au long du XIXème siècle, en réaction au rationalisme des Lumières, des juristes libéraux français se livrent à une critique radicale de la théorie du droit naturel au profit d'une approche plus réaliste des libertés individuelles (I). Celle-ci aboutit à une réfutation de la conception absolutiste du droit de propriété, pourtant, à tort, systématiquement associée à la doctrine libérale, et cheval de bataille de ses adversaires (II).

I. La critique libérale de la théorie des droits naturels

221. Dans la mesure où elle vise à la réalisation de l'individu, la raison du libéralisme se traduit par la consécration juridique des droits individuels. Il ne fait aucun doute que, plus l'individu peut faire valoir ses droits à l'occasion des conflits qui l'opposent aux autres personnes physiques ou morales, et en particulier, à la puissance publique, plus l'organisation juridique satisfait aux préconisations du libéralisme[819]. Cependant, comme le met en lumière Albert Schatz dans son ouvrage *L'individualisme économique et social*[820], la majorité des auteurs libéraux s'appliquent à dissocier la quête des droits individuels de la référence à la théorie des droits naturels de l'homme. L'individualisme juridique des libéraux du XIXème siècle se rapporte davantage au problème de la fin du droit qu'à celui de sa source, pour reprendre la distinction introduite par Marcel Waline[821]. Les libéraux n'ont pas une conception abstraite d'un individu isolé détenteur de droits immuables contrairement au modèle promu par les juristes de la Révolution[822].

---

[819] « *De la démocratie libérale à la théorie des droits individuels, la transition est insensible* […] *L'individualisme est, par conséquent, conduit à reconnaître à l'individu certains droits et à définir leur nature et la sauvegarde qu'ils doivent trouver dans l'organisation juridique.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, pp. 295 et 296.

[820] *Op.cit*.

[821] M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op.cit.*

[822] « *Au point de départ, donc, aux XVIIème et XVIIIème siècles, le problème est celui du dégagement de l'individu de droit par abstraction de la société réellement existante et des liens sociaux effectivement régnants, qui sont hiérarchiques, organiques, holistes, bref anti-individualistes. C'est à ce travail d'extraction que la fiction de l'état de nature sert de levier.* » et « *Voilà tout le secret de la relance de la philosophie de la liberté au XIXème siècle, sur des bases nouvelles, loin des nuées où s'étaient égarés les révolutionnaires* […] *Elle renverse la démarche par rapport aux théoriciens du droit naturel. Eux partaient des droits originairement détenus par les atomes individuels ; elle arrive aux droits des parties en partant du tout social et de sa dynamique.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, pp. 278 et 259.

L'individu libéral n'est jamais pensé en dehors de son appartenance sociale. Puisque « *l'individu n'existe que par et dans la société* »[823], il n'est pas de droits individuels qui ne soient une création sociale[824]. Edouard de Laboulaye, dont on ne peut nier le libéralisme, écrit dès 1839 qu'il ne saurait être question de droit naturel pas plus que d'état naturel préexistant à la société[825]. Même pour un libéral radical tel Charles Dunoyer[826], les droits et libertés ne sont pas considérés comme « *un attribut de l'homme* » mais comme « *un attribut de sa civilisation* », c'est-à-dire de sa socialisation[827]. Cette conception concrète des droits et libertés de l'individu portée par les libéraux tout au long du XIXème siècle[828], et qui découle de la distinction entre droits individuels et droits naturels, est rarement relevée par les juristes alors qu'elle est, selon Albert Schatz puis Marcel Gauchet, un fondement incontournable de la doctrine libérale[829]. En France, la plupart des juristes français spécialistes des libertés publiques se réclament de la tradition des droits naturels, au nom d'un courant libéral classique en réalité interrompu aux portes du XIXème siècle. Il semble qu'il y ait un décalage entre l'évolution de la pensée libérale depuis près de deux siècles et l'héritage revendiqué par la majorité des juristes. Finalement, seuls les représentants du positivisme sociologique, tel le professeur havrais Gilles Lebreton, semblent tenir compte de cette refondation sociale de la science du droit[830], initiée par les juristes libéraux du XIXème siècle.

---

[823] « *L'individu n'existe que dans la société et par la société* », VACHEROT, *La Démocratie*, Bruxelles, 1860, p. 230.

[824] « *Pour eux, les droits de l'individu sont, tout d'abord d'origine sociale*. », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 304.

[825] « *Nous n'admettons point, dit de droits naturels, non plus que d'état naturel préexistant à la société* », E. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, Livre 1, chapitre 1, p. 60.

[826] « *Dunoyer réussit le tour de force de devenir un grand commis de* l'Etat […] *tout en étant l'auteur d'ouvrages inspirés par un libéralisme radical*. », A. LAURENT, Les penseurs libéraux, op.cit., p. 761.

[827] « *Au lieu de considérer la liberté comme un dogme, je la présenterai comme un résultat ; au lieu d'en faire l'attribut de l'homme, j'en ferai l'attribut de sa civilisation* […] », C. DUNOYER, *De la liberté du travail*, pp. 19 et 20, cité par A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 187 et par M. GAUCHET, *op.cit.*, p. 259.

[828] « *L'individualisme libéral du XIXème siècle ne provient pas en ligne directe de l'individualisme abstrait des théories du droit naturel, il procède d'une réappropriation à la lumière de l'orientation historique, une réappropriation critique qui récupère l'individu concret en rejetant conjointement la fiction de l'état de nature, l'abstraction atomiste et les chimères du contrat social.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 258.

[829] « *Un premier résultat est donc acquis : les défenseurs des droits individuels ne se posent pas en défenseurs de ces droits naturels, au nom desquels on prétend désorganiser la société. C'est au contraire le progrès social qui garantit à l'individu ses libertés, et leur justification repose sur l'utilité sociale. Aux yeux des libéraux, il n'est pas de fondement plus inébranlable.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 306 ; « *Les libertés effectives seront d'autant mieux assurées qu'elles seront dégagées des figures utopiques qui avaient initialement permis de les penser : s'il est un article de foi largement répandu dans le camp libéral, c'est celui-là.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 279.

[830] « *Sa supériorité* […] *est donc de dégager le droit du piège irrationnel de la métaphysique, et par conséquent de le traiter en science sociale*. », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 26.

222. L'interprétation de l'individualisme juridique comme perspective plutôt que comme condition à la marche de la société libérale va par ailleurs de pair avec une conception beaucoup plus réaliste et fonctionnelle des droits et libertés individuels que celle déduite de la théorie des droits naturels. Puisque leur effectivité est le résultat de la dynamique de la société, la jouissance individuelle des droits de l'homme n'est jamais disjointe de leur utilité sociale[831] comme l'atteste la conception libérale du droit de propriété au XIXème siècle.

II. La conception libérale du droit de propriété

223. De la critique libérale des théories du droit naturel, découlent des liens entre le libéralisme et le droit de propriété moins univoques que ce qui est couramment admis. La tradition libérale est généralement associée à la conception absolutiste du droit de propriété[832]. Depuis les théories d'Hobbes et de Locke, liberté et propriété se confondent. Limiter le droit de propriété de l'individu au nom de l'utilité publique ou des besoins de la société revient à attenter à la liberté individuelle, selon les disciples de « *l'individualisme possessif* »[833]. L'individu est ontologiquement propriétaire de sa personne, de ses facultés et des fruits de son travail. Pour la jouissance de ses biens, en aucune manière, il n'est redevable à la société[834].Une certaine lecture des origines philosophiques du libéralisme exonère ainsi l'exercice du droit de propriété de toute fonction sociale[835], puisque l'homme est un « *animal propriétaire* » avant d'être un

---

[831] « *Les droits individuels devront donc être cherchés dans un tout autre ordre d'idées. D'autre part, les droits que nous reconnaîtrons, dans un intérêt social, n'ont pas de valeur par eux-mêmes. Leur rôle économique ne commence que le jour où une organisation judiciaire leur confère la réalité qui résulte de l'existence de sanctions, elles-mêmes définies, et d'un appareil coercitif régulier auquel l'individu peut faire appel pour en conserver la jouissance. C'est à cette condition que l'individu peut compter sur eux et que le droit remplit véritablement sa fonction sociale.* » et « *Le droit est donc par essence quelque chose de stable. Il n'en résulte pas que les institutions juridiques soient figées et non modifiables ; elles peuvent être, au contraire, et elles sont en réalité soumises à des transformations profondes, déterminées par les conceptions diverses que les sociétés peuvent se faire de l'utilité sociale.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, pp. 300 et 302.

[832] C.B. MACHPERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke*, Gallimard, Paris, 1971.

[833] *Ibid.*

[834] « […] *cela revient surtout à affirmer que, de son travail et de ce qu'il produit, l'homme n'est nullement redevable de la société civile.* » et « *L'individu n'est absolument pas redevable à la société de sa personne ou de ses facultés, dont il est par essence le propriétaire exclusif.* », C.B. MACPHERSON, *op.cit.*, pp. 243 et 287.

[835] « *La tradition voyait dans la propriété et le travail des fonctions sociales, et estimait que le fait d'être propriétaire entraînait des obligations envers la société : c'est cette théorie que Locke sape à la base.* », C.B. MACHPERSON, *op.cit.*, p. 243.

« *animal politique* »[836]. Pierre Manent souligne dans son *Histoire intellectuelle du libéralisme* que le droit de propriété de l'individu, par nature illimité et au fondement de toute vie sociale, irrigue le programme libéral[837]. Cette conception à la fois fondamentale et absolutiste du droit de propriété permet, en outre, d'opposer les doctrines libérales aux courants socialistes.

224. Il convient néanmoins de nuancer cette sacralisation libérale du droit de propriété à deux égards. Il faut d'abord distinguer le « parti libéral » du libéralisme. S'il est incontestable que, dans le paysage politique depuis le début du XIXème siècle, « les libéraux » ont pu soutenir la théorie absolutiste du droit de propriété, cette posture, adoptée au prix d'une certaine déformation ou réduction des valeurs libérales, n'était pas dénuée de tout lien avec la défense des intérêts conservateurs de la classe possédante[838]. Ensuite et surtout, le droit de propriété, consacré par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, a bien été placé au fondement du nouvel ordre social établi par la Révolution. Mais, l'échec patent et rapide de la société révolutionnaire entraîne une remise en question des postulats sur lesquels elle s'est édifiée. L'on assiste, notamment, tout au long du XIXème siècle, à une refondation sociale du droit de propriété par les penseurs, et en particulier par les juristes libéraux. Alors qu'en Angleterre, l'utilitarisme de Jérémy Bentham et William Godwin contient la critique la plus sérieuse de la théorie lockéenne de la propriété[839], en France, les plus illustres représentants du courant libéral développent une conception sociale du droit de propriété déconnectée de toute métaphysique jusnaturaliste. Dès l'introduction de *l'Histoire du droit de propriété foncière en Occident* publiée en 1839, Edouard de Laboulaye insiste à la fois sur l'origine sociale du droit de propriété et sur sa dimension

---

[836] « *L'homme n'est pas naturellement un animal politique : c'est un animal propriétaire et travailleur* […] », P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, *op.cit.*, p. 97.

[837] « *On voit pourquoi le programme libéral, une fois qu'il est complètement élaboré, fait du droit de propriété, et tend à faire de l'économie en général le fondement de la vie sociale et politique* […] », *id.*, p. 103.

[838] « *Un gouvernement libéral fut moins un gouvernement qui élargit le champ des bénéficiaires de la liberté qu'un gouvernement qui défend les situations acquises par la liberté.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, *op.cit.*, p. 144.

[839] « *Pas de* "Bill des droits", *de* "Déclaration des droits", *supposée obligatoire d'une façon perpétuelle à dater du jour où elle aura été promulguée. Si Bentham tient à ce que la constitution soit enregistrée dans un code* […] *il ne veut pas que cette constitution soit précédée d'une déclaration de principes considérés comme immuables et supérieurs à toute critique*. » et « *D'où un renversement absolu de la notion vulgaire de propriété. Dans le problème général de la propriété,* […] » E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, PUF, Paris, 1995, tome III, p. 120 et tome II, p. 72.

relative[840]. « *Le droit de propriété est une création sociale* »[841], résume clairement le futur professeur de législation comparée au Collège de France. Cette nature sociale du droit de propriété exclut nécessairement son caractère absolu et implique sa variabilité en fonction des « *différents besoins de la grande famille humaine* »[842]. Près d'un demi-siècle plus tard, alors que les conséquences de la révolution industrielle et le succès des idées socialistes interpellent explicitement les travaux des juristes, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil exalte les principes libéraux pour répondre à « *la question sociale* »[843]. Le succès des idées libérales nécessite, selon le juriste, de prendre conscience que « *la possession de richesses est une fonction sociale* » qui « *impose des devoirs* ». Dans un chapitre consacré à la propriété privée, l'auteur insiste sur son « *rôle social* » et sur « *l'utilité dans l'arrangement économique* » d'une « *fonction qui impose des obligations* »[844].

225. Si Laboulaye écrit en réaction aux fantaisies rationalistes de la Constituante et Courcelle-Seneuil contre les errements du« *régime très simple et très rationnel* » mis en place par les législateurs de la Révolution cent ans auparavant[845], les deux publicistes libéraux se réclament de l'héritage de Montesquieu[846]. Leurs œuvres sont d'incontestables plaidoyers pour la défense de la propriété privée, sous couvert de la

---

[840] « […] *le droit n'est ni un arbitraire, ni un absolu, mais le résultat nécessaire des mœurs, des idées, de la religion, du gouvernement ; que le droit en un mot est le critérium de la civilisation, et l'histoire du droit par conséquent l'histoire la plus certaine du développement social.* », E. de LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, p. 16.

[841] *Id*., p. 59.

[842] « *Les lois ne protègent pas seulement la propriété ; ce sont elles qui la font naître, qui la déterminent, qui lui donnent le rang et l'étendue qu'elle occupe dans les droits du citoyen* […] *les droits que confère cette détention du sol, soit dans l'ordre politique, soit dans l'ordre de la famille, ne sont point des droits absolus, des droits naturels, antérieurs à la société, ce sont des droits sociaux qui varient suivant les différents besoins de la grande famille humaine.* », *id*., p. 60.

[843] J-G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit : étude des principes*, Guillaumin, Paris, 1887, p. 269.

[844] « *Mais la théorie de la propriété, la raison de son maintien, se fonde sur son utilité comme fonction dans l'arrangement économique, sur sa nécessité. On ne peut la comprendre si avec le vulgaire, on considère la propriété des biens comme un moyen gratuit de jouissance attribué au propriétaire et non comme une fonction qui implique des obligations.* », *id*., p. 274 ; « *La propriété d'un individu n'est autre chose que l'ensemble des espérances que lui présente l'état social existant et en vue desquelles il a arrangé sa vie.* », COURCELLE-SENEUIL cité par A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 301.

[845] « *Ce régime très simple et très rationnel* » aboutit au « *retour à la sauvagerie primitive* » et « *La société a subi, à la fin du siècle dernier, un grand ébranlement : on a brisé les arrangements anciens fondés sur une vieille tradition, et déclaré qu'on ne voulait plus accepter que des arrangements rationnels et scientifiques* […] *tandis que les penseurs les plus éminents, considérant la propriété privée comme un fait naturel et nécessaire, négligèrent d'en rechercher les fondements et d'en rendre compte* », J-G. COURCELLE-SENUEIL, *op.cit.*, pp. 104 et 180.

[846] Dès les premières pages de leur ouvrage Laboulaye et Courcelle-Senueil se réfèrent à Montesquieu, voir E. de LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, *op.cit.*, pp. 6 et 7, puis une trentaine de fois au cours de l'ouvrage, et J-G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit : étude des principes*, *op.cit.*, p. 1.

formulation d'une théorie réformée du droit de propriété. *L'Esprit des lois* contient selon Laboulaye, à la fois une récusation des théories du droit naturel de la Révolution et les fondements d'une théorie sociale de la propriété[847]. Au sein même de la pensée libérale, la discorde amorcée par la conception du droit de propriété selon Montesquieu est telle qu'il est jugé comme un promoteur de l'Etat-providence et comparé à un socialiste par le professeur de droit Charles Beudant à la fin du XIXème siècle[848]. La dissidence de Montesquieu par rapport à l'orthodoxie libérale est confirmée par les analyses contemporaines de Céline Spector pour qui la lecture de *l'Esprit des lois* permet un usage « *social* », « *politique* » et « *régulé* » de la propriété[849]. Selon la philosophe, l'œuvre de Montesquieu échappe à la critique adressée à « *l'individualisme possessif* », et autorise à dissocier le libéralisme politique de la théorie « libérale » de la propriété fondée sur le « *désir acquisitif lié à la nature de l'homme* »[850]. La théorie libérale et sociale du droit de propriété présentée par Montesquieu au milieu du XVIIIème siècle permet de déceler une certaine filiation entre un des auteurs les plus emblématiques de la pensée libérale française et le positivisme sociologique, au fondement de la notion de service public. Si Montesquieu est bien selon Raymond Aron « *le premier des sociologues* »[851], la révolution durkheimienne de la fin du XIXème siècle, au fondement de la théorie duguiste du service public, opère un retour à

---

[847] E. de LABOULAYE, *op.cit.*, p. 60.

[848] « *Sur la question fondamentale du droit de propriété, il* [Montesquieu] *est inférieur à tous ses devanciers depuis le XVIème siècle* […] *Faute d'avoir placé la source du droit dans l'homme même, dans la liberté de la volonté, il n'a pas compris ce qui semblait cependant n'être plus contesté depuis Locke, que l'autorité est inhérente à l'individu ; par suite il n'a pas trouvé l'explication de l'Etat et de ses attributions. Lui, individualiste par toutes les tendances, il garde le préjugé de l'Etat providence : il croit à la légitimité des lois somptuaires ; il admet que l'Etat dirige a répartition des richesses et fixe une limite aux fortunes particulières ; ni plus ni moins qu'un simple socialiste de nos jours* […] », C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Arthur Rousseau, Paris, 1891 pp. 126-127.

[849] « *Montesquieu récuse l'idée d'un droit naturel à la propriété car celle-ci émerge au sein de rapports économiques et sociaux qui en définissent la teneur. En ce sens, son œuvre échappe à la critique qui peut être adressée à la conception universaliste et anhistorique de l'individu* "libéral" *» et « Loin de la représentation convenue du libéralisme politique qui associe la démocratie à l'usage libérale de la propriété, L'esprit des lois envisage un usage politique régulé de la propriété.* », C. SPECTOR, *op.cit.*, pp. 116 et 104.

[850] « *L'œuvre de Montesquieu permet ainsi de reconsidérer l'idée d'une genèse commune du libéralisme et de l'économie politique à partir d'une réflexion sur l'individu propriétaire porteur de droits. L'esprit des lois ne propose pas de théorie libérale de la propriété et du désir acquisitif lié à la nature de l'homme ; il n'est pas partie prenante de l'histoire de « l'individualisme possessif»*», C. SPECTOR, « Variations de la propriété. Montesquieu contre l'individualisme possessif », *in* B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, *op.cit.*, p. 116 ; « […] *la lecture libérale produit le plus souvent des illusions de perspective et des effets d'occultation.* », C. SPECTOR, « Montesquieu était-il libéral ? », *in* G. Kévorkian, *La pensée libérale*, Ellipses, Paris, 2010, p. 70.

[851] « *Montesquieu est en un sens le dernier des philosophes classiques et en un autre le premier des sociologues.* », R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967, p. 66.

l'individualisme irrémédiablement social du libéralisme du XVIIIème siècle. « *L'anarchisme de la chaire* »[852] de Léon Duguit est davantage un libéralisme qu'une inclination socialiste : un libéralisme « *anti-individualiste* » pourtant résolu à considérer l'individu comme « *la fin unique du droit* »[853].

226. La réappropriation sociale du droit de propriété s'inscrit dans le prolongement des critiques des théories du droit naturel qui ont plongé la société post révolutionnaire dans l'impasse « libérale ». D'un bout à l'autre du XIXème siècle, elle traverse l'œuvre des auteurs libéraux, et notamment des plus juristes d'entre eux, à la recherche d'une notion qui permette de continuer la quête des droits individuels sans pour autant nier leurs rapports aux modalités de l'organisation sociale de laquelle ils dépendent. En France, la doctrine partage encore majoritairement la conception « classique » et surtout absolutiste du droit de propriété tel qu'elle est prescrite par l'article 544 du *Code civil*[854]. Les juristes français sont davantage imprégnés par la conception révolutionnaire de la propriété que par la refondation sociale de ce droit par les libéraux du XIXème siècle[855]. Néanmoins, rien ne semble distinguer la conception du droit de propriété des juristes libéraux du XIXème siècle de celle exposée par le professeur Gilles Lebreton, dans son manuel de *Libertés publiques et droits de l'Homme*, pour qui « *la propriété est par essence une institution sociale ; le simple fait de l'exercer est donc la manifestation d'une vie en collectivité ; on peut donc légitimement hésiter à le ranger dans les libertés individuelles* »[856]. La doctrine française n'est donc pas totalement imperméable au cheminement accompli par la pensée libérale depuis 1789[857]. Le « sociologisme » d'une

---

[852] Expression employée souvent à l'égard de Léon Duguit mais considérée comme « *largement excessi*[ve] » par le professeur Fabrice Melleray : « *Un tel épithète (également utilisé par Adhémar Esmein ou encore Léon Michoud)* […] *semble largement excessif* », F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », in N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, Paris, 2009, p. 232.

[853] « *Dans cette perspective, Duguit est à la fois anti-individualiste […] et libéral dans la mesure où pour lui l'individu est la seule réalité et la fin unique du droit.* », *id.*, p. 225.

[854] *« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* [..] », Art. 544, *Code civil*.

[855] « *Le droit de propriété est donc comme le droit tout entier une création sociale.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 304.

[856] « *Mais ce n'est pas non plus un droit qui peut s'exercer* "dans la solitude" *d'une façon aussi radicale que, par exemple, la liberté d'aller et venir, car la propriété est par essence une institution sociale ; le simple fait de l'exercer est donc la manifestation d'une vie en collectivité ; on peut donc légitimement hésiter à le ranger dans les libertés individuelles.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 44.

[857] « *Le libéralisme qui triomphe durant le second XIXème siècle est un libéralisme du social-historique et de la réalisation de la liberté par le social-historique. Le droit qu'il affectionne, c'est le droit positif des codes et des jurisprudences, le droit de l'arbitrage et de la composition judiciaire entre parties*

partie de la doctrine libérale, confortée au cours du XIXème siècle par certains juristes français, annonce l'avènement de la notion de service public.

B. L'individualisme libéral et la notion de service public

L'individualisme libéral issu de la refondation opérée par les auteurs du XIXème siècle subordonne le développement des droits individuels à l'état des rapports sociaux transcrits par la notion nouvelle de service public (A). Celle-ci impose à la puissance publique de remplir les fonctions sociales indispensables à la réalisation de l'autonomie individuelle, sans pour autant compromettre l'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants (B).

I. La régulation sociale des droits individuels

227. L'impasse libérale dans laquelle l'épisode révolutionnaire plonge la société française réside dans la prise en compte de l'autonomie individuelle comme condition plutôt que comme finalité de l'organisation sociale[858]. Considérer l'individu isolé titulaire de droits naturels revient en 1789 autant à consacrer l'ordre étatique qu'à nier la dynamique sociale de l'individuation. Or, la réalisation de l'autonomie de l'individu ne consiste pas à occulter les liens de dépendance qui existent entre la société et ses membres mais, à l'inverse, à découvrir et à régir les liens de solidarité qui existent entre l'organisation du tout et la liberté des parties. La réappropriation de « l'individu concret » à laquelle se livrent les juristes libéraux, tout au long du XIXème siècle, trouve donc un écho particulier dans la conception solidariste de la liberté développée à partir des travaux d'Emile Durkheim et auxquels Léon Duguit, théoricien de la notion de service public, se réfère explicitement. Contrairement à ce qu'affirment les doctrines « individualistes » de la Révolution dénoncées par Duguit, mais conformément à ce que préconisent les représentants de « l'individualisme libéral » du XIXème siècle réhabilité

---

contractantes – surtout pas l'improbable droit naturel. », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 260.

[858] « *C'est de cette incarnation de la liberté que s'empare le libéralisme et dont il se fait le champion. Il peut ainsi faire sienne la critique de l'atomisme abstrait des théoriciens du droit naturel, tout en la tournant au profit de la perspective social-historique. L'individu n'est pas au départ, il est à l'arrivée.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 279.

par Albert Schatz[859], « *l'individu isolé ne peut avoir de droits* […] *puisque ceux-ci ne peuvent être antérieurs à la société* ». La conception solidariste de la liberté, selon laquelle la jouissance de droits pour l'individu a pour contrepartie l'accomplissement d'une fonction sociale, permet de ne pas dissocier le développement des droits individuels de l'organisation de la société. Duguit considère « *la masse des consciences individuelles* »[860] à la source de la règle de droit et l'individu comme seule fin du droit, mais il conteste radicalement la théorie des droits naturels de l'homme ce qui lui permet de prendre la doctrine individualiste à « *contrepieds* »[861] selon Madame Espagno. La valeur des droits n'est pas absolue, elle est fonction de leur utilité sociale, comme l'illustre la théorie duguiste du droit de propriété[862]. Certes, la reconnaissance et la protection des droits individuels sont le sens de la dynamique de l'ordre juridique mais elles sont toujours déterminées par « le fait social ». Or, l'interdépendance sociale ne s'amenuise pas à mesure que progresse l'autonomie de l'individu. L'émancipation de l'individu ne se réalise pas au détriment des fonctions assumées par la société. Au contraire, plus une société politique a pour objectif la liberté de ses membres, plus l'organisation collective est en ordre de marche[863]. Ambition du libéralisme, l'autonomie individuelle suppose l'intensification de l'interdépendance sociale assumée de près ou de loin par la puissance publique, à travers la notion de service public.

---

[859] « *Dans la conception individualiste, le droit appliqué au milieu économique est la traduction de l'utilité sociale et non de la raison* […]. *Le droit est l'expression codifiée de l'utilité sociale, connue par l'expérience héréditaire des hommes réunis. L'individu n'a pas de droits naturels à proprement parler puisqu'il est par lui-même un pauvre être misérablement faible, auquel la nature n'a donné qu'un droit concret et palpable : celui de mourir aussitôt sa naissance si aucun secours étranger ne lui conserve l'existence. Le droit est donc nécessairement une création sociale.* », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 298.

[860]

[861] « *Duguit revendique la construction d'une doctrine juridique différente, prenant le contrepied de la doctrine individualiste.* », D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la Sociologie et du Droit*, *op.cit*., p. 87.

[862] « *Le propriétaire capitaliste est investi d'une fonction sociale déterminée.* » et « […] *il n'est pas douteux que la conception de la propriété droit subjectif disparait pour faire place à la conception de la propriété fonction sociale.* », L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Alcan, Paris, 1908, pp. 118 et 148.

[863] « *L'individualisme économique et politique, enfin, n'attend de progrès réel et durable pour les hommes assemblés sous le nom de société, que de leur propre perfectionnement d'individus, de leur éducation économique et politique, du développement incessant, sous l'action de la concurrence libre, de leur initiative et du sentiment de leur responsabilité individuelle, l'Etat se bornant à jouer un rôle croissant en importance, mais aussi en spécialité, consistant à faire régner la sécurité, l'ordre public et le respect des contrats et à seconder dans une mesure variable les efforts d'individus isolés ou associés, tendant à améliorer eux-mêmes leur condition*. », A. SCHATZ, *op.cit.*, p. 528.

II. L'assujettissement de la puissance publique au social par le service public

228. Selon Duguit, l'ensemble des services publics assumés, au nom de l'interdépendance sociale, par la puissance publique, sont autant d'obligations juridiques qu'il incombe aux autorités publiques de satisfaire. De ce fait, la notion de service public légitime et accroît le rôle des gouvernants. Au gré de l'évolution de l'interdépendance sociale, elle leur confère de nouvelles fonctions et les moyens d'y pourvoir. Les services assumés par la puissance publique se développent à l'aune du processus d'individualisation du social. La sphère publique augmente et le libéralisme est pris « *à contre-pied* »[864], pour reprendre l'expression de Marcel Gauchet.

229. Renforcé, le pouvoir n'en est pas moins également limité et enfermé par la notion de service public, ce qui permet à la professeure Marie-Joëlle Redor de souligner la convergence des préoccupations des libéraux et de celles de l'école du service public[865]. Surtout, l'objectif libéral d'assurer l'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants se réalise à travers la notion de service public. Ce n'est pas tant la limitation du périmètre d'intervention des autorités publiques qui anime le libéralisme que le fait de s'assurer que le pouvoir ne puisse agir unilatéralement et arbitrairement sur les gouvernés[866]. Or, la règle de l'interdépendance sociale, codifiée par la notion de service public, permet de disjoindre l'action du pouvoir de la volonté des gouvernants. L'arbitraire du pouvoir est neutralisé car « *si l'obligation de service public nait des rapports sociaux, de l'interdépendance sociale, c'est également de la société que provient leur sanction* »[867]. L'intervention de la puissance publique est dictée et régie par la loi sociale. Le service public est d'abord une notion de limitation de l'Etat, elle

---

[864] « *Le libéralisme est bousculé sur son propre terrain par un développement de l'individualisme qui prend à contre-pied la vision qu'il s'en était formée et par laquelle il avait pensé en maîtriser la dynamique, en écartant les chimères abstraites du droit naturel.* », M. GAUCHET, *op.cit.*, p. 257.

[865] « […] *l'État ne peut faire aucune loi qui porte atteinte au libre développement de l'activité individuelle, non pas parce qu'il devrait respecter les droits naturels de l'individu, comme le dit la théorie libérale classique, mais parce que ce libre développement est nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale* », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op.cit.*, p. 76.

[866] « […] *l'Etat qu'ils combattent, c'est celui de l'absolutisme, l'oppresseur de l'autonomie individuelle, ce n'est pas celui qu'ils se proposent d'édifier. Ils ne conçoivent pas que l'on puisse opposer l'individu à l'Etat dès lors que celui-ci* […] *n'a d'autres pouvoirs que ceux que les hommes lui ont délégués pour qu'il assure leur liberté.* », G. BURDEAU, *Le libéralisme*, *op.cit.*, p. 45.

[867] « *C'est effectivement la société qui produit l'obligation de service public. Ensuite c'est également elle qui en assure la sanction. Autrement dit, le service public et l'obligation de service public qui lui est assortie naissent des rapports sociaux, de l'interdépendance sociale. Mais c'est également de la société que provient la sanction.* », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit français*, *op.cit.*, p. 827.

opère donc une fonction libérale. Le devenir des gouvernés ne dépend plus de la volonté des gouvernants[868], le mal libéral - la soumission des individus à l'arbitraire du pouvoir - est conjuré. L'indépendance des premiers à l'égard du second est donc accomplie a travers le service public. L'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants est désormais effective à mesure que leurs relations sont canalisées, scellées par la règle de l'interdépendance sociale. La théorie duguiste « *n'est pas exempte de traits libéraux* »[869].

230. A la fin du XIXème siècle, la découverte de la notion de service public par les publicistes concilie les impératifs posés par la question sociale dans une société libérale. L'objectif de réaliser l'autonomie individuelle suppose une organisation sociale plus sophistiquée, mais la phobie d'Etat exige de la limiter par le droit. Comme l'a exprimé Léon Duguit, de la manière la plus engagée, le service public légitime autant qu'il limite l'intervention étatique. Il subordonne l'action de la puissance publique à la règle sociale au service de l'individualisation.

SECTION 2 - L'INDIVIDUALISATION DU DROIT DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC

L'autonomie de l'individu dans la société est le projet du libéralisme. Il consiste à ériger le sujet individuel en unique maître de sa destinée. Dans les sociétés libérales, les mécanismes traditionnels de solidarité qui pèsent comme des liens de dépendance entre les individus ont ainsi vocation à être remplacés par une organisation collective régie par les principes généraux inspirés de l'idéal révolutionnaire. Celle-ci vise à garantir l'autodétermination des individus. Subjectivisé, le droit des services publics reflète l'emprise de cette quête de l'autonomie individuelle sur les institutions de la société libérale. Au travers de son régime juridique, la puissance publique accompagne le processus d'individualisation dans la société.

---

[868] « […] *ce que Duguit a légitimé est l'intervention publique, car il voit dans le développement des services publics une exigence de l'interdépendance sociale, mais pas les pouvoirs des gouvernants car il leur nie de manière aussi acharnée que constante la faculté d'imposer leur volonté, affirmant qu'ils n'ont que des devoirs objectifs.* », F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », *in* N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, Paris, 2009, p. 251.
[869] *Id*., p. 255.

Alors que l'organisation des services publics tend à être subordonnée à la garantie des droits indispensables à l'autonomie des individus (§1), leur fonctionnement reflète la subjectivisation du droit administratif (§2).

§1 - L'organisation des services publics dictée par les droits et libertés individuels

L'organisation des services publics incombe aux gouvernants mais ne relève rarement de leur discrétion. A mesure que sont consacrés les droits fondamentaux nécessaires à l'autodétermination des individus, les gouvernants sont liés juridiquement par l'obligation de créer certains services publics (A) et d'en aménager l'accès à l'ensemble des membres de la société afin de garantir leur autonomie (B).

A. L'obligation de créer un service public en vertu d'un droit fondamental

231. La création des services publics est en principe une compétence de l'exécutif sous la Vème République. Il appartient cependant également au représentant de la souveraineté nationale d'engager la puissance publique à assumer de nouveaux services. La compétence de l'organe législatif, justifiée par le degré de légitimité nécessaire pour décider du contenu de l'intérêt général, pour limiter le cas échéant certaines libertés publiques et pour employer les deniers publics au financement de ces services, est cependant encadrée par la garantie des droits fondamentaux. L'existence de certains services publics est constitutionnellement exigée pour assurer le respect des droits et libertés indispensables à l'autodétermination des individus. Les spécialistes du droit des services publics font, en effet, un lien explicite entre les droits reconnus par la Déclaration de 1789 ou le Préambule de 1946 et les services publics nationaux dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel[870]. Après les services publics de

[870] Les auteurs font référence d'abord aux services publics régaliens, dont on a vu qu'ils étaient le corollaire indispensable à la garantie des premiers droits et libertés proclamés par la Déclaration de 1789, puis aux services publics de nature économique et sociale exigés par le Préambule de 1946 : « […] *la catégorie des services publics constitutionnels embrasse les services publics régaliens et, sans doute, tous les services publics liés à la satisfaction de droit créance dans le domaine social* […] *Les articles 12 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui évoquent implicitement les deux grands services publics régaliens* […] *De même, le point 13 du préambule de la Constitution de 1946* […] », S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, Thémis droit, 2ème éd., 2007, p. 11 ; « *Sont usuellement considérés comme services publics exigés par la Constitution, les différents services qualifiés de régaliens* […] *Les autres services publics cités explicitement ou implicitement dans le texte constitutionnel peuvent être discernés à partir des droits économiques et sociaux exposés dans le*

l'éducation, de la santé, de la culture et de l'aide sociale, dont le fondement juridique réside dans les droits-créances contenus dans le Préambule de 1946, la plupart des auteurs considèrent la reconnaissance du droit à un logement décent, en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle, comme une obligation pour le législateur d'organiser le service public du logement[871]. Parallèlement à la constitutionnalisation des droits, le développement de la protection internationale et européenne des droits de l'homme impose aux Etats la création de certains services publics. L'obligation d'organiser le service public des demandeurs d'asile politique découle ainsi du Préambule de la Constitution de 1946, mais également de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Le service public de l'emploi doit lui être institué en vertu de la Convention de l'Organisation internationale du travail. Enfin, les services publics en réseaux, qu'ils s'agissent du service postal ou du transport des personnes, indispensables à l'effectivité des libertés d'aller et venir et de communication, sont également encadrés par les textes de droit international ou communautaire, même si le droit de l'Union européenne aborde la question de l'organisation de ces services principalement sous l'angle de leur libéralisation.

232. L'Etat demeure, en principe, par la voix du législateur ou de l'exécutif, « *le maître de la répartition des compétences* »[872] en matière d'organisation des services publics, mais il convient d'observer, qu'au fur et à mesure de la marche des sociétés libérales, le pouvoir des Etats est lié par des textes de droit à valeur constitutionnelle ou *supra* législative qui protègent l'autodétermination des individus. Celle-ci semble, d'ailleurs, renforcée par l'éventuelle reconnaissance d'un droit fondamental à l'accès aux services publics.

Préambule de 1946. », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat droit public, 3ème éd., §328, p. 167.

[871] « *D'autres services publics, sans être « constitutionnels », peuvent être considérés comme découlant de principes à valeur constitutionnelle voire d'objectifs à valeur constitutionnelle, comme le droit à un logement décent qui induit une notion de « logement social » dans le champ des service publics.* », *ibid*.

[872] J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, et C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2012, p. 149.

B. *L'éventuelle consécration d'un droit fondamental à l'accès aux services publics*

Dans nos sociétés libérales, l'autonomie des individus suppose un certain degré d'intégration sociale. L'accès de tous à certains droits fondamentaux est un rempart contre l'exclusion des plus démunis comme l'affirme l'article 1er de *la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions* du 29 juillet 1998[873]. Dans son manuel de libertés publiques, Jean Rivéro souligne que le service public est, pour la satisfaction de tels droits, « *le procédé le plus normal* »[874]. La garantie de l'accès aux services publics est un moyen de freiner l'exclusion et d'œuvrer pour l'autonomie des personnes[875]. Si le principe d'égalité des usagers devant l'accès au service public est garanti, l'on ne peut pas considérer qu'il existe, en droit interne, un droit subjectif à la création de services publics en général. La notion d'accès au service n'est cependant pas absente du droit des services publics (I), et l'évolution du droit de l'Union européenne pourrait aboutir à la consécration d'un tel droit (II).

I. Le droit d'accès au service public dans la jurisprudence administrative

233. La jurisprudence administrative tient compte de l'exigence d'accessibilité à certains services puisque le Conseil d'Etat admet explicitement depuis la décision du 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, que les collectivités territoriales créent un service public local pour permettre aux plus modestes d'accéder à un service essentiel[876]. La création des services publics en cause demeure à la discrétion des gouvernants, étant

---

[873] « *La présente loi tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance*. », *Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, art. 1er.

[874] « […] *les droits de créance ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service public n'est pas créé* […] *le droit du créancier ne peut s'exercer* […] », J. RIVERO, *Libertés publiques*, tome 1, PUF, 1991, p. 121.

[875] « *Freins à l'autonomie des personnes : l'insuffisance des revenus et le non accès aux services de base qui conduisent à une difficulté chronique pour faire face à ses charges et rend dépendant des décisions des pourvoyeurs d'aides matérielles ou financières*. », Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, *Etre acteurs ensemble de la lutte contre l'exclusion,* juin 2004, p. 4. https://www.cnle.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_groupe_1_Etre_acteurs.pdf.

[876] « […] *il implique, en revanche, nécessairement que l'accès au service public communal ne soit pas interdit à un habitant de la commune pour le seul motif que ses revenus lui permettent de recourir aux soins de praticiens privés.* » et « […] *la création de ce service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local* […] », CE, 20 novembre 1964 *Ville de Nanterre*, *Rec*., p. 562, cons. 2 et 7.

donné que les gouvernants ne sont pas liés par un droit général d'accès aux services publics. Les collectivités publiques peuvent motiver leur initiative devant le juge administratif par le droit d'accès aux services concernés. L'accès au service peut donc justifier la création d'un service public, sans que l'on puisse parler pour autant d'un droit d'accès aux services publics. Néanmoins, le service public de l'éducation, dont il faut remarquer la place singulière, à la fois, dans la doctrine libérale et dans la Constitution, fait l'objet de la reconnaissance d'un droit fondamental, contraignant les gouvernants à organiser l'accès au service public de l'éducation pour tout enfant en âge d'être scolarisé. Ainsi, par une décision du 8 avril 2009, *M. et Melle Laruelle,* le Conseil d'Etat, se fonde sur le droit à l'éducation reconnu à chacun pour imposer à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, une obligation de résultat consistant à scolariser tous les enfants quelles que soient les difficultés d'aménagement entraînées par le handicap de certains élèves[877]. On peut donc considérer l'existence, en droit français, d'un droit fondamental à l'accès au service public de l'éducation. Ce régime privilégié pour les usagers du service public de l'éducation peut être justifié juridiquement par la précision de la disposition constitutionnelle qui impose à l'Etat d'organiser l'enseignement public. Le respect des autres droits fondamentaux que comporte le *Préambule* de 1946 incombe, comme le droit à l'instruction, à la Nation. Cependant, à la différence de ce dernier, les droits à « *la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* »[878] n'exigent pas explicitement une prise en charge publique. La reconnaissance d'un droit fondamental d'accès au service public de l'éducation résulte donc vraisemblablement de l'héritage de la conception organique du service public. Le droit à l'éducation exige l'aménagement pour tous du service public en raison de la référence au « *devoir de l'Etat* » à l'*alinea* 13 du *Préambule* de 1946, alors que le respect des autres droits fondamentaux reposerait davantage sur l'organisation de la société civile, et pas nécessairement sur la puissance publique. Un tel raisonnement repose sur une conception étatique de l'essence du service public. La création des services publics serait une décision des gouvernants et leur organisation relèverait de l'appareil étatique. Service public rimerait avec étatisation. Or, historiquement et théoriquement, il semble,

[877] « […] *qu'il incombe à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif* […] », CE, 8 avril 2009, *M. et Melle Laruelle, AJDA*, 2009, p. 678, cons. 1.
[878] *Préambule de la Constitution de 1946*, alinéa 11.

qu'au contraire, l'avènement de la notion de service public révèle la dichotomie entre l'organisation de la puissance publique et l'Etat. Le service public, « *ce n'est pas l'Etat* »[879].

234. Selon la théorie objective de Léon Duguit, la création des services publics ne dépend pas « *essentiellement* » de la volonté de l'Etat, puisque elle est dictée par l'état de la solidarité sociale, notion qui renvoie aux rapports entretenus au sein de la société civile et qui sert de « cran d'arrêt » à la volonté des gouvernants. Par ailleurs, la notion de service public a été le vecteur de la désétatisation et de la privatisation de l'organisation de la puissance publique[880]. Il n'y a donc aucune véritable raison que le droit à l'éducation aboutisse davantage à la reconnaissance d'un droit fondamental à l'accès au service public (de l'éducation) que les autres droits fondamentaux dont la garantie incombe également constitutionnellement à la Nation. La consécration possible d'un droit fondamental d'accès aux services de santé, par la loi du 21 janvier 2009 *Hôpital, patients, santé et territoire* (Loi HPST)[881], permettrait tant de rompre avec toute conception organique du service public que de confirmer l'emprise du processus d'autonomisation de l'individu sur le droit des services publics.

II. L'influence des droits communautaire et conventionnel

235. L'évolution récente du droit de l'Union européenne met également en évidence le rapport entre la quête de l'autonomie individuelle dans une société libérale et la prise

---

[879] « *Cette perspective amène à spécifier le service public afin de retrouver l'idée de service, et confirmer ainsi le fait que le service public ne représente en aucun cas le moyen d'expression de la puissance étatique – l'Etat – pas plus qu'il n'est un moyen pour l'Etat de réaliser un profit économique. C'est en ce sens que l'on peut dire de manière abrupte que le service public, ce n'est ni l'Etat, ni le capital.* », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, *op.cit*., p. 5.

[880] Voir chapitre 1, *infra*.

[881] « *Si les disparités en matière d'accès aux soins relèvent non seulement d'inégalités en matière de prise en charge des dépenses de santé, mais aussi d'autres déterminants tels que les déterminants sociaux, culturels, géographiques, liés à l'offre de soins, un certain nombre d'objectifs pour lutter contre les inégalités sociales de la santé sont désormais mis en place. Ainsi, la loi HPST comporte un titre 2 relatif à* "l'accès de tous à des soins de qualité" *visant essentiellement à améliorer l'accès à une offre de soins organisée sur l'ensemble du territoire, tout en respectant le principe de la liberté d'installation des professionnels libéraux (art. 35 et suivants de la loi HPST)* » , Anne Laude, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, Droit de la santé, PUF, thémis droit, 2ème éd., 2009, p. 315 ; « […] *L'accès aux soins de premier recours ainsi que la prise en charge continue des malades sont définis dans le respect des exigences de proximité, qui s'apprécie en termes de distance et de temps de parcours, de qualité et de sécurité* […] », art. L. 1411-11. Code de la santé publique modifié par la *loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, article 36.

en charge croissante des fonctions de solidarité par l'organisation collective. La notion de service universel, développée par la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, pour accompagner le processus de libéralisation des services publics en réseaux, garantit l'accessibilité aux services d'intérêt économique général dans les Etats de l'Union. Fondés sur des impératifs de cohésion sociale, même si leur première fonction est de pérenniser l'économie de marché[882], les principes du service universel sont justifiés plus précisément par les besoins fondamentaux des citoyens. La société européenne, pour assurer le respect des valeurs communes de l'Union centrées sur l'épanouissement de la personnalité humaine, exige des Etats membres qu'ils assurent l'accès aux services d'intérêt économique général sur l'ensemble du territoire de l'Union[883]. De manière encore plus explicite, les articles 34 et 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrent, au chapitre relatif à la solidarité, l'accès au service d'intérêt général comme un droit fondamental. S'il existe des divergences selon les auteurs sur le statut actuel d'un éventuel droit fondamental à l'accès aux services publics érigé au niveau européen et contraignant les Etats membres[884], tous s'accordent pour considérer que les articles précités de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constituent un fondement juridique solide à la reconnaissance d'un droit d'accès aux services publics sur le territoire de l'Union[885]. La quête libérale de l'autonomie de

[882] Voir *infra*, p. 362.

[883] « *Les notions de* "cohésion sociale et territoriale" *et de* "valeurs communes" *ouvrent toutes les deux sur des justifications extra-économiques ou non marchandes.* […] *On peut en effet considérer que, entendues dans un sens large,* "les valeurs communes" *de l'Union européenne comprennent les exigences liées à la cohésion sociale et territoriale. De même, il est difficile d'affirmer catégoriquement que la notion de* "cohésion sociale et territoriale" *renvoie à des justifications d'ordre collectif, tandis que les valeurs communes constituent des justifications d'ordre individuel.* », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA*, 1999, p. 960.

[884] « *L'article 36 constitue bien une innovation en ce qu'il consacre l'accès aux services d'intérêt général comme un droit fondamental, tandis que l'article 14 TFUE consacrait leur existence comme une valeur commune*. », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, *op.cit.*, p. 192 ; « *Le droit d'accès ne peut pas quant à lui être remis en cause par le législateur national ; on ne le qualifiera pas pour autant de droit fondamental dans la mesure où les directives qui le consacrent imposent des obligations aux Etats et n'affirment pas de droits au profit des personnes, mais il n'est pas loin de ce statut, compte tenu de la portée particulière que revêt sa consécration par transposition, portée certes bien supérieure à celle de la proclamation du droit à l'électricité ou du droit à l'énergie.* », L. RICHER, « Droit d'accès et service public », *op.cit.*, p. 76 ; « *Ces deux articles constituent les seuls textes susceptibles de servir de fondement à la reconnaissance d'un droit aux services publics, sans pour autant que l'on puisse déduire des formulations retenues une quelconque obligation à la charge des Etats membres.* », V. DONNIER, *op.cit.*, p. 394.

[885] « *Il existe un lien étroit entre les droits fondamentaux ou les droits économiques et sociaux et les services publics, comme en témoigne la présence dans la Charte des droits fondamentaux de l'article 36, selon lequel* "l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général". *Dans le même esprit, le législateur français pense conforter le service public en proclamant le droit au transport,*

l'individu dans la société lie donc la compétence des gouvernants relative à la création de services publics.

§2 - La subjectivisation du droit administratif à travers le fonctionnement des services publics

L'autonomie de l'individu ne se réduit pas à la garantie de l'accès aux droits fondamentaux de la personne humaine. Elle renvoie également à un processus : la réalisation de l'individu, c'est-à-dire à l'individualisation. Subordonné à cette dynamique, caractéristique des sociétés libérales, le service public est à la fois le vecteur et la marque d'une certaine subjectivisation du droit de la puissance publique. L'évolution des grands principes qui animent le service public révèle ainsi la subjectivisation d'un droit administratif (A) au service d'un usager singularisé (B).

A. L'évolution des lois du service public, empreinte de la subjectivisation du droit administratif

Le service public est régi par des principes propres aux sociétés libérales de progrès. La continuité, l'égalité et la mutabilité, grandes lois du service public dégagées par Louis Rolland, ont valeur de principes généraux du droit. Chacune d'entre elles a pour fonction de concilier les impératifs de socialisation et d'individualisation, indispensables à la marche des sociétés libérales. Ainsi la continuité des services publics permet-elle autant d'accroître le pouvoir de l'administration en vue de sauvegarder l'intérêt de la Nation que d'obliger les pouvoirs publics à satisfaire les demandes des usagers (I). L'égalité devant le service public, déclinaison du principe d'égalité devant la loi consacré par les articles 1er et 6ème de la Déclaration de 1789, tantôt interdit toute discrimination entre les administrés au nom de la solidarité sociale, tantôt autorise les prestataires des services à s'adapter à la différence de situation de leurs usagers (II). Enfin, le principe de mutabilité du service public permet de mettre le progrès au service tant de l'intérêt général, dont l'orientation incombe aux autorités publiques, que de ceux des administrés, en droit d'exiger le maintien voire l'amélioration de la qualité des services (III). Dès lors, l'équilibre atteint par les lois du service public n'est pas stable.

le droit à l'électricité ou le droit à l'énergie. », L. RICHER, « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 74.

Il semble emprunter la voie de la subjectivisation à mesure que progresse l'individualisation au sein de notre société libérale.

I. La garantie des droits et libertés individuels par la continuité du service public

236. La subjectivisation du principe de continuité du service public[886] peut être observée à l'aune de l'évolution de l'encadrement du droit de grève des agents publics qui constitue un de ses principaux champs d'application. On constate, en l'espace d'un siècle, un double mouvement de subjectivisation du principe de continuité du service public opposé à la grève de ses agents. En 1909, dans l'arrêt *Winkell*[887], le Conseil d'Etat découvre le principe de continuité des services publics. Assimilé à la continuité de l'Etat, le principe est consacré de manière absolue puisqu'il interdit l'exercice du droit de grève à tout agent du service public ; le service public étant essentiel à la vie nationale, la grève compromet les intérêts de la nation[888]. En 1950, par l'arrêt *Dehaene*[889], le Conseil d'Etat prend acte de la reconnaissance par le Préambule de 1946 du droit de grève et impose aux gouvernants d'organiser l'exercice de ce droit subjectif sans méconnaître le principe de continuité des services publics. Une première étape de la subjectivisation du principe de continuité du service public est franchie puisqu'à partir du milieu du XXème siècle, la jurisprudence consiste à concilier la préservation des intérêts de la nation et l'exercice d'une liberté fondamentale de nature collective dont la « *procéduralisation* » récente confirme le caractère individuel de son exercice[890].

237. L'évolution récente de la règlementation du droit de grève constitue un nouvel élan vers la subjectivisation du principe de continuité du service public, dans la mesure

---

[886] « *L'attente de l'usager, voire sa revendication, serait alors l'une des forces dynamiques du principe de continuité du service public.* », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public, op.cit.,* §1199, p. 601.
[887] CE, 7 août 1909, *Winkell, Rec*., p. 826.
[888] « *Le service public était alors considéré comme essentiel à la vie nationale. Cette conception relevait d'une approche caractéristique qui plaçait la décision publique au cœur de la cohésion sociale* […] », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public, op.cit.,* §1216, p. 610.
[889] CE, 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec*., p. 426.
[890] *« En définissant les conditions de participation des grévistes, la loi du 21 août 2007 institue une* "procéduralisation" *du droit de grève* […] *Renforçant un peu plus le caractère individuel du droit de grève* […] », N. CHIFFLOT, « Le droit de grève est-il encore un droit collectif », note sous l'arrêt CE, 19 mai 2008, *Syndicat Sud-RATP*, *AJDA*, 2008, pp. 1719-1720.

où les textes de lois et les arrêts du Conseil d'Etat s'appuient davantage sur les libertés fondamentales des usagers du service public que sur les intérêts de la nation pour limiter l'exercice du droit de grève. L'article 1er de la loi du 21 août 2007 *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports* rappelle, certes, que les services publics de transport sont « *essentiels à la population* » mais précise que c'est parce qu'ils permettent l'exercice de la liberté d'aller et venir, la liberté du travail et la liberté du commerce et de l'industrie[891]. La conciliation du droit de faire grève des agents du service public et de la liberté de travailler des parents d'élèves scolarisés est également l'objet de la loi du 20 août 2008 *instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires,* comme l'exprime explicitement l'exposé des motifs de la dite loi[892]. La continuité du service public traditionnellement motivée par la sauvegarde des intérêts de la nation, l'est aujourd'hui davantage par la sauvegarde des droits et libertés des individus[893].

II. La subjectivisation du principe d'égalité devant le service public

238. L'évolution du principe d'égalité traduit également la tendance à la subjectivisation du droit des services publics[894]. A la confluence de l'idée républicaine et du courant libéral qui puisent tous deux l'une de leurs principales sources dans

[891] « *Ces services sont essentiels à la population car ils permettent la mise en œuvre des principes constitutionnels suivants : la liberté d'aller et venir ; la liberté d'accès aux services publics, notamment sanitaires, sociaux et d'enseignement ; la liberté du travail ; la liberté du commerce et de l'industrie.* », *Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, art. 1er.

[892] « *La loi reconnaît aux agents de la fonction publique la liberté de cesser leur travail lorsqu'un désaccord les oppose à leur employeur et que les modalités de préavis relatives à l'application du droit de grève ont été respectées. Pour autant, la liberté reconnue à chaque salarié de cesser provisoirement son activité professionnelle doit être respectée au même titre que la liberté de ceux qui souhaitent continuer à travailler.* […] *En proposant d'instaurer par la loi un droit à l'accueil des enfants scolarisés dans les écoles maternelles et primaires, y compris en cas de grève, le Président de la République a voulu concilier l'expression de ces deux libertés, la liberté de travailler et la liberté de faire grève*. », exposé des motifs de la *Loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.*

[893] « *Il apparaît ainsi que le principe de continuité bénéficie désormais de revendications nouvelles liées à l'accessibilité géographique des services publics, mais aussi à la réglementation du droit de grève afin d'instaurer un service minimum permettant de garantir le droit des usagers au fonctionnement régulier du service.* », V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1219.

[894] « *Le principe d'égalité, pris dans ses deux dimensions, n'échappe pas à ce mouvement de subjectivisation.* », L. JANICOT, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 722.

l'égalité devant la loi[895], l'égalité devant le service public a permis à la juridiction administrative d'exiger, des pouvoirs publics et des organismes chargés d'une mission de service public, un traitement identique des différents administrés. Le principe d'égalité devant le service public a cependant subi une évolution sous l'influence des jurisprudences constitutionnelle et communautaire, permettant de tenir compte des différences de situations des usagers du service public. Ainsi des modulations tarifaires dans les services publics ont pu être mises en place dans les services publics avec l'aval du Conseil d'Etat[896]. Dans les cas où les prestations de services demeurent identiques pour l'ensemble des usagers et que seules les rémunérations de ces prestations varient en fonction des revenus des usagers, l'évolution du principe d'égalité permet de réduire les inégalités réelles. En revanche, dès lors que le Conseil d'Etat autorise la diversification des prestations pour répondre aux différentes situations et capacités financières des usagers, la subjectivisation du principe d'égalité œuvre à l'individualisation du service public, comme l'illustre plus manifestement la jurisprudence récente relative à l'égalité dans les services publics industriels et commerciaux.

239. La tendance à la subjectivisation du principe d'égalité dans le service public s'observe également à travers l'apparition du principe de neutralité du service public. Pour beaucoup d'auteurs, il n'est qu'une déclinaison du principe d'égalité appliqué en matière de liberté de conscience et de manifestation des opinions religieuses dans les services publics[897]. Mais cette déclinaison est imposée par la subjectivisation du droit des services publics. Traditionnellement, le principe d'égalité suffisait pour prohiber la prise en compte des opinions politiques, philosophiques ou religieuses dans le service public, ou pour assurer, par exemple, la neutralité des programmes scolaires dans le service public de l'éducation. La laïcité dans les services publics reposait donc sur une application classique du principe d'égalité. Comme le souligne la professeure Virginie Donier, celui-ci permettait d'assurer « *une neutralité-indifférence* » ou « *une neutralité-abstention* » du service public[898]. Or, dans une société libérale où l'on accorde une place

[895] « *Quels que soient ses mérites, qui sont suffisamment grands pour que le libéralisme s'en soit emparé,* […] », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droit de l'homme*, *op.cit.*, p. 158.
[896] CE, 10 mai 1974, *Chorques et Denoyez*, *RDP*, 1975, p. 467.
[897] « *Le principe de neutralité revêt ainsi la même valeur juridique que le principe d'égalité, et à cet égard, il se présente comme une déclinaison de l'égalité.* », V. DONNIER, *« Les lois du service public : entre tradition et modernité* », *op.cit.*, p. 1222
[898] « *Cette conception du principe de neutralité a le plus souvent été qualifiée de « neutralité indifférence », de « neutralité passive », ou encore de « neutralité abstention »* », V. DONNIER, *ibid.*

croissante à la fois au respect aux droits des individus et aux attentes des administrés, la nécessité de davantage prendre en compte les opinions des usagers entraîne la consécration du principe de neutralité, plus adapté, selon le Conseil d'Etat, à la gestion du pluralisme et de la diversité[899]. L'autonomie d'un principe de « neutralité-pluralité » par rapport au principe d'égalité en droit du service public résulterait dès lors de la subjectivisation du principe d'égalité, rendue inéluctable par le succès de la société libérale.

III. Du principe de mutabilité au principe d'adaptabilité du service public

240. Le principe de mutabilité évolue également dans le sens de la subjectivisation. Au gré de la jurisprudence administrative, il traduit de plus en plus la nécessité d'adapter le service public aux aspirations des usagers. Consacrés par les grands arrêts *Compagnie nouvelle du gaz de Deuville-lès-Rouen* et *Compagnie générale française des tramways*, ce principe a longtemps servi à justifier le droit de l'administration de modifier l'organisation des services publics, en fonction de l'avancement des techniques et des besoins de la collectivité. Même si l'adaptation qui en résulte est souvent favorable aux usagers, ces derniers n'ont juridiquement aucun moyen de peser sur ces modifications. Le professeur du Bois de Gaudusson souligne d'ailleurs en 1974 l'impossibilité qu'a l'usager de s'opposer aux changements qui affectent le service public[900]. Aujourd'hui, le principe de mutabilité semble davantage utilisé par le législateur et le juge administratif pour permettre aux usagers de faire valoir leur droit à l'adaptation du service public face à l'inertie de l'administration, en vue d'améliorer la qualité du service et la satisfaction de leurs attentes[901].

---

[899] « *En effet, la neutralité se rattache en réalité à la liberté, et plus précisément à l'exercice des libertés intellectuelles dans le cadre du service public, comme en témoigne la jurisprudence relative au port de signes religieux, qui tente de concilier la liberté de religion et la neutralité du service* […] *La neutralité dépasse alors le seul cadre de l'égalité puisque le service ne reste pas indifférent à l'égard des opinions des usagers ou des agents publics*. », *id.*, p. 1224.

[900] J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Paris, 1974.

[901] « *Surtout émerge un courant, tant chez le juge que chez le législateur ou dans l'Administration, tendant à faire primer les droits de l'usager à l'adaptation des mêmes services publics sur ceux de l'Administration dans l'adaptation des mêmes services publics.* », J-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589 ; « *Mais les lois du service public doivent être aujourd'hui confrontées aux dispositions du droit communautaire qui concernent le service d'intérêt économique général.* […] *le principe d'adaptabilité dit encore de flexibilité exige une recherche permanente de la meilleure*

241. Le mouvement de subjectivisation du droit administratif révélé par l'évolution des lois de Rolland confirme que la notion de service public ne se limite pas à mettre la puissance publique au service de l'individu libéral. A travers un droit administratif « subjectivisé », les services assumés par la puissance publique accompagnent la dynamique libérale de l'individualisation.

B. La singularisation de l'usager du service public

A l'aune des lois de Rolland, l'évolution de l'usager du service public révèle la subjectivisation de la relation entretenue entre la puissance publique et les administrés. L'apparition de nouvelles catégories d'usagers du service public accompagne la diversification des services assumés par la puissance publique (I), quand, au sein de chaque service public, on observe une tendance à la particularisation de l'usager (II)[902].

I. La catégorisation de l'usager des services publics

242. La notion d'usager du service public est consubstantielle de celle de service public. Comme l'admettent l'ensemble des auteurs, s'il existe des services publics avant la consécration de la notion à la fin du XIXème siècle, il n'est jamais question d'usagers mais d'administrés[903]. A l'ère de l'Etat-gendarme, la puissance publique a pour principale fonction le maintien de l'ordre public. Les services régaliens, objet d'un droit administratif d'autorité, ont donc pour objet des assujettis. En outre, parce que le bénéfice des services publics de la défense, de la police et de la justice est à la fois indirect et collectif, le terme d'usager est inapproprié[904]. Le passage d'une

---

satisfaction des besoins des usagers. », J-L. de CORAIL, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, p. 28.

[902] « *Néanmoins, depuis quelques années, un autre vocable, plus en phase avec les options libérales, semble peu à peu se substituer à cette notion générale d'usager :* "la personne". *L'utilisation de ce dernier laisse penser que la relation entre le service et la personne est en passe d'être fondamentalement particularisé*. », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, *op.cit.*, §1414, p. 720.

[903] « *Le terme d'usager est en effet utilisé depuis le début du siècle pour qualifier la situation de celui qui bénéficie de prestations administratives. L'apparition des termes usager et service public dans le vocabulaire juridique et politique a été exactement concomitante ;* […] *les usagers ne sont tels que parce qu'ils recouvrent aux services publics.* », J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *in* R. DRAI (dir.) *Psychologie et science administrative*, PUF, 1985, p. 35.

[904] « […] *il faut souligner que certains services comme l'armée, la justice répressive, la défense nationale n'ont pas, à proprement parler d'usager mais des « bénéficiaires indirects* » […] », J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, *op.cit.*, §1185, p. 617 ; « *Tout*

« *administration de commandement* » à une « *administration prestataire de services* »[905], à travers la notion de service public, emporte dès lors la transformation de l'administré assujetti en usager du service public[906]. Depuis, l'usager a subi toutes les vicissitudes de la notion de service public. L'usager du service public administratif se distingue de ceux des services publics industriels et commerciaux. La libéralisation de la plupart des services publics, sous l'influence du droit de l'Union européenne, oblige désormais à dissocier les clients de l'opérateur des utilisateurs du réseau de distribution[907]. En outre, la notion de service universel semble réduire les usagers du service public à la catégorie marginale de la population[908].

243. L'éclatement de la notion de service public a pour conséquence la complexification du statut juridique de l'usager du service public[909]. En effet, les relations juridiques entre ce dernier et la puissance publique varient en fonction de la nature du service public. En principe, au sein des services publics administratifs, seuls la loi et le règlement déterminent les droits et obligations des usagers. Il faut cependant distinguer, parmi les statuts de l'usager du service public administratif établis unilatéralement par les autorités publiques, les situations juridiques générales des situations juridiques particulières, qui supposent l'existence d'un acte administratif individuel pour incorporer l'usager au service public. Ainsi, les libertés classiques telles les libertés d'aller et venir ou de communication justifient principalement l'instauration de services publics à utilisation générale. Par ailleurs, les droits fondamentaux de la

---

service public répond à un besoin et par conséquent à un ou plusieurs bénéficiaires, mais pour être qualifié d'usager le bénéficiaire du service doit pouvoir être individualisé. Autrement dit un service public à prestation collective, telle la sécurité, a des bénéficiaires mais pas des usagers. », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 211.

905 « *Soucieux de substituer à l'administration de commandement, héritée des conceptions napoléoniennes, une administration prestataire de services, adaptée à la transformation de l'Etat-gendarme en Etat-providence, Duguit s'est emparé de l'arrêt Blanco pour faire du service public la pierre angulaire du droit administratif.* », G. LEBRETON, *Droit administratif général*, *op.cit.*, p. 11.

906 « *Les vocables d'* "administré" *et d'* "usager" *renvoient à des conceptions entièrement différentes de la relation administration-société. Le terme d'* "administré" *évoque l'imposition unilatérale d'une domination et implique un modèle administratif à base d'autorité* […] *Le terme d'* "usager" *au contraire évoque une relation bilatérale d'échange et implique un modèle administratif à base de réciprocité, de proximité et de liberté* […] *une marge d'autonomie.* », J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 37.

907 « […] *au vu de l'évolution du droit sous l'influence des politiques du renouveau du service public et de l'intégration du droit européen d'inspiration libérale dans le système de droit français, les usagers du service public se voient de plus en plus considérés comme des clients. Cette qualification engendre des comportements nouveaux de leur part et, notamment incite à des comportements de* "consommateur". », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, *op.cit.*, §1409, p. 718.

908 Voir *infra*, p.362

909 « […] *l'analyse de la situation des usagers apparaît aussi de plus en plus problématique, car la sectorisation des activités en décompose l'unité*. », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, *op.cit.*, §1415, p. 720.

seconde génération supposent davantage l'édiction, par l'administration gestionnaire du service, d'un titre d'investiture de l'individu au service. Acte administratif unilatéral, cette décision soumet l'usager aux lois et règlements qui régissent le service mais lui confère également des droits acquis.

244. Particulière ou générale, la situation juridique de l'usager du service public administratif n'est donc qu'exceptionnellement contractuelle et traditionnellement de droit public. En revanche, conformément aux préconisations du libéralisme classique, les services publics industriels et commerciaux sont régis par le droit commun et la relation avec leurs usagers est de nature contractuelle[910]. La complexification et la subjectivisation du statut de l'usager du service public sont donc les conséquences de la multiplication des services publics administratifs à prestations particularisées et des services publics industriels et commerciaux au cours du XXème siècle.

II. La particularisation de l'usager du service public

245. Depuis la fin des années 1970, on assiste à l'individualisation de la prestation de service quel que soit le service public concerné. Le succès des idées néo-libérales, selon lesquelles l'intervention publique est à bannir sauf si elle se soumet aux principes du droit privé, a entrainé le transfert de la gestion de nombreux services publics administratifs aux personnes privées. Ceci a eu pour conséquence de transformer le statut des usagers concernés. De nombreux usagers des SPA sont donc désormais dans une situation contractuelle de droit privé par rapport au gestionnaire du service. La professeure Agathe Van Lang souligne d'ailleurs que la privatisation des rapports entre usagers et gestionnaires des services publics contribue à légitimer la montée en puissance des revendications individualistes[911]. En outre, l'application du droit de la consommation aux usagers est la contrepartie de la libéralisation de la plupart des

[910] CE, 13 octobre 1961, *Etablissement public Campanon-Rey*, *AJDA*, 1962, p. 98, conclusions Heumann, note de Laubadère ; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand contre Commune de Miquelon*, *AJDA*, 1963, p.88, chronique Gentot et Fourré.

[911] « *La prééminence du modèle des rapports de droit privé contribue par ailleurs à légitimer la montée en puissance des revendications individualistes des administrés*. », A. VAN LANG, « La privatisation de l'usager », *RFDA*, 2013, p. 494.

services publics industriels et commerciaux et de « *la banalisation des tarifs sur mesure* » souligné par Monsieur Bottini[912].

246. D'une manière plus générale, la reconnaissance de l'exigence de qualité du service public comme un principe en devenir du service public traduit la subjectivisation des lois du service public[913]. L'émergence de ce « *quatrième principe du régime du service public* »[914] sanctionne la transformation du service public vers le « service du public » et « le rapprochement de la logique du privé »[915] dans les services publics, selon Madame Cluzel-Metayer. L'auteur de la thèse sur *Le service public et l'exigence de qualité* rejoint les intuitions du professeur Richer pour qui cette évolution corrobore une conception « *smithienne* » de l'intérêt général[916].

[912] « *Sous l'influence des idées néolibérales, cette banalisation se traduit par un accès aux prestations de services publics facilité pour les plus démunis et plus onéreux pour ceux qui en retirent un avantage particulier*. », F. BOTTINI, « L'évolution des modes de financement des spa et des spic », *in* F. BOTTINI (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 58.

[913] « *Le principe second de* "qualité du service"*, invoqué par les défenseurs d'une conception nouvelle du service public, induit en effet des demandes d'individualisation, voire de personnalisation, de la prestation qui modifient substantiellement la nature des rapports s'instituant entre l'usager du service et le prestataire de service.* », G. J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public, op.cit.,* §1409, p. 718 ; « *La conception individualiste qui se base sur le droit subjectif de l'usager à un service de qualité entraîne une compression de la fonction sociale du service lui-même* […] », C. IANNELLO « L'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *AJDA*, 2012, p. 2150.

[914] L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 52, 2006, Paris, §469, p. 570.

[915] *Id*., §471, p. 570.

[916] L. RICHER, « Service public et intérêt privé », *APD*, n°41, 1997, p. 293, cité par L. CLUZEL-METAYER, *op.cit.*, §471, p. 570.

Conclusion du chapitre 1

247. Conformément à la réappropriation de l'individualisme juridique opérée par les auteurs libéraux tout au long du XIXème siècle, la notion de service public subordonne l'intervention de la puissance publique à une régulation sociale des droits et libertés de l'individu. Dans la mesure où le développement de ces derniers nécessite une organisation collective, certes assumée par la puissance publique mais dictée par la société civile, le service public convertit le droit de la puissance publique à la dynamique libérale. La subjectivisation du droit administratif révélée par l'évolution des lois de Rolland confirme l'emprise du projet libéral sur le droit administratif par la notion de service public. Au travers de l'organisation et du fonctionnement des services publics, la puissance publique amorce et accompagne la quête libérale de l'autonomie individuelle.

248. L'articulation entre le développement des droits et libertés de l'individu et le rôle de la puissance opérée par le service public consacre cependant une certaine conception de la liberté au sein de la nébuleuse libérale. En effet, sous l'Etat-providence, la conception négative de la liberté est remise en cause au bénéfice d'une définition positive de celle-ci. La défense de la non-ingérence dans la sphère privée des individus perd de son sens au tournant du XXème siècle puisque les prestations de la puissance publique visent à servir l'autonomie de l'individu. Au sein de la doctrine libérale, la liberté négative est relayée par la liberté positive qui consiste à garantir à l'individu-citoyen la maitrise de sa destinée par la participation au pouvoir qui le sert.

Chapitre 2 : L'autonomie de l'individu-citoyen, quête du service public

249. L'avènement de l'Etat-providence remet en cause le paradigme classique de l'Etat légal. Au XXème siècle, en effet, l'effectivité des droits dépend des services assumés par l'administration dont la fonction n'est pas simplement exécutive. Indépendamment de l'application des lois, le déploiement de l'appareil administratif est le corollaire de la quête de l'autonomie individuelle. Certains services publics sont indispensables à la garantie des droits et libertés de l'individu quand d'autres ont pour fonction de coordonner et de réguler les inévitables conflits de droits dans une société libérale. Dès lors, la légitimité des décisions administratives est à dissocier du devoir de mise en œuvre de la volonté générale.

250. Le citoyen participe indirectement ou directement à l'expression de la volonté générale par la loi, mais les autorités administratives jouissent d'un pouvoir autonome dans l'organisation des services publics. L'extension du pouvoir décisionnel de l'administration au-delà de l'exécution de la loi oblige à concevoir une citoyenneté en deçà du champ politique. L'Etat administratif, même au service des droits et libertés individuels, requiert l'invention d'une citoyenneté administrative. Afin de s'assurer que la multiplication des services assumés par la puissance ne génère pas un pouvoir tutélaire de l'administration sur l'administré, il convient de compter sur ce dernier pour exercer un contre-pouvoir conformément à la conception négative de la démocratie pensée par les libéraux[917]. Des deux principes de limitation du pouvoir qui animent le libéralisme selon Bernard Manin, la tradition des contre-pouvoirs qui consiste, non pas à délimiter le domaine du pouvoir, mais à organiser un jeu de force en son sein[918], est la seule crédible au sein de l'Etat de services publics.

Alors que le développement des droits et libertés individuels est une fonction du service public (section1), celui-ci érige également l'administré en citoyen de la société libérale (section 2).

---

[917] « […] *la démocratie est davantage un contre-pouvoir (de protection des libertés) qu'un pouvoir (de réforme de la société).* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 67.

[918] « *Mais il est une autre façon d'envisager la limitation du pouvoir : on peut le diviser, le démultiplier de telle sorte que plusieurs pouvoirs s'opposant entre eux, aucun ne puisse dominer absolument.* », B. MANIN, « Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs », *op.cit*., p. 23.

SECTION 1 - LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS, FONCTION DU SERVICE PUBLIC

Dans l'ordre juridique, la réalisation de l'autonomie individuelle se traduit par la reconnaissance et la protection des droits et libertés individuels. La finalité du développement de ces droits est l'émancipation de l'individu, mais leur protection est indissociable d'une organisation collective assumée, de près ou de loin, par la puissance publique. Les droits-libertés sont sous la protection des services publics régaliens au premier rang desquels la justice, la défense et la police. L'effectivité des droits-créances est par ailleurs directement assurée par les services de l'Etat-providence. En outre, la pluralité et les conflits de droits et libertés, caractéristiques des sociétés libérales, génèrent de nouvelles fonctions publiques de régulation.

Certains services publics sont indispensables à la garantie de droits et libertés (§1), dont le foisonnement implique l'extension de services publics de régulation (§2).

§1 - La création de services publics, condition de la garantie des droits et libertés

La distinction classique entre droits-libertés et droits-créances est généralement fondée sur leur rapport à l'intervention publique. Selon la doctrine dominante, les libertés publiques, conquise contre l'Etat, postulent l'abstention des autorités publiques, alors que les droits-créances, dits également de seconde génération, supposent au contraire la mise en place de services publics. Or, le caractère artificiel de la conception négative des libertés publiques (A) invite à reconnaître que la sauvegarde des droits-libertés comme la mise en œuvre des droits-créances, par les services publics, participent au programme libéral (B).

A. La remise en cause de la conception anti-étatique des libertés publiques

La conception française des libertés publiques (I) revêt un caractère artificiel au regard du projet libéral (II).

I. La conception anti-étatique des libertés publiques dans la doctrine française

251. La distinction entre les droits-libertés et les droits-créances est fondée historiquement puisque leur consécration correspond à deux temps différents du développement de l'Etat moderne. Cependant, la doctrine juridique française est caractérisée par une posture ambivalente à l'égard des droits et libertés individuels. Les auteurs admettent que l'intervention de la puissance publique est indispensable au respect des libertés[919], mais il leur semble difficile de rompre avec une conception artificiellement antiétatique des libertés publiques. L'association de la notion de libertés publiques à une obligation d'abstention de la puissance publique[920] se traduit notamment par la structure des manuels de droit public. Les ouvrages de libertés publiques ne contiennent pas de développements relatifs à la notion de service public. Réciproquement, si les paragraphes consacrés à la garantie des libertés publiques dans les manuels de droit du service public ne sont pas rares, la corrélation positive entre le service public et les libertés n'est jamais une idée structurante des ouvrages concernés. Il convient cependant de souligner que certains auteurs, tels les professeurs Véronique Champeil-Desplats[921], Antoine Lyon-Caen[922], Evelyne Pisier ou Virginie Donnier, s'appuient sur l'évolution du droit de la Convention européenne pour considérer « *la garantie d'exercice des droits fondamentaux comme une justification de l'intervention publique* ». Ces auteurs œuvrent à la déconstruction de la conception purement négative

---

[919] « […] *la puissance publique se doit d'assumer ses responsabilité, considérées comme essentielles pour l'intégrité des libertés comme de la société.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op.cit.*, p. 9.

[920] « *Quelle que soit la force de son fondement, l'association de la notion de libertés publiques à une obligation d'abstention est forte dans la culture juridique*. », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effet et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n°5, p. 8.

[921] « *En France le lien entre la garantie d'exercice des droits fondamentaux et l'intervention publique ou le service public, n'est pas commun, mais il n'est complètement absent ni du droit positif, ni de la doctrine, ni de la pensée politique. Il est ainsi difficile de ne pas faire le lien entre la reconnaissance d'un droit au transport, à l'article 3 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 31 décembre 1982, et la mise en place du service public des transports, prévue à l'article 5 de ladite loi. De même, la proclamation du droit au logement dans la loi du 6 juillet 1989 relative à l'amélioration des rapports locatifs justifie une série de mesures en faveur des logements sociaux.* » et « *Enfin, concevoir la garantie d'exercice des droits fondamentaux comme une justification de l'intervention publique conduit à abandonner, pour erronée, la conception purement négative* des rapports entre les droits fondamentaux et l'intervention publique. », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *op.cit.*, p. 965.

[922] « *De manière directe et explicite, les jurisprudences constitutionnelles et la loi italienne montrent que, dans les ordres juridiques qui reconnaissent les droits fondamentaux de la personne, l'intervention publique à l'égard d'activités qualifiées en France de service public a comme justification la garantie d'exercice ou de jouissance de ces droits fondamentaux.* », A. LYON-CAEN, « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *in* A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris 2001, p. 90.

de la relation entre droits fondamentaux et intervention publique. L'on peut regretter que la tentative de réconciliation entre la garantie des libertés publiques et les services publics ne puise que trop rarement ses justifications dans la tradition libérale française qui pourtant réfute cette discorde artificielle.

II. La distinction artificielle entre droits-créances et libertés publiques au regard du projet libéral

252. La doctrine demeure majoritairement attachée à la dichotomie entre droits-créances et droits-libertés en raison de l'amalgame constamment établi entre l'organisation de la société civile et l'intervention de l'Etat. Selon les auteurs français, parce que tout droit-créance émane directement de l'Etat, il convient d'opérer une nette distinction entre les droits-libertés qui postulent son abstention et les droits de seconde génération qui imposent son intervention. La justification apportée par le professeur Gilles Lebreton à l'exclusion des droits-créances du « *label* » des libertés publiques est révélatrice de cette association systématique entre « *l'intervention de la société* » et « *le rôle essentiel de l'Etat* », ces deux expressions étant employées comme des synonymes[923]. Parce que les interventions de l'Etat seraient essentielles à la mise en œuvre des droits-créances, l'assimilation de ces derniers à l'ensemble des libertés publiques contiendrait le risque d'accorder à l'Etat un rôle central dans la dispense des libertés publiques[924]. La notion de service public emporte pourtant la désacralisation de la puissance publique. Les prestations assumées par celle-ci ne relèvent pas toujours de manifestations étatiques[925]. Certes, les droits-créances supposent une prestation positive provenant d'un organisme collectif, dont le fonctionnement est assumé par la puissance publique, mais rien n'indique que ces institutions sont assimilables à l'Etat. Les cliniques privées sont, par exemple, des personnes de droit privé, leurs relations avec les usagers sont régies par le droit commun et soumises au contrôle du juge judiciaire. La loi prévoit qu'elles participent au service public de la santé alors que leur

[923] « *Essentiellement différente est la situation des droits-créances, auxquels l'intervention de la société permet tout simplement d'exister. On entrevoit ici le danger qu'il y aurait à faire coexister sous le label* "libertés publiques" *les pouvoirs d'autodétermination et les droits-créances. L'Etat joue un rôle accessoire à l'égard des premiers, un rôle essentiel vis-à-vis des seconds. Les confondre dans une même notion effacerait cette différence fondamentale, et inciterait l'Etat à se croire dispensateur des pouvoirs d'autodétermination.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 16.
[924] *Ibid*.
[925] Voir *infra* chapitre 1, n° 62 à 65.

fonctionnement diffère très largement de celui de l'appareil d'Etat. De même, les associations qui participent spontanément au service public de la culture en vertu de la jurisprudence *Ville d'Aix-en-Provence* de 2007, n'entretiennent aucune relation privilégiée avec l'Etat.

253. A l'inverse, et de l'aveu même du professeur Gilles Lebreton, la mise en œuvre des pouvoirs d'autodétermination, c'est-à-dire le respect des droits-libertés, exige également une certaine intervention de « *la société* »[926]. Du point de vue de la théorie de l'Etat, la distinction opérée entre droits-créances et droits-libertés est donc à nuancer. Il semble ainsi contestable de n'associer que les droits de première génération au projet libéral et de laisser le monopole des droits sociaux aux doctrines socialistes, comme le souligne le professeur Patrick Wachsmann reprenant l'analyse du philosophe Claude Lefort[927]. Cette conception unitaire de l'identité des droits fondamentaux est d'ailleurs empruntée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[928]. Les droits-libertés sont davantage conquis pour protéger l'individu de l'impérialisme étatique et, les droits-créances, pour émanciper l'individu au sein de la société, mais les deux générations de droits sont destinées à la réalisation de l'autonomie individuelle. Si les institutions publiques sont sollicitées plus directement pour la mise en œuvre des droits-créances que pour la garantie des droits-libertés, il semble que la quête libérale de l'ensemble des droits et libertés individuels ne soit pas dissociable d'une mise en marche corrélative des services de la puissance publique.

---

926 « *D'aucuns objecteront que la société intervient aussi pour faciliter l'exercice des pouvoirs d'autodétermination. C'est elle qui délivre les passeports nécessaires pour aller dans certains pays, c'est elle qui accorde des prérogatives aux syndicats les plus représentatifs,* […] *Mais l'intervention de la société ne fait en réalité que faciliter voire discipliner l'exercice de ces libertés, lesquelles existeraient même sans elle.* », *id*., p. 16.

927 « *Particulièrement éclairante est aussi l'analyse de Claude Lefort. Celui-ci montre que la revendication des libertés économiques et sociales se situe en réalité dans le droit fil de la revendication libérale classique* […] *Libertés classiques et droits-créances procèdent tous deux d'un même mouvement.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, § 68, p. 52.

928 « […] *la Cour européenne des droits de l'homme a également insisté sur l'identité essentielle des deux catégories de droits, au nom d'un souci d'effectivité des libertés énoncées dans la Convention.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, §68, p. 53 ; « *Cependant cette opposition n'a pas la fermeté qu'on lui prête parfois. D'abord certains droits spontanément qualifiés de droits sociaux sont autant de* "droits de" *que les libertés traditionnelles : il en est ainsi de la liberté syndicale (ou droit à la liberté syndicale) ou encore du droit de grève. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'Homme a remis en cause l'opposition, alors que la Convention européenne a longtemps été regardée comme le lieu de consécration des seuls* "droits de" *Elle a estimé que les* "droits de" *ne supposaient pas seulement l'abstention des pouvoirs publics, mais comme les* "droits à" *exigeaient pour assurer leur effectivité des obligations positives, des prestations.*», A. LYON-CAEN, « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *in* A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2001, p. 97.

B. La garantie des droits et libertés par le service public

La sauvegarde des droits-libertés par les services publics régaliens (I) précède la mise en œuvre des droits-créances par les services publics de l'Etat-providence (II).

I. La sauvegarde des droits-libertés par le service public

254. La proclamation des droits de l'homme et du citoyen intervient dans le contexte de lutte contre l'absolutisme de l'Ancien Régime. Droits individuels et libertés publiques ont historiquement vocation à protéger l'individu dans sa sphère privée et le citoyen dans ses activités publiques, contre l'impérialisme de l'Etat. La libération de l'individu-citoyen à la Révolution consiste à lui fournir les moyens juridiques de résister à l'intervention arbitraire des pouvoirs publics. Les droits-libertés de « première génération » sont autant d'obligations de s'abstenir qui pèsent sur la puissance publique. Dès l'origine du projet libéral, la garantie des droits et libertés implique pourtant nécessairement l'existence d'infrastructures publiques au service de ces droits-libertés. Consacrés juridiquement, la liberté individuelle, la sûreté et le droit de propriété n'ont aucune effectivité sans la mise en place et le financement des services publics régaliens que sont la justice, la défense et la police. Certes, les droits-libertés limitent directement l'impérialisme de l'Etat mais ils supposent de manière indirecte ou secondaire, « *l'intervention spécifique d'un service public à leur endroit* »[929] comme le souligne Madame Boyer-Capelle. Selon l'auteur, l'équation « *liberté = abstention* »[930] est donc à nuancer au profit d'une conception plus complexe des libertés.

255. Au-delà des institutions régaliennes, les services publics de réseaux sont indispensables pour garantir la réalité de certaines libertés. La liberté de circuler, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, n'a pas la même signification juridique selon qu'il existe ou n'existe pas de service public du transport. Avant d'argumenter que le service public menace les libertés, le professeur Pierre Delvolvé,

[929] C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009, p. 184.
[930] *Id*., p. 196.

reconnaît qu'il est « *un mode d'exercice* »[931] de la liberté d'aller et venir, même s'il considère que le service public consacre davantage un droit au transport qu'une liberté. Sans doute, peut-on considérer que, sans l'organisation d'un service public du transport, la liberté d'aller et venir n'est pas entamée. Celui qui a des moyens suffisants parviendra toujours, dans une société libérale, à se déplacer, même si aucun service public du transport n'est assuré. Cependant, la réalité de cette liberté sera fort différente de la conception des révolutionnaires qui consacre autant la liberté que l'égalité.

II. La mise en œuvre des droits-créances par le service public

256. Le projet libéral ne se réduit pas à préserver l'individu du pouvoir de l'Etat. Il vise également à assurer les conditions de l'autonomie individuelle au sein de la société. L'ambition émancipatrice des révolutionnaires revêt dès lors deux dimensions : protéger l'individu de l'impérialisme étatique et le libérer des liens qui l'enserrent dans la communauté. A cet égard, les droits-créances, dont les fondements ne sont pas absents des textes juridiques issus de la Révolution[932], obligent la société à garantir à l'individu une certaine autonomie sociale. La société libérale substitue, aux liens traditionnels de solidarité ancrés dans la communauté, une organisation collective susceptible de fournir des prestations sociales indispensables à la réalisation de l'autonomie individuelle. Cette organisation de la société n'exige pas l'intervention de l'Etat proprement dit. Au risque de violer les principes du libéralisme, l'émancipation de l'individu au sein de la société ne doit pas, en tout cas, justifier d'accroître l'exorbitance de l'intervention étatique. Cependant, elle ne peut être implicitement mais nécessairement qu'assumée par la puissance publique. A travers le développement des services publics, la société assure progressivement la mise en œuvre des droits-créances proclamés solennellement par le Préambule de 1946 et destinés à émanciper l'individu depuis l'origine du programme libéral. A la différence des droits-libertés qui incombent à l'Etat comme des obligations de s'abstenir, les droits-créances sont autant d'obligations de fournir des prestations qui

[931] P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, p.2.
[932] « *Contrairement à ce qu'on pouvait penser, les révolutionnaires de 1789 ont envisagé la possibilité de reconnaître des droits économiques et sociaux.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., 2013, §71, p. 54.

pèsent sur l'organisation collective et qui sont satisfaites par les services publics[933]. Le droit à l'éducation est le premier droit-créance qui, faisant l'unanimité dans la doctrine libérale, a abouti à la mise en place d'un service public de l'éducation. Les droits à la subsistance, à la santé, à la culture et autres droits-créances ont justifié la mise en place de services publics tout au long du XXème siècle[934].

§2 - L'extension ou la création de services publics, conséquence de la protection effective des droits et libertés

La marche des sociétés libérales a pour conséquence la reconnaissance et le respect de droits et libertés individuels de plus en plus nombreux. Leur profusion entraîne nécessairement des conflits de droits dont le règlement stimule le service public de la justice (A) et l'émergence de services publics de régulation des libertés publiques (B).

A. L'extension du service public de la justice nécessaire au règlement des conflits de droits

257. Le service public de la justice compte parmi les institutions indispensables au développement de la société libérale, puisque les droits et libertés reconnus à l'individu n'ont aucune effectivité s'ils ne sont pas protégés par un juge indépendant et accessible à tous. Ceci explique l'unanimité des auteurs libéraux en faveur du service public de la justice. En outre, la demande de justice s'accroît à mesure que progresse la protection des droits et libertés. La reconnaissance des droits individuels entraîne la multiplication des conflits de droits et la sollicitation du juge[935]. L'extension du service public de la justice est donc une conséquence inéluctable de la marche du libéralisme.

---

[933] « *Le rôle du service public dans la mise en œuvre des droits se vérifie particulièrement s'agissant des droits sociaux qualifiés de droits-créances*.», V. DONIER, « Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, p. 393.

[934] « *Le droit à la subsistance, le droit à la santé, le droit à la culture, pour ne prendre que ces trois exemples, resteraient de vains mots si la société n'intervenait pas pour mettre en place un revenu minimum d'insertion, une Sécurité sociale, ou un réseau de bibliothèques et de musées.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 15.

[935] « *On comprend dès lors pourquoi les libertés publiques reposent sur cette exaltation du rôle du juge. Leur réglementation générale est confiée à la loi mais leur application concrète est garantie par l'intervention d'un juge indépendant et impartial.* », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 36.

258. L'intensification du fonctionnement de la justice civile accompagne l'émancipation des membres de la société à mesure qu'augmentent les patrimoines juridiques individuels. Le développement de la justice administrative suit, par ailleurs, l'intervention croissante de la puissance publique, au soutien de l'autonomie des individus, dès lors que ses services sont soustraits au contrôle du juge judiciaire. Selon l'article 66 de Constitution, l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle mais le rôle du juge administratif dans la défense des libertés publiques est « *central* »[936] et la juridiction administrative devient « *une juridiction des droits de l'homme* »[937]. Dans son cours visionnaire sur le libéralisme et le néo-libéralisme, dispensé au Collège de France en 1979, Michel Foucault traite de cette prolifération de la demande judiciaire ou juridictionnelle comme une des caractéristiques du libéralisme[938], dans lesquelles « *la justice tend à devenir, et doit devenir, un service public omniprésent* »[939]. Le règlement de ces nouveaux conflits de droits pose alors un des problèmes fondamentaux propres aux sociétés libérales. Convient-il de les rattacher aux procédures juridictionnelles traditionnelles, de développer des modes alternatifs de règlement des litiges au sein des juridictions, ou bien de créer de nouvelles fonctions publiques destinées à réguler la pluralité des droits et libertés ? Dans les cas, la profusion libérale des droits attise le fonctionnement du service public. Michel Foucault entrevoit, dès la fin des années 1970, que des instances de « *régulation* »[940], distinctes de la justice judiciaire ou de la justice administrative et davantage liées à l'exécutif[941], sont nécessaires pour faire face à « *cette demande judiciaire intensifiée* »[942].

[936] B. STIRN, *Les libertés en question*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 79.
[937] R. CHAPUS, *L'administration et son juge. Ce qui change in L'administration et son juge*, PUF, 1999, p. 15.
[938] « […] *si ces arbitrages devront effectivement s'inscrire à l'intérieur d'institutions judiciaires préexistantes ou s'il va falloir, au contraire, en créer d'autres : c'est un des problèmes fondamentaux qui se posent dans ces sociétés libérales, où le judiciaire, où les instances, où les nécessités d'arbitrage se multiplient.* », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Gallimard, Seuil, 2004, p. 181.
[939] *Ibid*.
[940] *Id*., p. 180.
[941] « […] *la régulation sociale, elle, - la régulation sociale des conflits, des irrégularités de comportement, des nuisances provoquées par les uns sur les autres, etc. – tout cela va demander un interventionnisme, un interventionnisme judiciaire, qui devra se pratiquer comme arbitrage dans le cadre de règles du jeu* […] *nécessité d'instances judiciaires ou en tout cas d'instances d'arbitrage de plus en plus nombreuses.* », *ibid.*
[942] *Id*., p. 181.

B. La multiplication des services de régulation indispensables à la gestion des libertés publiques

Dans une société libérale, la coexistence des droits et libertés justifie de nouvelles fonctions publiques de régulation (I) indépendante du pouvoir politique (II).

I. La régulation publique des libertés publiques

259. Parallèlement à l'extension du service public de la justice, de nouvelles fonctions publiques, destinées à accompagner la consécration des libertés publiques, se sont développées au sein des sociétés libérales. En France, le dernier quart du XXème siècle est ainsi marqué par l'apparition d'autorités administratives indépendantes (AAI) auxquelles sont attribuées des missions de protection de certaines libertés publiques. Dans son rapport annuel de 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes, le Conseil d'Etat reconnaît explicitement le caractère « *libéral* »[943] de l'émergence de ces dernières qui constitue « *le quasi-corollaire du désengagement de l'Etat* »[944] et résulte d'une « *volonté de libéralisation* »[945]. Dans un domaine aussi « *sensible* »[946] que les libertés publiques, il convient de créer de « *nouveaux modes de régulation sociale* »[947] dissociés de « *l'Etat traditionnel contesté dans sa toute-puissance* »[948].

260. La Commission nationale de l'informatique et des libertés est la première autorité à recevoir, de la part du législateur, la qualification juridique d'AAI, alors que dès 1984, le Conseil constitutionnel considère que la désignation d'une AAI pour réguler le secteur de l'audiovisuel « *constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique* »[949]. Le lien entre la création des AAI et la protection des libertés publiques est également largement admis par la doctrine[950]. En effet, la garantie d'une liberté publique, telle que la liberté de communication audiovisuelle, ne

---

[943] CE, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2001, p. 278.
[944] *Ibid.*
[945] *Ibid.*
[946] *Id.*, p. 257.
[947] *Ibid.*
[948] *Ibid.*
[949] CC, décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*.
[950] « *En d'autres termes, ce sont des arbitres impartiaux de l'exercice des libertés* […] », G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, *op.cit.*, p. 205.

peut se satisfaire de l'abstention de l'autorité étatique, ni même de l'institution juridictionnelle chargée du contrôle de l'action de l'Etat. Le règne d'une liberté en société ne résulte pas de la simple application de la loi par un juge indépendant. Il peut exiger « *des compromis négociés et aussi soucieux de la mise en œuvre effective des objectifs assignés à l'action publique* ». L'objectif constitutionnel du pluralisme des opinions dans les média impose ainsi un contrôle ou une intervention publics qui dépassent l'office du juge. La gestion d'une liberté est une fonction publique en soi. Loin d'être spontané ou naturel, le respect d'une liberté publique nécessite souvent une activité de régulation. L'institution d'une fonction de régulation est « *la contrepartie d'une liberté* », comme l'exprime très simplement le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel sur son site internet[951]. Plus les ambitions en terme d'effectivité des libertés publiques sont élevées, plus les services de régulation publique sont sollicités, comme l'illustre l'existence éphémère de la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse, créée par la loi du 23 octobre 1983 et chargée d'assurer le respect de ces deux objectifs constitutionnels. La garantie d'une liberté publique justifie donc le déploiement de services administratifs, certes indépendants des gouvernants, mais tout de même assumés par la puissance publique. La création par le pouvoir constituant du Défenseur des droits, investi de la mission de veiller au respect des droits et libertés par les administrations ou tout organisme en charge d'une mission de service public, traduit la constitutionnalisation de ce que l'on pourrait désigner « un service public de régulation des droits et libertés » au sein de la société libérale.

II. Le caractère libéral des services publics de régulation des libertés publiques

261. Activités d'intérêt général assumées par la puissance publique, les missions de régulation des libertés publiques assurée par les AAI sont des services publics. Ils sont d'ailleurs régis par les lois de Rolland. Les principes d'égalité et de neutralité animent ainsi l'ensemble des services publics et en particulier les services de régulation des libertés publiques. Cependant, ils se distinguent parmi les services publics par leur

[951] « *L'audiovisuel s'est émancipé de l'État. Aux côtés de groupes publics de radio et de télévision solidement établis, des médias privés se sont rapidement développés. La contrepartie de cette liberté est l'institution d'une fonction de régulation, chargée d'accompagner ce mouvement et d'en prévenir les éventuelles dérives.* », http://www.csa.fr/Le-CSA/Presentation-du-Conseil/Des-missions-diversifiees.

indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Dans la mesure où « *le procédé* » des autorités administratives indépendantes « *permet de manifester une volonté de soustraire à l'emprise gouvernementale, une matière déterminée* »[952], l'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants est garantie au sein des AAI. Les fonctions de régulations sont mises en place par des gouvernants, mais l'institution des AAI empêche leur pouvoir sur les gouvernés. Les AAI permettent d'exécuter des fonctions sociales de régulation des libertés, rendues indispensables par l'interdépendance entre les membres de la société, à l'abri de la sujétion du pouvoir politique. Le modèle archétypal des AAI conjugue donc la réalisation de l'interdépendance sociale et l'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants conformément aux préconisations libérales et à la théorie de Léon Duguit.

262. Ces « *objets juridiques non identifiés* » que sont les AAI selon le professeur Patrice Gélard[953] pourrait révéler la quintessence des institutions libérales dans la mesure où elles neutralisent la dépendance des gouvernés au pouvoir exécutif. Cela étant, la prolifération des AAI entraîne « *un processus continu de délitement de l'Etat engagé par lui-même* » comme s'en alarme le Sénat dans un rapport intitulé *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler,* et publié au Journal officiel le 29 octobre 2015[954]. Le premier risque inhérent aux institutions libérales ou à la « *coopération de services publics* » est bien celui de la « *désinstitutionalisation* ». Il s'accompagne d'une crise de la légitimité démocratique des institutions.

SECTION 2 - L'ADMINISTRÉ, CITOYEN PAR LE SERVICE PUBLIC

Nécessaire à l'effectivité et à la régulation des droits et libertés, le développement des services publics confère un pouvoir accru aux autorités administratives. Etendu, ce pouvoir n'est, cependant, pas de la même nature que celui

[952] « *Il est certain que le procédé permet de manifester une volonté de soustraire à l'emprise gouvernementale une matière déterminée, placée sous la responsabilité d'une instance indépendante.* », P. WACHSMANN, *Libertés publiques, op.cit.,* §263, p. 288.
[953] Cité par M-H DESESGAUS et J. MEZARD, *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler,* rapport de la commission d'enquête sur les AAI, Les rapports du Sénat, octobre 2015, p. 9.
[954] *Ibid.*

dont l'administration jouit dans l'exécution des lois. Propre à l'administration, il ne repose pas sur la participation citoyenne. S'il a vocation à servir les droits et libertés de l'individu, le nouveau pouvoir de l'administration connaît une crise de légitimité démocratique. La culture de défiance vis-à-vis du pouvoir oblige les libéraux à se saisir des rouages de ce nouvel « *Etat administratif* »[955] car la volonté libérale de défendre l'autonomie de l'individu dans la sphère privée se manifeste aussi à l'égard de l'administré au sein de la sphère publique. Faire valoir les droits et les intérêts de l'usager du service public permet l'émergence d'une citoyenneté administrative libérale destinée davantage à contrer l'administration qu'à associer l'administré à la prise de décision.

La notion de service public comporte cependant un risque de dénaturation de la relation entre la puissance publique et l'administré puisque. A travers la figure de l'usager, ce dernier s'apparente en effet également à un consommateur. L'impératif participatif dans le fonctionnement des services de l'administration conduit dès lors à une dérive consumériste de la démocratie administrative néo-libérale. Au travers de l'idée de service, les logiques libérale et néo-libérale animent concurremment l'évolution de la citoyenneté.

Citoyen de la démocratie administrative libérale (§1), l'usager du service public est également « le consommateur administratif » au centre d'une démocratie néo-libérale (§2).

§1 - L'usager du service public, citoyen de la démocratie administrative libérale

L'élargissement du spectre des décisions administratives au-delà de l'application des lois autorise une recomposition de la citoyenneté à travers la figure de l'usager du service public (A) érigé en contre-pouvoir de l'administration (B).

[955] M. GAUCHET, « Préface », *op.cit.*, p. 98 ; L. JAUME, « L'Etat administratif et le libéralisme, une histoire française », Fondapol, 2009, p. 5.

A. L'usager du service public, citoyen administratif

L'émergence de la citoyenneté administrative découle de la substitution de la figure de l'usager à celle du citoyen (I) et du renversement du statut de l'administré (II).

I. De la figure du citoyen à celle de l'usager

263. La transformation de l'Etat-gendarme en Etat-providence se traduit par un déplacement du pouvoir. Traditionnellement tributaire de la loi et donc indirectement du citoyen, le pouvoir de l'administration conquiert une certaine autonomie par l'organisation et la gestion des services publics. L'on assiste durant la première partie du XXème siècle à l'affermissement d'un pouvoir administratif dissocié du pouvoir politique. Concomitante à l'avènement de la notion de service public, la crise de l'Etat légal amorcée sous la Troisième République[956] aboutit à la valorisation de l'exécutif ainsi qu'à la consécration jurisprudentielle[957] puis constitutionnelle du pouvoir réglementaire autonome[958].

264. Ce que le pouvoir administratif gagne en autonomie, il le perd en légitimité. Puisque le pouvoir n'émane plus de la loi, « *la notion de citoyen devient une survivance de la Révolution* »[959] et celle d'administré prend de l'importance[960]. Alors que, selon le paradigme classique de la Révolution, l'administré est réduit à la passivité, il est disposé à prolonger le citoyen au travers de la figure de l'usager du service public. En effet, la légitimité du pouvoir ne repose plus sur l'onction ou la sanction politique du citoyen. Dans l'exécution des services publics, le pouvoir de l'Etat administratif est dissocié de la démocratie politique. L'usager du service public chasse le citoyen et la démocratie entre dans l'administration.

[956] M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op.cit.*
[957] CE, 7 février, 1936, *Jamart*, *Rec*., p. 172.
[958] Art 37, *Constitution* du 4 octobre 1958.
[959] G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse, Paris II Assas, 2002, p. 76.
[960] « *Du citoyen à l'administré* », M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, *op.cit.*, p. 311.

II. De l'assujettissement de l'administré au service de l'usager

265. L'avènement de l'Etat administratif à travers la notion de service public bouleverse la relation entre l'administré et l'administration[961]. Les décisions administratives que génère le fonctionnement des services publics ne sont pas destinées à soumettre l'administré à la volonté du citoyen mais à servir l'usager. Au sein de la démocratie libérale instituée en 1789, l'administré est un assujetti. En effet, le citoyen participe à l'expression de la volonté générale mais l'administré comme l'administration sont asservis à son exécution[962]. Puissant principe révolutionnaire, la définition rousseauiste de la liberté a des conséquences singulières dans l'ordre administratif français. Si l'existence d'une juridiction administrative s'impose afin que nul ne puisse – même l'autorité judiciaire – entraver l'exécution de la loi, le statut de l'administré se réduit à la sujétion envers l'administration exécutrice de la volonté générale[963]. Ce n'est qu'à partir du début du XXème siècle que l'apparition de l'usager du service public entraîne l'affirmation du recours pour excès de pouvoir et érige le juge administratif en gardien du droit contre l'administration. Servi par l'administration, l'usager est également, à travers le recours au juge, préposé à juguler le pouvoir administratif. Seul l'usager, partenaire d'une nouvelle relation administrative est susceptible de contrer le pouvoir.

B. L'usager du service public, contre-pouvoir

Faire valoir le droit (I) et représenter les intérêts (II) des usagers des services publics sont les deux modalités de la citoyenneté administrative pour contrer le pouvoir de l'administration.

---

[961] « *Les théories du service public développées dès le début du XXème siècle formulaient déjà des appels au rapprochement, voir à l'union, d'une administration de services avec ses administrés, que l'on nommait parfois encore « citoyens » mais aussi de plus en plus « usager »* ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La citoyenneté administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY, et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011, tome 2, p. 399.

[962] G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op.cit*., p. 74.

[963] « La position de sujétion de l'administré n'est cependant due qu'à l'intérêt général dont l'acte est le vecteur. », A. CLAEYS, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoirs*, thèse, Poitier, 2005, tome 1, p. 26.

I. L'usager du service public, sujet du droit contre l'administration

266. Contre-pouvoir de l'administration, l'usager du service public l'est avant tout à travers la procédure contentieuse, tant celle-ci est la plus conforme aux principes de la démocratie libérale[964], et dont il maîtrise l'initiative par la saisine du juge administratif[965]. Le développement du recours pour excès de pouvoir suit en effet la consécration de la figure de l'usager du service public. Même si des considérations d'ordre pratique et organisationnel justifient le recours à la notion d'intérêt pour agir, afin de restreindre la recevabilité des requêtes, l'esprit du recours pour excès de pouvoir est bien celui de l'action populaire[966]. Il consiste à permettre à tout administré, et *a fortiori* à tout usager des services publics[967], d'intenter un procès objectif à la décision administrative au nom de la loi. L'administré est alors une espèce de sentinelle qui veille au respect, par l'administration, de l'œuvre du citoyen. L'autonomie du pouvoir administratif dans l'exécution des services publics ne l'exonère pas du respect des garanties légales. La requête de l'usager du service public prolonge donc l'action citoyenne. Lorsque le juge sanctionne la décision de l'administration sur la demande de l'usager requérant, il satisfait à l'intérêt particulier de l'administré, ou à celui d'une catégorie d'usagers[968], mais toujours au nom de la légalité objective. Le recours pour excès de pouvoir ne consacre l'existence d'aucun droit subjectif des administrés, sinon celui de saisir le juge au nom de la loi. Sous l'impulsion du requérant, le juge a donc la possibilité de contrer l'administration par l'annulation de la décision administrative afin d' « *assurer le règne de l'Etat de droit* » et « *la résistance de l'individu contre le*

[964] « *Pour les libéraux du XIXème siècle, héritiers de la pensée de 1789, l'administration n'avait pas de contenu intrinsèque : la notion d'exécution des lois l'enfermait toute entière ; dans la loi, elle trouvait son principe et sa limite* […]. *Dans cette optique, le respect de la légalité, assuré par le progrès du contrôle juridictionnel, est la condition nécessaire mais suffisante du caractère démocratique de l'action administrative* […] », J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op.cit.*, p. 825.

[965] « *Sans perdre sa qualité d'auxiliaire du juge de l'excès de pouvoir, l'administré va également se voir progressivement reconnaître la qualité d'usager du service public de la justice, porteuse de nouveau droits dans l'instance.*», A. CLAEYS, *L'Evolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, *op.cit.*, p. 68.

[966] « *La question revient à se demander s'il ne faudrait pas supprimer l'intérêt à agir afin de transformer le REP en une véritable* "action populaire" », G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, 7ème éd., p. 482.

[967] « *L'usager du service public est à ce propos dans une situation favorable puisque, quel que soit le service en cause, que ce service soit local ou national, il pourra agir contre toute décision relative à son organisation ou à son fonctionnement* », R. NOGUELLOU, *op.cit.*, p. 736.

[968] CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuable du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec*., p. 962, concl. Romieu.

pouvoir »[969]. Le recours contentieux demeure le contre-pouvoir le plus abouti de la démocratie administrative libérale française[970].

II. Les usagers du service public représentés dans l'administration

267. Soumettre les décisions de l'administration au regard du juge n'est pas l'unique voie de la citoyenneté administrative libérale pour encadrer le pouvoir administratif. Bien que les libéraux ne soient pas des « *démocrates enthousiastes* »[971], puisqu'ils redoutent la participation directe au pouvoir, ils comptent sur la démocratie représentative au sein des services publics pour orienter l'action des gouvernants. Que les procédés de représentation des usagers du service public consistent à sublimer les intérêts particuliers, conformément au modèle du mandat impératif de Sieyès, ou bien à les agréger selon une logique développée notamment par Benjamin Constant[972], ils excluent une appropriation privative du pouvoir administratif. Au travers des représentants des usagers des services publics, une certaine distance est maintenue entre « la communauté d'administrés » associée au pouvoir de l'administration et les destinataires des décisions administratives. Consubstantielle à la notion de citoyenneté, cette distance est un rempart contre « la consumérisation » de la relation administrative.

---

[969] « *Cette attitude est bien évidemment en relation avec la conception française de la démocratie libérale : le citoyen doit pouvoir facilement déférer à un juge impartial les actes de l'Administration de manière à assurer le règne de l'Etat de droit et Alain a magnifié la résistance de l'individu contre le pouvoir.* », J. De SOTO, « L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, p. 770.

[970] « […] *l'empire du droit progressant mieux au plan du contentieux en liaison avec le développement des libertés fondamentales et de l'Etat de droit à tous les niveaux. Le contentieux fait figure de préoccupation favorite, même si l'on ne trouve pas négligeables les réformes faites par ailleurs.* », B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013, p. 710. « *C'est donc principalement par la voie contentieuse que le destinataire des décisions administratives peut faire valoir ses droits.* », R. NOGUELOU, *op.cit*., p. 736.

[971] V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit*., p. 67.

[972] *Id*., p. 69.

§2 - L'usager du service public, consommateur de la démocratie administrative néo-libérale

268. La figure de l'usager du service public n'a pas uniquement vocation à prolonger celle du citoyen ; elle la rapproche de celle du consommateur (A). Ce glissement consumériste de la relation administrative tend à oblitérer tout contre-pouvoir à l'administration au profit d'une régulation du comportement des usagers du service public (B).

A. L'usager, consommateur de services publics

La définition néo-libérale de la citoyenneté est contenue dans l'idée de consommation (I) et fonde le développement de la démocratie participative au sein des services publics (II).

I. Le consommateur-citoyen néo-libéral

269. Au début du XXème siècle, la théorie du service public autorise un rapprochement entre les figures du citoyen et du consommateur comme l'analyse Bernard Lavergne dans son ouvrage sur *L'ordre coopératif* dès 1926[973]. Selon le professeur à la faculté de droit de Lille et participant au colloque fondateur du néo-libéralisme en août 1938[974], « *le citoyen ne s'analyse et ne se comprend que comme étant le consommateur-né des services publics* »[975]. La figure du citoyen-consommateur n'est envisageable qu'à travers la fonction désacralisante de la notion de service

[973] B. LAVERGNE, *L'Ordre coopératif. Etudes générale de la Coopération de Consommation*, Félix Alacan, Paris, 1926.
[974] « *Outre un important contingent d'intellectuels, prennent part à la réunion* [le colloque Walter Lippmann] *des économistes (Louis Baudin, et Bernard Lavergne)* […] », F. DENORD, *Nèo-libéralisme, version française*, *op.cit*., p. 116.
[975] « […] *le citoyen ne s'analyse et ne se comprend que comme étant le consommateur-né des services publics, bref, que l'Etat politique n'est qu'une vaste coopérative à tous l'ensemble des services publics. », id.*, p. 18.

public[976]. C'est « *parce que l'Etat n'est qu'une coopérative de service public, que le citoyen n'est qu'une variété de consommateur* »[977].

270. Bernard Lavergne insiste sur les dimensions à la fois démocratique et libérale de « *l'idée générale de consommateur* »[978] qu'il n'hésite pas à confondre avec la notion de citoyenneté forgée par les auteurs de *l'Encyclopédie*[979]. Le fondement de l'égalité des citoyens « *vient de ce que tous les êtres humains sont égaux dans leur besoin des services de l'Etat* »[980]. La citoyenneté « *découle de notre uniforme qualité de consommateur* »[981]. L'égalité de tous devant le besoin d'Etat est le fondement le plus « *rationnel* » au suffrage universel car « *tout consommateur obligé des services publics* » est susceptible de participer à l'organisation du pouvoir[982]. En outre, la nature économique et « *triviale* » de « *ce rapprochement imprévu entre l'usager et le citoyen* » confère à la citoyenneté un fondement libéral et désacralisé dépourvu de toute la magnificence des théories métaphysiques et transcendantales de la souveraineté[983]. L'amalgame entre le consommateur et le citoyen n'est pas le fait d'un auteur isolé des années 1930, il semble caractériser la pensée néo-libérale comme le relatent Pierre Dardot et Christian Laval dans *la nouvelle raison du monde* en 2009[984]. La confusion

---

[976] « *L'idée de consommateur comme fondement du droit politique du citoyen : le citoyen n'est que le consommateur né des services publics. L'idée coopérative et l'idée de citoyen, toutes deux logiquement issues de l'idée générale de consommateur* […]», *id*., p.7

[977] « […] *le citoyen n'est qu'une variété de consommateur, que l'Etat enfin n'est qu'une coopérative de services publics.* », *id*., p. 24.

[978] *Id*., p. 7.

[979] « *Au contraire, avec les Encyclopédistes et la Révolution, le concept de consommateur émerge, quoique inconsciemment, sous la notion de citoyen, puisque l'égalité des droits du citoyen vient de ce que tous êtres humains sont égaux dans leur besoin des services de l'Etat.* », *id*, p. 20.

[980] *Ibid.*

[981] « *Non seulement l'existence de droits politiques chez tous est par là expliquée, mais leur égalité d'un homme à l'autre est ainsi légitimée. Celle-ci découle toute entière de notre uniforme qualité de consommateur.* », *id*., p. 14.

[982] « *Tout homme devant, pour vivre, vivre en société est un consommateur obligé des services de l'Etat, et, comme nous avons chacun le droit d'essayer de vivre le moins mal possible, nous avons, par voie de conséquence, chacun le droit de faire savoir quelle méthode nous semble préférable pour l'organisation des pouvoirs et services publics. Sans prétendre qu'on ne puisse pas tenter de justifier accessoirement le suffrage universel par d'autres arguments, il nous semble qu'aucune explication rationnelle n'a la force de celle-ci.* », *id*., pp. 13 et 14.

[983] « *Théorie d'économiste, dira-t-on, ce rapprochement imprévu entre usager et citoyen ; théorie qui profane la noblesse du droit constitutionnel, car il donne au droit, on dit dans le langage de l'école « à la souveraineté » politique une bien humble et presque sordide origine : des besoins, des appétits matériels à satisfaire. Non seulement il n'a rien là de la majesté du droit divin des rois* […] *ni la magnificence des théories devenues traditionnelles depuis le Contrat Social et qui fondent le droit public sur un ensemble de notions métaphysiques de l'ordre le plus transcendant. Rien de tout cela, mais cette constatation élémentaire, triviale si l'on veut, que l'homme, pour vivre, doit satisfaire toute une série de besoins, dont beaucoup ressortissent aux services rendus par les pouvoirs publics.* », *id*., p. 24.

[984] « *Le citoyen-consommateur* […] *Il faut bien voir que cette promotion politique du consommateur, loin d'être anodine, est à relier directement au principe constitutionnel de la concurrence* […] *La thèse des*

néo-libérale entre le citoyen et le consommateur autorise à analyser le nouvel impératif participatif contemporain de l'usager au fonctionnement des services publics à l'aune de « *la relation de consommation* » soulignée par le professeur Guy Quintane[985].

271. La « consumérisation » de la relation administrative se traduit en droit positif par la capacité de l'usager-consommateur de se prévaloir du droit de la consommation comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'Etat *Société des eaux du nord* du 11 juillet 2001[986]. Se fondant sur la qualité d'usager du service public de l'eau, le Conseil d'Etat permet aux justiciables d'invoquer la loi du 10 janvier 1978 *relative à la protection et à l'information des consommateurs de produits et de services* devant la juridiction administrative. La jurisprudence Société des eaux du nord confirme que le droit de la consommation intègre la légalité administrative à travers « *la figure de l'usager* »[987], c'est-à-dire par la notion de service public. Cela étant, la consommation des services de la puissance publique se révèle également au travers du nouvel impératif participatif au sein de l'administration.

II. L'impératif participatif et la satisfaction des intérêts particuliers

272. A la différence du procédé représentatif importé de la « démocratie politique » au sein de l'organisation des services publics, les nouvelles procédures participatives à disposition des usagers opèrent une confusion entre les acteurs de celles-ci et les destinataires de la décision qui en résulte. Consultés, les usagers des services publics sont ainsi invités à transmettre leurs observations à propos des décisions qui les concernent directement. La distance entre l'administré et la décision administrative que garantit la représentation collégiale ou la saisine du juge est moins nette. Cette tendance au rapprochement des revendications individuelles et concrètes de la prise de décision procède de ce que Pierre Rosanvallon désigne par les métamorphoses de *La légitimité*

---

ordolibéraux est qu'il existe chez les consommateurs des « intérêts constitutionnels communs » […] », P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale,* La Découverte, 2009.

[985] « *L'individualisation va proposer à la fois un nouveau modèle de relation au service : la relation de clientèle, et au produit : la relation de consommation.* », G. QUINTANE, « La désinstitutionalisation de l'administration », *op.cit.*, p. 107.

[986] CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, n°221458.

[987] J. CHEVALIER, « Figures de l'usager », in Psychologie et science administrative, PUF 1985, pp. 35-69.

démocratique[988]. De « *la réalisation de la généralité par le détachement des particularités, par la distance raisonnée* »[989], l'impératif démocratique s'achemine vers « *une immersion radicale dans le monde de la particularité, marquée par le souci des individus concrets* »[990]. L'intérêt du citoyen-usager risque alors de laisser place à celui de l'usager-particulier, rompant ainsi avec l'impératif catégorique kantien du « *désintéressement* » au fondement de l'idée de citoyenneté[991].

273. A la fin de son œuvre, dont « *la problématique récurrente réside en la nécessité d'une plus grande démocratisation de l'action administrative* »[992], Jean Rivero met en garde contre le risque contenu dans la dérive extrême de la démocratie administrative : « *Surtout, il est possible et souhaitable de s'engager plus avant dans la voie de la concertation et de l'information en matière d'élaboration des règlements administratifs. Mais aller au-delà relève de l'utopie et risquerait de compromettre l'intérêt général au profit des seuls intérêts particuliers défendus par des lobbies plus puissants face à l'administration qu'ils ne le sont face au législateur. La démocratie n'aurait rien à y gagner. Son exigence première n'est pas le transfert à l'administré d'un pouvoir qu'il serait d'ailleurs hors d'état d'exercer, c'est la prise en compte et le respect par les détenteurs de ce pouvoir de celui qui est, en définitive sa raison d'être.* »[993]. La nouvelle légitimité de la proximité véhiculée par la notion de service public « *résulte de l'action d'un pouvoir qui n'oublie personne* »[994] mais dont le décentrement extrême lève toute emprise à l'exercice d'un contre-pouvoir.

---

988 P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.
989 *Id.*, p.17.
990 *Ibid*.
991 « *En somme, Kant n'exige rien d'autre que ce que l'on appelle communément le désintéressement : l'intérêt de la raison pratique, si l'on ose dire, c'est le désintéressement. L'acte vertueux est celui qui échappe à notre égoïsme sensible*. », J. LACROIX, *Kant et le kantisme*, puf, Paris, 1977, cité par G. QUINTANE *in* « La désinstitutionnalisation de l'administration », *op.cit*., p. 195
992 G. HOUILLON, « Jean Rivero, Démocratie et administration », *RFDA*, 2009, p. 1058.
993 J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 152.
994 « *Ce type de généralité est associé à une qualité de comportement, il résulte de l'action d'un pouvoir qui n'oublie personne, qui s'intéresse aux problèmes de tous*. », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique op.cit*., p. 17.

B. La régulation du comportement des usagers par la citoyenneté administrative

Dépourvu de tout pouvoir contre l'administration dès lors qu'il entretient « *une relation de consommation* »[995] avec l'administration, l'usager du service public est guidé par son intérêt. L'administration trouve dès lors dans la nouvelle « citoyenneté administrative » le moyen d'asseoir son pouvoir de décision et de réguler le comportement des usagers du service public.

I. Une meilleure réception du pouvoir de décision de l'administration

274. Les nouvelles obligations de motivation ou d'explication des décisions administratives, d'une part, et d'association « participative » des usagers des services publics à la prise des décisions publiques, d'autre part, ont des effets vertueux car elles améliorent les relations entre administrations et administrés[996]. Depuis la fin des années soixante-dix, la reconnaissance par le législateur du droit d'accès aux documents administratifs[997], la démocratisation des enquêtes publiques[998], l'instauration de commissions administratives consultatives[999], le droit de participer à l'élaboration des décisions publiques en matière environnementale[1000], consacrent un véritable dialogue entre l'administration plus proche et plus à l'écoute de ses usagers, mais également mieux comprise de la part de ces derniers. L'ensemble de ces procédés vise à une meilleure acceptabilité des décisions publiques. Cependant, s'il semble indispensable dans une démocratie moderne d'avoir affaire à une administration accessible et coopérative, il convient de ne pas confondre ces qualités avec celles exigées par la reconnaissance d'un pouvoir décisionnel.

---

[995] G. QUINTANE, « La désinstitutionnalisation de l'administration », *op.cit*., p. 107.
[996] *Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration*.
[997] *Loi n°1978-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; Loi n°1979-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.*
[998] *Loi n°1983-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.*
[999] *Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité*.
[1000] *Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement* ; *Loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.*

275. Les moyens d'entretenir de bonnes relations entre l'administration et ses administrés sont destinés à accroître la prise en compte des besoins des usagers par l'autorité publique[1001] afin d'améliorer l'acceptabilité des décisions administratives. Mais comme le préconise Jean Rivero dès 1963 et le rappelle clairement le Conseil d'Etat dans son rapport public de 2011, il n'est pas question de parvenir à un partage du pouvoir décisionnel[1002]. L'amélioration des relations entre les administrations et les usagers du service public par le développement de ces différentes procédures d'information et de participation s'inscrit incontestablement dans la perspective d'accroître l'efficacité administrative, dans la droite ligne des préconisations récurrentes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)[1003], mais certainement pas dans celle de confier aux usagers un pouvoir sur les décisions qui les concernent. Dès ses premiers plaidoyers pour la « *démocratie administrative* », Jean Rivero admet d'ailleurs que l'ensemble de ces procédés a peu de chose à voir avec le pouvoir, sinon de préparer à un meilleur accueil, à une meilleure acceptabilité du pouvoir de l'administration[1004]. Exclusivement tendues vers l'adhésion[1005] de l'administré pour accroître l'emprise du pouvoir de l'administration, ces procédures d'information et d'association « participative » à l'élaboration des décisions publiques ont pour objectif avoué par Jean Rivero, dès 1965, la recherche d'une « *obéissance acceptée, obéissance spontanée* »[1006] des destinataires des décisions de l'autorité

[1001] C.C., décision n°2012-262 QPC du 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement*.

[1002] « *Rien ne s'oppose donc, juridiquement à ce que l'administration, tout en se réservant le nécessaire droit de dernier mot qui doit rester l'apanage du pouvoir, fasse, de ce mot ultime, la conclusion d'un dialogue ou d'un colloque* […] », J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, tome II, p. 834 ; « *Il ne s'agit nullement d'une participation à la décision au sens d'une codécision ; la décision reste le fait de l'autorité légitimement habilitée à la prendre et à l'assumer.* », C.E., Rapport public 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, La Documentation française, Paris, 2011, p. 10.

[1003] « *L'OCDE soutient ses pays membres dans la mise en place et le renforcement de structures administratives effectives, efficaces, transparentes et responsables vis-à-vis des citoyens. L'accès à l'information, la consultation et la participation active du public dans la prise de décision contribue à la bonne gouvernance* […] », Note de synthèse de l'OCDE de juillet 2001 sur la gestion publique, cité par Gilles Dumont, *La citoyenneté administrative*, *op.cit.*, p. 519.

[1004] « […] *la décision n'a qu'une fin : sa traduction dans la réalité ; qu'elle soit judicieuse ou savante, que son auteur puisse trouver dans sa contemplation, le légitime orgueil que l'œuvre parfaite donne au créateur, peu importe, si elle se révèle inapte à transformer le monde dans le sens qu'elle a choisi ; l'exécution demeure la raison d'être de l'acte administratif* […] », J. RIVERO, 1965, *op.cit.*, p. 832.

[1005] « *Mais il existe, pour obtenir l'adhésion, un moyen plus efficace encore* […] », J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op.cit.*, p. 822.

[1006] « *L'efficacité de la décision en matière économique et sociale suppose donc* […] *un autre ressort que la pure et simple mise en œuvre de la puissance publique : l'obéissance acceptée, l'obéissance spontanée, c'est-à-dire l'adhésion, l'acceptation de la décision* […] », J. RIVERO, « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Droit social*, n°3, mars 1965, p. 173.

publique. Ne laissant aucun espace à « *la rébellion face à cette décision* »[1007], l'ultime raison d'être de la « démocratie administrative » est d'annihiler le « *bouillon de culture de la résistance à la décision du pouvoir* » insiste Jean Rivero[1008]. A travers la gouvernance de « *l'adhésion des intelligences* »[1009], l'objectif explicite de l'association de l'usager au fonctionnement des services publics est bien d'instaurer une démocratie sans contre-pouvoir de l'administré. Conformément à l'analyse de Benjamin Constant, la démocratie administrative consiste à associer l'administré à la prise de décision dans les limites de sa docilité[1010].

II. La prestation de service et le comportement des usagers

276. La docilité des usagers-consommateurs de services publics permet à l'administration d'orienter leurs comportements. En effet la transformation de l'usager en consommateur autorise l'administration à exiger, en vertu de la prestation de service public qu'elle fournit, un certain comportement de l'usager de service public. Ainsi les contreparties aux prestations de services publics se multiplient dans l'administration comme l'illustre l'évolution du service public de l'emploi. La jouissance des droits de l'usager du service est conditionnée à la preuve apportée par celui-ci de la recherche d'un emploi. En matière de sécurité sociale, le versement des allocations familiales à l'usager du service public de la sécurité sociale peut être interrompu en cas de non scolarisation de l'enfant à charge. De même le remboursement du traitement médical tend à être conditionné par le « bon » suivi par le patient[1011]. Enfin, l'usager du service public du fisc peut se voir accorder un délai supplémentaire pour régler ses impôts s'il se plie aux procédures de modernisation de l'administration fiscale.

[1007] « […] *à tout le moins, l'absence de rébellion face à cette décision* […] », *ibid.*

[1008] « *Le sentiment de l'arbitraire, c'est en définitive, le meilleur bouillon de culture de la résistance à la décision du pouvoir* […] », *ibid.*

[1009] « […] *le seul respect du pouvoir* […] *dans l'adhésion des intelligences* », J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », *op.cit.*, p. 822.

[1010] « *L'intérêt des gouvernants comme gouvernants c'est que les gouvernés possèdent un degré de lumières qui les rende des agents habiles, mais qui ne diminue point leur docilité* […] », B. CONSTANT, cité par L. JAUME, dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 70.

[1011] P-A. Adèle, *Surveiller et punir par les dispositifs médicaux ?*, note sous CE, 28 novembre 2014, *Union nationale des associations de santé à domicile*, n° 366931, RDSS, 2015, p. 300.

277. La régulation par la puissance publique du comportement des usagers au travers de la maîtrise de leurs intérêts est le prix de la consommation de services publics. L'individu est-il vraiment si « *ingouvernable* »[1012]

[1012] R. GORI, *L'individu ingouvernable*, Les liens qui libèrent, Mayenne, 2015.

Conclusion du chapitre 2

278. L'effectivité des droits et libertés indispensables à l'autonomie individuelle justifie l'augmentation du nombre des fonctions publiques. Ainsi, les services régaliens garantissent les libertés publiques et les services de prestations mettent en œuvre les droits-créances. En outre, le développement des services publics de régulation est nécessaire à la gestion de la pluralité juridique propre à la société libérale. Au sein de ce nouvel Etat-providence de nature administrative, dont la légitimité n'est plus contestée par la majorité des auteurs libéraux[1013], l'usager du service public prolonge le citoyen. Susceptible de contrer l'administration par la saisine du juge et de participer au fonctionnement des services publics au travers de ses représentants, l'usager du service public s'apparente à un « citoyen administratif » mais également à un consommateur de services publics.

279. Au sein de l'administration, les procédures d'association des usagers au pouvoir de l'administration empruntent donc à la fois aux définitions libérale et néo-libérale de la citoyenneté. La logique libérale de limitation du pouvoir par le droit concurrence ainsi celle de la régulation des comportements par les intérêts.

[1013] « […] *aucun libéral ne remet plus en question la légitimité de l'Etat-providence* […] », D. SCHNAPPER, *La Démocratie providentielle*, Folio, Paris, 2002, p. 175.

Conclusion du titre 1

280. Entre l'individualisme juridique de la Révolution et la République sociale du début du XXème siècle, le rapport entre la puissance publique et la liberté de l'individu est renversé par la notion de service public. Au nom de la liberté négative, les droits naturels étaient destinés à limiter l'ingérence de la puissance souveraine. Or, les mutations économiques, sociales et démocratiques au cours du XIXème siècle suscitent le développement de l'Etat social et augurent l'emprise du pouvoir politique sur le devenir des individus et sur la transformation de la société. Cependant la sujétion aux autorités publiques est neutralisée par la notion de service public dont les fondements sociologiques prescrivent une régulation objective des fonctions publiques indépendante de la volonté des gouvernants. Le service public autorise « *une interférence non arbitraire* »[1014] entre la puissance publique et la liberté de l'individu. Le développement des services publics devient une condition de l'effectivité des droits des individus.

281. Le libéralisme du service public ne se réduit pas à sa fonction émancipatrice initiale. Subjectivisé par la notion de service, le droit de la puissance publique accompagne le processus d'individualisation de la société. Et la profusion des droits et libertés de l'individu justifie la création de nouveaux services de régulation des libertés publiques assurés par les autorités administratives indépendantes. La dynamique libérale justifie le renforcement de la sphère publique.

282. L'extension de l'appareil administratif corrélative à la marche de la société libérale soulève la constitution de contre-pouvoirs autour de la nouvelle figure de l'usager du service public. Associé à la décision de l'administration et recevable à saisir le juge administratif, l'usager est préposé à relayer le citoyen de l'Etat légal. Pourtant, la participation directe de l'usager, également consommateur de prestations publiques, aux rouages du pouvoir administratif risque de le dissuader de pouvoir « *faire exception de lui-même* »[1015] et ainsi d'étouffer l'idée de citoyenneté et la valeur de la liberté. Mené

[1014] J-F. SPITZ, « Les fondements intellectuels de la République en France », *Critique*, avril 2004, p. 319.
[1015] « *Car, qu'est-ce que la liberté ? C'est avoir la volonté de répondre de soi. C'est maintenir la distance qui nous sépare.* […] *C'est être prêt à sacrifier des hommes à sa cause, sans faire exception de soi-même.* », F. NIETZSCH, *Le crépuscule des idoles*, *op.cit.*, p. 1013.

par ses petits intérêts, l'usager du service public est guidé par l'administration comme dans un marché.

Titre 2 - Le marché, norme du service public

283. L'histoire du courant libéral débute au XVIIIème siècle à travers la découverte de l'idée de marché[1016]. Aucun auteur libéral ne nie la nécessité de l'Etat, mais le concept d'Etat limité caractérise la pensée libérale[1017]. Au-delà de menacer les libertés à travers les pouvoirs de contrainte dont il dispose, l'Etat est susceptible de perturber l'échange économique, pourtant indispensable à la réalisation du progrès social. Il est donc primordial, pour l'ensemble des auteurs classiques, de circonscrire les fonctions de l'Etat au strict minimum. La conception de l'Etat libéral rime alors avec celle de l'Etat minimal[1018]. Néanmoins, la restriction des fonctions étatiques n'est pas le seul moyen de contenir l'Etat. Le libéralisme est également une doctrine de la soumission des pouvoirs de l'Etat au droit. L'Etat libéral est alors synonyme d'Etat de droit[1019]. Circonscrire le rôle de l'Etat et soumettre les manifestations de l'Etat au droit, sont deux préoccupations concomitantes du libéralisme qui rendent artificielle la distinction entre les représentants du libéralisme économique et ceux du libéralisme politique[1020]. Selon que l'on insiste sur l'une ou l'autre des méthodes de limitation de l'Etat, l'on renvoie à une période différente de l'histoire de l'idée libérale[1021]. Plus l'Etat est appelé à sortir de son domaine d'intervention régalien, plus les auteurs libéraux insistent sur la nécessité de soumettre l'action de l'Etat au droit à travers l'élaboration d'un régime juridique inspiré du droit commun.

[1016] « *La formation de cette représentation de la société comme marché trouve son plein épanouissement dans l'école écossaise du XVIIIème et, tout particulièrement, chez Smith.* », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, *op.cit.*, p. III.

[1017] « *Le libéralisme plaide pour un Etat-gendarme, limité aux fonctions régaliennes, éventuellement assorties de mesures d'assistance sociale.* », V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *op.cit.*, p. 270.

[1018] « *Le libéralisme est une doctrine de l'Etat limité tant au regard de ses pouvoirs que de ses fonctions. La notion courante qui sert à représenter le premier aspect est la notion d'Etat de droit ; la notion courante servant à représenter le second est la notion d'Etat minimal (par exemple l'Etat social contemporain)* […] », N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, *op.cit.*, p. 22.

[1019] *Ibid.*

[1020] « *Il n'y a pas d'opposition de départ à cet égard entre la philosophie des droits de l'homme, que véhicule le libéralisme politique, et le constat par le libéralisme économique du caractère organisateur des lois et des contraintes économiques qui règlent le marché. Dans les deux cas, on reconnaît qu'il n'y a pas de grand maître des hommes et des choses et qu'aucun pouvoir personnel de sujétion relie entre eux les individus.* », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, *op.cit.*, p. VIII.

[1021] « *Alors que l'Etat de droit s'oppose à l'Etat absolu compris comme legibus solutus, l'Etat minimal s'oppose à l'Etat maximal : il faut donc dire que l'Etat libéral s'affirme dans la lutte contre l'Etat absolu au nom de l'Etat de droit et contre l'Etat maximal au nom de l'Etat minimal, même si ces deux mouvements d'émancipation ne coïncident pas toujours historiquement et pratiquement.* », N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, *op.cit.*, p. 23.

284. Ainsi, les nouveaux libéraux du XXème siècle ne sont pas moins libéraux que leurs prédécesseurs des XVIII et XIXèmes siècles. Leur aversion à l'égard de l'intervention de la puissance publique, dans des domaines traditionnellement réservés à l'initiative privée, est cependant moindre, à partir du moment où l'Etat respecte les règles du marché. Dès les années 1930, les néo-libéraux encouragent même l'intervention de la puissance publique quand elle sert le marché et promeut le droit de la concurrence.

La référence constante à l'idée de marché, à travers la nature des activités assumées par la puissance publique et le régime juridique auquel ses manifestations sont soumises, traduit l'emprise de la pensée libérale sur l'intervention publique. Sous l'influence du libéralisme classique, la notion de service public subordonne les fonctions et le régime de la puissance publique à l'existence du marché (chapitre 1), avant que le tournant néo-libéral n'impose à la puissance publique de servir le marché (chapitre 2).

Chapitre 1 - Le marché, limite de l'intervention publique libérale

285. L'économie politique est la science du XVIIIème siècle[1022]. Selon ses précurseurs, les mécanismes du marché permettent l'allocation des ressources la plus optimale pour l'épanouissement individuel et le progrès social. La liberté économique est l'équivalent, dans le domaine de la production des richesses, du droit au jugement personnel dans le domaine moral. Tout au long de l'aventure libérale, la critique de l'intervention de l'Etat dans l'économie est donc le corollaire du plaidoyer pour la liberté[1023]. Mais si le recours au marché doit toujours être privilégié à l'intervention contraignante des pouvoirs publics, les économistes libéraux reconnaissent que certaines activités, indispensables à la marche de « *la société de commerce* »[1024], ne peuvent qu'être assumées par les collectivités publiques. Le nombre de ces « *services publics* »[1025] n'est cependant jamais figé car il dépend de l'état du marché. Insusceptibles d'être assumés par les particuliers, les services publics de la société de commerce appartiennent au domaine non marchand. Ce qui justifie, conformément à « *la théorie des deux mondes* »[1026], qu'ils échappent au droit commun et bénéficient d'un régime exorbitant. Au cours du XIXème siècle, la référence au service public par les économistes et les juristes désigne les fonctions de l'Etat et leur régime particulier.

286. La distinction entre les activités marchandes, animées par le droit privé, et les fonctions publiques, régies par le droit administratif, ne résiste pas à la remise en cause des postulats classiques quant au rôle de la puissance publique. Le tournant du XXème

---

[1022] « *L'économie politique est née, au XVIIIème siècle, de diverses tentatives qui ont été faites pour expliquer certains faits sociaux* […] », H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, PUF, Paris, 1990, p. 1.

[1023] « *La liberté économique est l'analogue du droit au jugement personnel dans le domaine de la production des richesse.* », V. VALENTIN, « L'idée libérale et ses interprètes », *op.cit.*, p. 43.

[1024] « *L'affirmation du libéralisme économique traduit plus profondément l'aspiration à l'avènement d'une société civile immédiate à elle-même, autorégulée. Cette perspective, apolitique au sens fort du terme, fait de la société de marché l'archétype d'une nouvelle représentation du social : c'est le marché (économique) et non pas le contrat (politique) qui est le vrai régulateur de la société (et pas seulement de l'économie)* […] », P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique*, *op.cit.*, p. II.

[1025] « *L'économie politique, en tant que branche de la science de l'homme d'Etat ou du législateur, se propose deux buts distincts : premièrement, procurer à tous un revenu ou des moyens de subsistance abondants,* […] *deuxièmement, assurer à l'Etat ou république un revenu suffisant pour le fonctionnement des services publics.* », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, nouvelle traduction coordonnée par P. Jaudel et sous la direction de J-M. Servet, Economica, Paris, livres III et IV, 2005, p. 439.

[1026] G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114.

siècle exhorte les libéraux à compter davantage sur l'encadrement de l'Etat par le droit commun que sur la restriction de ses incursions. L'avènement de l'Etat-providence et le succès de l'interventionnisme obligent les juristes à dissocier l'application du droit administratif de l'activité de service public dès lors que celle-ci pénètre, notamment, le domaine industriel et commercial. Dépossédée des privilèges juridiques de son régime traditionnel, l'intervention publique, en dehors de son domaine naturel, se conforme au paradigme libéral. Relevant pour partie de l'ordre judiciaire et imposé par les libéraux, le régime juridique de la puissance publique libérale vire au dualisme.

La notion de service public justifie le monisme du droit de l'autorité publique imposé par la doctrine de l'Etat minimum (section 1) avant de fonder la transformation libérale de la puissance publique condamnée au dualisme juridique (section 2).

SECTION 1 - LE MONISME LIBÉRAL DU DROIT DE L'ETAT MINIMUM PAR LE SERVICE PUBLIC

En vertu de la supériorité des lois de l'économie, le libéralisme classique prône la limitation du rôle de l'Etat. La doctrine de l'Etat minimum puise ainsi ses fondements théoriques dans les critiques du mercantilisme, dès le début du XVIIIème siècle, et chez les fondateurs de l'économie libérale que sont, en France, les Physiocrates et, en Angleterre, le philosophe Adam Smith. Dans les œuvres de ces premiers penseurs du marché, figure également la référence aux services publics indispensables à son fonctionnement. Les juristes français s'emparent de cette notion indissociable de celle du marché pour circonscrire les fonctions publiques (§1) puis édifier le régime propre à l'intervention de l'Etat-gendarme (§2).

§1 - Les activités de service public et le marché

Conformément aux enseignements de la science économique, la définition classique du service public renvoie aux activités assumées par les personnes publiques en dehors du marché (A). Fluctuant, le champ des activités de services publics varie selon l'état d'évolution du marché (B).

A. Le service public, activité circonscrite par le marché

Les économistes libéraux préconisent l'existence de services publics (I) s'ils sont nécessaires au développement du marché (II).

I. Les origines économiques du service public

287. Dès le XVIIIème siècle, bien avant que le service public n'apparaisse dans la jurisprudence administrative et *a fortiori* avant que la notion ne soit consacrée par la doctrine publiciste, les services publics tiennent une place importante dans les écrits des « Economistes »[1027]. Les fondateurs de l'économie politique supposent l'existence d'un ordre social naturel dont la dynamique harmonieuse repose sur le libre jeu des intérêts individuels. De la satisfaction des intérêts de chacun par l'échange, dépend la recherche du « *bien général* »[1028]. Parce que « *l'échange est l'âme sociale et le créateur de la qualité des richesses* »[1029], il est indispensable de « *laisser le commerce absolument libre* »[1030] et de compter sur la libre concurrence pour se procurer davantage au moindre coût[1031]. Pour les Physiocrates[1032] comme pour les auteurs des « *Lumières anglo-*

[1027] Le terme « *Economistes* » fait l'objet d'un article dans l'*Encyclopédie*. Il désigne les premiers représentants de la science économique au XVIIIème siècle, précurseurs de la doctrine économique libérale.

[1028] « *Tous entretiennent nuit et jour cette richesse par leur intérêt particulier, et forment en même temps, quoique ce soit ce à quoi ils songent le moins, le bien général, dont malgré qu'ils en aient, ils doivent toujours attendre leur utilité singulière*. », DE BOISGUIBERT, *Dissertation sur la nature des richesses, de l'argent et des tributs,* 1707, cité par A. LAURENT et V. VALENTIN, *in Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 151.

[1029] P. LEMERCIER DE LA RIVIERE, *Canevas d'un code constitutionnel. Œuvres politiques (1787-1789*), présentation et transcription par Bernard Herencia, Satkine Erudition, Genève, 2011, p. 75.

[1030] *Ibid*.

[1031] « *Désir de jouir et liberté de jouir, voilà Monsieur, l'âme du mouvement social ; et dans le moral comme dans le physique, le mouvement qui détruit tout, est cependant ce qui produit tout, ce qui conserve tout. La liberté du Commerce, tant extérieur qu'intérieur, est une conséquence nécessaire du droit de propriété : elle conduit à sa suite la plus grande concurrence possible d'acheteurs et de vendeurs ; et l'effet naturel de cette concurrence est de mettre une nation dans le cas de se procurer toujours, sans aucune violence, le prix le plus avantageux pour elle, tant en vendant qu'en achetant.* », P. LE MERCIER DE LA RIVIERE, *Lettre sur les économistes*, *in Canevas d'un code constitutionnel. Œuvres politiques (1787-1789)*, présentation et transcription par Bernard Herencia, Stakine Erudition, Genève, 2011, pp. 51 et 52.

[1032] Ce terme désigne les représentants d'un courant exclusivement français qui se constitue dans le dernier quart du XVIIIème siècle. Présentés comme les précurseurs de l'économie politique, les Physiocrates ont inspiré l'œuvre d'Adam Smith, en particulier. Voir A. LAURENT, « Physiocrates », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 878.

écossaises »[1033], l'intérêt commun exige que le gouvernement s'abstienne de toute entrave au commerce et à la concurrence. Si la puissance publique est incapable d'œuvrer directement pour le bien commun, puisque seule la liberté du commerce permet d'atteindre l'équilibre naturel et social, elle doit garantir les conditions du développement de l'échange économique. Dans la poursuite du bien commun, les collectivités publiques n'assurent que des fonctions secondaires ou indirectes mais néanmoins indispensables au fonctionnement du marché. Les économistes libéraux, des deux côtés de la Manche, de la fin du XVIIIème au début du XXème siècle, d'Adam Smith à Leroy Beaulieu, emploient l'expression « services publics » pour qualifier ces activités de la puissance publique[1034].

288. Au travers des services publics, la prise en charge par les personnes publiques de certaines fonctions respecte le paradigme de l'échange. Frédéric Bastiat, économiste libéral du milieu du XIXème siècle, pourtant hostile à l'intervention spoliatrice de la puissance publique et donc à la multiplication des services publics, reconnaît la compatibilité entre l'économie libérale et l'essence des services publics. Au chapitre XVII des *Harmonies économiques* intitulé « *services privés, services publics* », Bastiat souligne la nature commune de tous les services qu'il considère indissociablement comme de « *purs échanges* »[1035]. Les principes fondamentaux de la science économique ne sont pas remis en cause par « *cette forme particulière de* l'échange »[1036] que constituent les services publics. Comme les services privés, ils répondent à des besoins

[1033] Ce courant peut être présenté comme l'équivalent anglo-saxon de la physiocratie française. Mandeville, Ferguson, Hume et Smith en sont les représentants les plus illustres. Ces premiers économistes libéraux ont mis en avant la notion de société civile au centre de la régulation des phénomènes sociaux. Au XXème siècle, Hayek, bien que père du néolibéralisme, se réclame du plus pur héritage de ce courant de la fin du XVIIIème siècle. Voir V. VALENTIN, « Lumières anglo-écossaises », *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 864.

[1034] « *L'économie politique, en tant que branche de la science de l'homme d'Etat ou du législateur, se propose deux buts distincts : premièrement, procurer à tous un revenu ou des moyens de subsistance abondants,* […] *deuxièmement, assurer à l'Etat ou république un revenu suffisant pour le fonctionnement des services publics.* », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, nouvelle traduction coordonnée par P. Jaudel et sous la direction de J-M. Servet, Economica, Paris, livres III et IV, 2005, p. 439 ; « *Il appartient au gouvernement d'administrer cette portion active et passive du domaine public. Enfin, de ces deux en découle une autre : celle de percevoir les contributions indispensables à la bonne exécution des services publics.* », F. BASTIA, *Harmonies économiques*, *in* F. BASTIA, *Œuvres complètes,* Guillaumin, Paris, 1864, tome VI, p. 555 ; « […] *tous les services publics dont l'Etat se charge exigent une dotation particulière* […] », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions*, Guillaumin, Paris, 3ème édition, 1900, p. 19.

[1035] « *Ainsi considérés en eux-mêmes, dans leur nature propre, à l'état normal, abstraction faite de tout abus, les services publics sont, comme les services privés, de purs échanges*. », *id*., p. 538.

[1036] « *Au fond, les éléments primordiaux de l'économie sociale ne sont pas nécessairement altérés par cette forme particulière de l'échange* […] », *id*., p. 336.

et sont rendus en contrepartie d'une rémunération[1037]. S'il convient pour l'auteur libéral de s'opposer radicalement à l'absorption des services privés par les services publics, en raison des procédés contraignants qu'ils emploient[1038], c'est une erreur scientifique grave que d'affirmer qu'ils dérogent aux règles essentielles de l'échange[1039]. Puisqu'ils sont avant tout des services, les « services publics » correspondent aux exigences des économistes libéraux qui sacralisent « l'échange » dans les domaines privé et public.

289. L'analyse de la conformité des services publics aux principes de la science économique n'appartient pas au seul « *chef de l'école des économistes* »[1040] du milieu du XIXème siècle[1041], elle apparaît dès les premiers travaux de synthèses sur la science économique naissante. En 1786, à l'occasion de l'édition de *l'Encyclopédie méthodique, Economie politique et diplomatique*, le publiciste Guillaume Grivel opère un rapprochement surprenant entre le service public et l'échange économique. A l'article « Economiste » de *l'Encyclopédie*, il reproduit intégralement la *Lettre sur les économistes* de Le Mercier de la Rivière. Il ajoute une conclusion reprenant les grands principes de la doctrine économique : « *Après avoir dit que l'échange est l'âme sociale et le créateur de la qualité des richesses, ils (les économistes) affirment que le commerce ne produit rien ; qu'il n'est que l'agent des communications entre les consommateurs et les producteurs ; que comme tel, il faut le laisser absolument libre ; que tout est commerce* […] *que tout est service public et particulier dans le commerce, et que la liberté et la concurrence doivent le faire fleurir au profit de tous, et en*

[1037] Pour Frédérique Bastiat, la rémunération des services publics est néanmoins spoliatrice puisqu'elle passe par l'impôt.

[1038] « *Mais quand le service devient public, toutes les lois individuelles disparaissent pour se fondre, se généraliser dans une loi écrite, coercitive, la même pour tous, qui ne tient nul compte des situations particulières et frappe d'inertie les plus nobles facultés de la nature humaine*. », *id*., p. 545.

[1039] « *C'est donc à tort que quelques auteurs, dont l'opinion était influencée par le spectacle de taxes écrasantes et abusives ont considéré comme perdue toute valeur consacrée aux services publics. Cette condamnation tranchante ne soutient pas l'examen. En tant que perte ou gain, le service public ne diffère en rien, scientifiquement, du service privé.* », *id*., p. 537.

[1040] A. LAURENT, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 748.

[1041] Au milieu du XIXème siècle Gustave Molinari, l'un des représentants les plus radicaux du libéralisme soutient également que l'Etat est un producteur de services destinés à satisfaire les besoins de ses sujets et que donc, pour cette raison, les services publics devaient être confiés le plus possible à l'initiative privée. Voir G. MOLINARI, « La production de sécurité », *Journal des économistes*, 1849, tome XXII. Il n'en demeure pas moins que l'auteur, s'il appelle à leur diminution, considère « *les services publics* », comme une « *expression consacrée* » dès 1853 : « *Tout gouvernement est chargé de remplir un certain nombre de fonctions nécessaires à la société. Pour s'acquitter convenablement de ces services publics selon l'expression consacrée, il est obligé d'avoir à sa disposition une quantité plus ou moins considérable de capital fixe et de capital circulant* […] », G. MOLINARI, « Monuments publics », *in Dictionnaire de l'économie politique,* Guillaumin, 1853, tome 2, p. 237 ; voir également O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème par les économistes libéraux », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, Paris, p. 59.

diminution des frais. »[1042]. Certes, par « *service public* », l'auteur ne désigne pas précisément les fonctions de la puissance publique. Néanmoins, il affirme implicitement mais nécessairement que tout service, qu'il satisfasse les intérêts particuliers ou le bien commun, est œuvre d'une seule et même activité : le commerce. L'échange est la matrice commune des services particuliers comme publics. L'apparition de ces derniers date du rapprochement entre les sciences politiques et économiques dans l'histoire des idées. Ainsi dès 1616, dans le premier *Traité de l'économie politique*, Antoine de Montchrestien[1043] emploie l'expression de « *services publics* »[1044] pour désigner les actions de l'Etat. Moins d'un siècle plus tard, en 1707, Pierre de Boisguillebert, présenté comme le précurseur de « *la tradition libérale de l'économie politique* »[1045], attribue également le financement des « *services publics* »[1046] au souverain. Il semble dès lors étonnant, au regard des écrits de ces deux auteurs normands incontournables[1047] et de leurs disciples, que les historiens du droit administratif ne comptent pas les ouvrages des premiers économistes parmi les sources du service public[1048].

[1042] G. GRIVEL, *in* P. LE MERCIER DE LA RIVIERE, *Lettre sur les économistes*, *in Canevas d'un code constitutionnel. Œuvres politiques (1787-1789), op.cit.*, p. 75.

[1043] Antoine de Montchrestien est présenté comme le premier auteur de l'économie moderne dans la mesure où, parce qu'il considère que le bonheur des hommes passe d'abord par l'acquisition de la richesse par le travail, il réfute la dissociation entre le politique et la science de l'allocation des ressources, de la production et de la répartition des biens : « *Le bonheur des hommes, pour en parler à notre mode, consiste principalement en la richesse et la richesse dans le travail.* », A. de MONTCHRESTIEN, *Traité de l'économie politique*, 1889, Plon, Paris, p. 99 ; « *Logiquement, Montchrestien en déduit cette thèse, fort moderne également, que l'Etat doit s'occuper avant tout de stimuler la production et les échanges. Très consciemment il renverse la thèse aristotélicienne de l'indépendance et de la supériorité de la vie proprement politique sur cette partie de la vie qui est consacrée à la production et dont traite l'économique ou la science de la famille.* », H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, PUF, Thémis, 1966, Paris, p. 106.

[1044] « *On peut asseurer, et par le discours de raison, et par l'expérience des exemples, que ce seroit le biendes subjets et de l'estat : de l'estat entant que ses hommes en seroient de tant mieux employez, de tant mieux duits et façonnez aux actions particulières et aux services publics* […] », A. de MONTCHRESTIEN, *Traité de l'économie politique, op.cit.,* p. 249.

[1045] A. LAURENT, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux, op.cit.*, p. 752.

[1046] « […] *ce n'est pas avec de l'argent, en réalité, que le souverain entretient les armées de terre ou de mer, et rétribue tous les services publics* […] », P. de BOISGUILBERT, *Dissertation sur la nature des richesses, de l'argent et des tributs*, cité par A. LAURENT et V. VALENTIN *in Les penseurs libéraux*, *op.cit*., p. 151.

[1047] Né à Falaise, en 1575, Antoine de Montchrestien est l'auteur du premier Traité d'économie politique en 1615 ; né à Rouen, le 17 février 1646, Pierre Le Pesant de Boisguilbert est considéré comme le précurseur de l'économie libérale.

[1048] Parmi les écrits contenant l'expression de « *services publics* », le professeur Jean-Louis Mestre distingue les documents du pouvoir royal, ceux des avocats, des administrateurs et des publicistes, mais ne fait pas référence à ceux des économistes : « […] *ces documents s'insèrent dans quatre catégories : les uns émanent du pouvoir royal ; d'autres, d'administrateurs ; d'autres encore, d'avocats, et les derniers, de publicistes, au sens d'auteurs qui écrivent sur les questions de droit public.* », J-L. MESTRE, « L'emploi de l'expression « service public » sous l'Ancien Régime », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, Politique d'aujourd'hui, 2004, Paris, p. 24. Les origines économiques et libérales du service public sont, en revanche, retracées dans un article de Madame Olivia Langlois publié

II. L'objet des services publics déterminé par la science économique

290. Dans la pensée comme dans les écrits des économistes libéraux, la prise en charge de certains services par la puissance publique n'occupe pas une place centrale[1049]. Seul le commerce libre, animé par la satisfaction des intérêts individuels, est à l'origine de la production des richesses et du progrès de la civilisation. L'intervention des collectivités publiques n'est justifiée qu'au soutien de cette activité commerciale. Au livre V de la *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Adam Smith invoque toujours la préservation du commerce au sein d'une société pour confier certains services aux collectivités publiques[1050].

291. En premier lieu, il revient à la puissance publique de garantir le respect du droit de propriété, indispensable au développement des échanges économiques. Cette idée figure dans les écrits des Physiocrates pour qui la liberté de chacun[1051] comme le bonheur de tous[1052] dépendent de la protection du droit de propriété. Pour ces économistes français comme pour Adam Smith, la première fonction du droit de propriété est la garantie de la prospérité d'une société, que celle-ci s'apparente à un royaume agricole pour les premiers[1053] ou qu'elle ressemble davantage aux sociétés

---

dans le même ouvrage collectif : « *L'intérêt porté par les économistes pour la notion alors qu'elle ne fait qu'émerger dans la pratique juridique nous semble intéressant à étudier.* », O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème par les économistes libéraux », *op.cit.*, p. 60.

[1049] Les développements relatifs aux fonctions de la puissance publique et aux moyens de les financer surviennent donc généralement en fin d'ouvrage à la suite de la description des mécanismes du marché libre, seul créateur de richesse.

[1050] Par exemple : « *Il apparait clairement, sans qu'il soit nécessaire de le prouver, que la création et l'entretien des ouvrages publics qui favorisent le commerce d'un pays, tels que les routes, ponts, canaux de navigation et ports de qualité,* […] », ou « *Dans de nombreux pays, la frappe de la monnaie, qui est une autre institution destinée à faciliter le commerce,* […] », et encore « *Lorsque les grandes routes, les ponts , les canaux etc. sont de la sorte construits et financés par le commerce qui s'exerce grâce à eux,* […] », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, nouvelle traduction coordonnée par P. Jaudel et sous la direction de J-M. Servet, Economica, livre V, 2005, Paris, pp. 748-750.

[1051] « *Sous la loi de propriété, tout Particulier étant pleinement libre de disposer à son gré de sa personne et de ses biens, tant mobiliers qu'immobiliers ; de les employer à tous les usages qui ne blessent en rien les propriétés des autres Citoyens, chacun jouit en cela de la plus grande liberté qu'un homme raisonnable puisse désirer en société.* », P. LE MERCIER, *Lettre sur les économistes*, *op.cit.*, p. 49.

[1052] « *La raison qu'ils en rendoient, c'est que le bonheur de notre espèce étant nécessairement attaché au maintien du droit de propriété, cette loi naturelle se trouve faite pour gouverner tôt ou tard le monde moral en son entier.* », *id.*, p. 44.

[1053] « *Le premier de ces avantages est l'abondance des choses convenables à nos jouissances, à nos besoins : or il est démontré qu'à l'aide du droit de propriété, cette abondance s'établit et se perpétue naturellement, autant que le territoire d'une Nation peut le comporter ; au lieu que sans le droit de propriété, la culture sera toujours languissante ; les terres seront, du moins en partie, frappées de*

industrielles pour l'illustre représentant des lumières anglo-écossaises. Adam Smith motive exclusivement les dépenses publiques pour l'entretien d'une armée, l'administration de la justice et les transports ou la nécessité de protéger les richesses d'une nation. L'organisation de la défense nationale contre les attaques étrangères ne devient indispensable qu'à partir d'un certain degré de prospérité des sociétés qui « *pousse tous leurs voisins à les envahir* »[1054]. Alors que l'administration de la justice n'est pas nécessaire dans les sociétés de chasseurs dont l'état primitif exclut la possession, le besoin de justice est d'autant plus criant que « *l'envie de porter atteintes aux biens* » est suscitée par l'opulence[1055]. Les besoins de sécurité publique justifient, pour la plupart des penseurs libéraux, la prise en charge par la puissance publique des « *services* » de défense et de justice[1056].

292. En second lieu, certains économistes inspirés des écrits d'Adam Smith accordent aux collectivités publiques le soin de mettre en place et d'entretenir de grandes infrastructures afin de faciliter les activités de commerce[1057]. Dès 1776, « *le père du libéralisme économique en Angleterre* »[1058] explique combien des grands services de transports organisés par la puissance publique, au niveau du royaume, de la province ou de la commune, facilitent le commerce et le progrès de la société. Une part des dépenses des collectivités publiques « *relatives aux ouvrages et établissements publics* »[1059] est nécessaire au transport des hommes et des marchandises car elle favorise l'activité de commerce. Pour le financement de ces services publics, Adam Smith insiste sur l'application du principe de subsidiarité puisqu'il précise que ces infrastructures doivent être prises en charge par les collectivités qui bénéficient directement de leur utilité[1060].

---

stérilité ; à quoi vous ajouterez que si le droit de propriété féconde les terres, il ne féconde pas moins l'industrie, qui sert à déployer l'utilité de leurs production. », *id*., pp. 48 et 49.

[1054] A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nation, op.cit.,* p. 723.

[1055] « *L'opulence des riches suscite l'indignation des pauvres, qui sont souvent à la fois incités par le besoin et poussés par l'envie à porter atteinte à ses biens. Ce n'est qu'à la protection du magistrat civil que le propriétaire de ces possessions de grande valeur acquises par le travail de longues années, voire par celui de nombreuses générations, doit la sécurité de ses nuits.* », A. SMITH, *id.*, p. 735.

[1056] « *Quoi de plus naturel que d'identifier le service de sécurité et la notion d'Etat ?* » et « *Le service de la défense à l'extérieur, celui de la justice au-dedans, voilà les deux fonctions absolument essentielles, irréductibles*
de l'Etat. », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions, op.cit.,* pp. 42 et 39.

[1057] « *L'objet des ouvrages et institutions publics mentionnés ci-dessus est de faciliter le commerce en général* », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nation., op.cit.,* p. 757.

[1058] H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, *op.cit.*, p. 204.

[1059] A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, op.cit.,* p. 748.

[1060] L'expression « *principe de subsidiarité* » n'existe pas encore, mais l'idée est bien présente dans *La richesse des nations* : « *Même les ouvrages publics qui, par leur nature, ne peuvent assurer leur propre entretien, mais dont l'utilité se limite presque exclusivement à un lieu ou à un district bien particulier,*

Le théoricien libéral français, Paul Leroy-Beaulieu reprend les propos d'Adam Smith sur les travaux publics de transports au livre IV de *L'Etat moderne et ses fonctions*[1061]. Il insiste également sur le rôle des municipalités dans la gestion de ces infrastructures et souligne l'efficacité de l'association des entreprises privées par l'intermédiaire des concessions de travaux et de services publics. Tant qu'ils sont utiles au développement du commerce, certains services publics sont préconisés par les libéraux. En outre, selon ces différents auteurs, l'organisation publique des services publics ne se réduit pas à l'Etat central puisqu'elle relève des différentes collectivités publiques – en particulier les municipalités – et associe les personnes privées[1062].

293. Dans la continuité de la pensée des premiers économistes, le terme de « service public » est utilisé par les juristes pour désigner des activités qui se confondent avec les missions de l'administration publique et sont limitées au domaine non marchand[1063]. Ces deux caractéristiques permettent à des auteurs plus contemporains de qualifier de « *libéral* » le contexte d'apparition de la notion de service public[1064]. Dès les *Institutes de droit administratif* du Baron de Gérando jusqu'à l'article « droit administratif » du Doyen Hauriou du *Répertoire Béquet,* les publicistes du XIXème siècle assimilent

---

sont toujours mieux entretenus grâce à des ressources locales ou provinciales gérées par une administration locale ou provinciale, que grâce à celle de l'Etat, dont le pouvoir exécutif doit toujours assurer le gestion. », A. SMITH, *id.*, p. 756.

[1061] La présentation de l'ordre des fonctions essentielles de l'Etat par Leroy Beaulieu reprend celle d'Adam Smith : « *Après la sécurité et la justice, il semble que les travaux publics constituent la fonction la plus essentielle de l'Etat.* » et « *Après les établissements et ouvrages publics nécessaires à la défense de la société et à l'administration de la justice, dont j'ai déjà parlé, les autres ouvrages et établissements de cette sorte sont surtout, d'une part ceux que facilitent le commerce de la société* […] », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions, op.cit.,* p. 130 et A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, op.cit.*, p. 748.

[1062] Voir partie 1, chapitre 1, La désacralisation du droit de la puissance publique par le service public.

[1063] « *Les économistes ont souvent été amenés à envisager la question du service public dès la première moitié du XIXème, à savoir sa définition et ses fonctions. Leur angle d'approche leur était spécifique, mais ils ont posé des jalons que les juristes ont probablement pu utiliser.* », O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème par les économistes libéraux », *op.cit.*, p. 81.

[1064] « *Ces trois générations de services publics se sont développées dans un contexte libéral, marqué par le respect du marché.* », G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *in* F. BOTTINI, *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 114 ; « *Quand le mot de service public apparaît, il concerne les administrations publiques : la police, l'armée, les services sanitaires, qui gèrent un service public parce qu'ils ont des activités qui sont destinées à satisfaire l'intérêt général.* », R. DRAGO, « L'apparition de la notion de service public dans la conception libérale du droit au 19ème siècle », 1996, p. 311 ; « *Il est acquis pour la plupart des auteurs et des critiques que la notion originaire de service public recouvre ce que l'on qualifie de nos jours de services publics administratifs et correspond idéologiquement à la conception libérale des fonctions de l'Etat limitées à quelques missions d'intérêt général dont il a par nature le monopole.* », J-J. BIENVENU, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 96.

missions de l'administration et services publics[1065]. Activité de la puissance publique, le service public émane de l'administration publique[1066]. Au cours du XIXème siècle, le domaine de l'intervention publique ne peut être que circonscrit. Conformément à la pensée des libéraux, et comme le souligne le professeur Mescheriakoff, « *les services publics ne sont que les activités hors-marché* »[1067]. Insusceptibles d'être assumées par l'initiative privée, mais pourtant indispensables à l'Etat libéral, elles sont érigées en services publics. En France, le rôle de l'Etat, tuteur du marché, ne se réduit pas aux fonctions régaliennes minimales, mais la puissance publique n'est sollicitée que pour préserver les libertés et permettre l'échange économique conformément à la conception smithienne des services publics. A travers ceux-ci, l'Etat exerce ainsi les activités régaliennes traditionnelles (armée, justice, fisc) mais s'assure également de la mise en œuvre des infrastructures essentielles au fonctionnement de la société libérale (poste, ponts et chaussées, chemin de fer, transport maritime, etc.)[1068].

[1065] « *Le droit administratif peut être considéré sous deux points de vue principaux : ou relativement aux fonctions publiques par lesquelles s'exerce la mission confiée à l'administration ; ou relativement aux divers services publics auxquels cette mission s'applique* […] *Sous le premier point de vue, elle considère surtout l'instrument ; sous le second, elle considère surtout la matière.* », J-M. de GERANDO, *Institutes du droit administratif, ou éléments du Code administratif*, Paris, Nève, tome 1, 1829, pp. 15-16 ; « *L'autorité administrative, soit par des règlements généraux, soit par des actes qui n'ont qu'une application particulière, soit par des contrats et des marchés, pourvoit à tous les services publics* […] », E-V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*, 3ème édition, tome 1, Videcoq, Paris, 1843, p. 156 ; « *D'abord, vous avez vu que le corps des ingénieurs des ponts et chaussées fait partie d'une hiérarchie de fonctionnaires qui concourent, à différents titres, à l'administration du pays, c'est-à-dire à la gestion des services publics organisés pour satisfaire les besoins collectifs des citoyens.* », L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'Ecole des ponts et Chaussées*, Paris, Imprimerie Paul Dupont, 1865, p. 14 ; « *Un service public est une organisation créée et soutenue par l'Etat ou l'un de ses membres, département, commune, colonie, établissement public, en vue de la satisfaction d'un besoin collectif.* », M. HAURIOU, « droit administratif », *in* E. LAFERRIERE (dir.), *Répertoire du droit administratif*, Paul Dupont, Paris, tome XIV, 1897, p. 1.

[1066] « *Si l'on considère d'abord l'administration en elle-même, on interroge nos lois sur les attributions générales qui lui ont été conférées.* […] *On les voit se séparer en deux grandes branches : l'une, qui a pour objet de pourvoir directement aux différents services publics, et qui retient le nom d'administration proprement dite* […] », J-M. de GERANDO, *Institutes du droit administratif, ou éléments du Code administratif, op.cit.*, p. 17. « *Il y a plus : au sortir de cette faculté, les jeunes surnuméraires qui entreraient dans les divers services administratifs pourraient trouver, dans le sein de l'administration spéciale à laquelle ils se destineraient, un cours, spécial aussi, de la législation, des règlements et des usages de cette administration, ainsi que les jeunes élèves ingénieurs des mines, des ponts-et-chaussées et d'autres administrations trouvent actuellement des cours spéciaux dans chacun de ces services publics* », L-A. MACAREL, *Eléments de droit politique, op.cit.*, p. 513.

[1067] A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 24.

[1068] « *Au premier rang de ces actes de gestion* […] *Une société ne peut pas vivre sans une force publique, chargée de protéger ses membres contre les attaques venues de l'extérieur ou les troubles venus de l'intérieur. Ici se place l'organisation de l'armée de terre et de mer, et des institutions accessoires. Une société ne peut pas vivre sans un trésor public* […] *Viens ensuite une seconde série d'actes de gestion* […] *I. L'autorité administrative offre aux citoyens les moyens de satisfaire leurs besoins intellectuels et moraux par les services publics du culte et de l'instruction publique. II. Elle leur offre les moyens de satisfaire leurs besoins économiques* […] *En premier lieu, les travaux confiés à l'administration des ponts et chaussées, et qui ont pour principal objet la circulation publique : routes, chemins de fer,*

La référence aux philosophes libéraux et à l'économie politique par les auteurs de droit administratif pour délimiter le champ des services publics est, au cours du XIXème siècle, de plus en plus explicite. En 1829, au lendemain de la Révolution de Juillet, le bon développement du commerce est directement invoqué pour justifier la définition, la limitation et les modalités de financement des fonctions de l'Etat[1069]. A partir du tournant libéral de la fin du Second Empire, les principes de l'économie libérale animent de manière consciente et délibérée l'écriture des principaux traités de droit administratif[1070]. En outre, la théorie organiciste du libéral Herbert Spencer inspire les juristes classiques de la fin du XIXème siècle[1071], et il est avéré que l'auteur de *L'individu contre l'Etat*[1072] a influencé directement Léon Duguit[1073]. A cet égard, le troisième tiers du XIX siècle est la période durant laquelle les publicistes se sont appuyés directement et explicitement sur la doctrine libérale, à l'instar des auteurs appartenant à l'ensemble du champ scientifique[1074].

---

canaux, etc. […] *C'est encore dans la même catégorie que se placent les services publics organisés pour soulager les misères de toute sorte qui affligent l'humanité : hospices, hôpitaux, asiles d'aliénés, bureaux de bienfaisance.* », L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif*, *op.cit.*, p. 35.

[1069] « *Quant aux limites, il est essentiel au bonheur des habitants d'un pays, que les frontières en soient d'une facile défense, qu'elles ne soient pas sujettes à contestation, et qu'elles se trouvent placées de manière à ne pas intercepter les débouchés des denrées et le cours que le commerce tend à prendre de lui-même ; pour cela, il faut que l'Etat ait des limites qu'il tienne de la nature* […] » ; « *Ainsi, lorsqu'il est assis et perçu avec modération, l'impôt indirect est presque imperceptible pour le consommateur* […] *S'il nuit à l'industrie, ou s'il affecte la valeur des terres, il est essentiellement mauvais, parce qu'alors il vicie tout le système de l'économie politique et du commerce.* », L.-A. MACAREL, *Eléments de droit politique*, *op.cit.*, pp. 14 et 133.

[1070] Par exemple : « *Ces lois sortirent d'immortels débats, où sur toutes les questions des orateurs soit du gouvernement soit de l'opposition parlèrent avec une élévation d'esprit égale à la sincérité de leur libéralisme.* », A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif : contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation*, Larose et Forcel, Paris, 1885, 2ème éd., tome 2, p. 118.

[1071] Par exemple Anselme Batbie cite Herbert Spencer en 1885 dans son traité. Voir A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et de droit administratif*, Larose et Forcel, 2ème éd, tome 1, p. 18, ndbp n°1.

[1072] H. SPENCER, *L'individu contre l'Etat*, Manucius, Houille, 2008.

[1073] « *Les éléments puisés par Duguit dans les travaux de Durkheim, de Bourgeois, de Comte, de Spencer le conduise à l'élaboration d'une pensée originale* […] » et « *Un positivisme influencé par les travaux de Spencer – dont il* [Duguit] *va progressivement de détacher* – », D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la Sociologie et du Droit*, op.cit., pp. 17 et 23 ; « […] *Duguit a un temps été séduit par l'organicisme d'Herbert Spencer* […], F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », *op.cit.*, p. 222.

[1074] Voir en particulier Y. BRETON, « Les économistes libéraux français de la période 1840-1914 précurseurs des théoriciens actuels du marché politique et de la bureaucratie ? », *Revue d'économie politique*, n°2, 1985, pp. 150-167.

B. Le champ des services publics subordonné à l'évolution du marché

La finalité économique des services publics n'est pas une condition suffisante pour qu'ils soient assumés par la puissance publique. Encore faut-il que les mécanismes du marché ne permettent pas de les assurer convenablement. Quand le financement de certains équipements ou activités n'est pas soutenable pas le libre jeu du marché, la prise en charge publique des services s'impose. L'extension des activités de service public dépend dès lors de l'état du marché (I). Ainsi, souvent au nom du libéralisme, le XIXème siècle donne lieu à une grande variabilité du champ des services publics reflétée par les travaux des publicistes (II).

I. L'état du marché et la nature des activités

294. Dans son étude sur *La Richesse des nations,* Adam Smith pose deux conditions cumulatives pour justifier une prise en charge publique. L'activité concernée doit, d'abord, être d'une utilité collective « *plus grande et plus générale que la plupart des activités ordinaires* »[1075] ; c'est-à-dire que, de son existence, doit dépendre le fonctionnement durable de la société de commerce. Par ailleurs, ces besoins essentiels doivent échapper à l'initiative privée. Selon les libéraux, les membres de la société civile sont animés par un intérêt économique individuel ou particulier, ce qui exclut la prise en charge privée de certaines activités non rentables. Le financement des infrastructures dont « *les profits ne pourraient jamais rembourser les dépenses engagées par un individu ou un petit groupe d'individus* »[1076] est nécessairement public. Smith énumère précisément les services que l'on peut qualifier de non marchands et donc de publics par nature : les services régaliens de la défense et de la justice, l'instruction publique, les grandes infrastructures de transport et quatre activités destinées à favoriser certains commerces en particulier[1077]. L'impossibilité

[1075] A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, op.cit.,* p. 784.
[1076] *Id.*, p. 748.
[1077] « *Les seules activités commerciales dans lesquelles une société à participation semble pouvoir réussir, sans privilège d'exclusivité, sont celles dont on peut réduire toutes les opérations à ce qu'on appelle une Routine, c'est-à-dire à des procédés uniformes qui ne tolèrent que peu ou pas de modifications. La première d'entre elles est l'activité bancaire ; la deuxième, celles des assurances contre l'incendie, le risque en mer et la capture en temps de guerre ; la troisième, celle de la construction et l'entretien d'une voie navigable ou canal ; enfin la quatrième semblable à la précédente, est celle de l'adduction d'eau pour l'approvisionnement d'une grande ville.* », *id.*, p.782.

d'entreprendre certains services en raison de l'état du marché justifie l'instabilité du nombre de fonctions publiques.

295. Adam Smith explique l'émergence de nouveaux besoins (défense, justice, instruction, infrastructures) et leur basculement de l'initiative privée vers la sphère publique, par le processus de division du travail qui anime la société de commerce. Le fait qu'à un moment donné dans l'histoire des sociétés, ces tâches ne soient plus assurées par les particuliers mais par les collectivités publiques s'explique par la division du travail. Pour Smith, dans une société libre et avancée, le principe de division du travail exige des agents qu'ils recherchent la stricte satisfaction de leurs intérêts économiques : « […] *les établissements et ouvrages publics qui, bien qu'ils puissent avantager au plus haut point une société développée, sont néanmoins d'une nature telle que les profits ne pourraient jamais rembourser les dépenses engagées par un individu ou un petit groupe d'individus ; on ne peut donc s'attendre à ce que l'un ou l'autre se lance dans une telle entreprise.* »[1078]. Le théoricien libéral Paul Leroy-Beaulieu insiste sur cette « *erreur* »[1079], reprise par les économistes libéraux depuis l'œuvre de Smith, qui réduit le mobile de l'action humaine à l'intérêt pécuniaire. Cependant, les deux auteurs reconnaissent que certaines activités devenues publiques étaient naguère assurées par les particuliers[1080]. Smith impute cette évolution à la marche inéluctable de la société de commerce selon laquelle tout investissement n'est possible qu'en prévision d'un profit individuel, alors que Leroy-Beaulieu souligne que ces services sont devenus publics à mesure que s'est imposé le principe énoncé par Adam Smith[1081].

296. A partir du moment où les penseurs libéraux, en vertu du principe de division du travail, ont admis que certaines activités ne peuvent pas relever du domaine marchand parce qu'elles ne répondent pas au modèle de *l'homo economicus* – autrement dit qu'aucun particulier rationnel n'a intérêt à les prendre en charge , ils ont justifié

[1078] A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, op. cit*., p. 748.
[1079] « *L'erreur que nous visons en ce moment consiste à croire que, en dehors de l'Etat, on ne peut créer qui ne soit inspiré par l'intérêt personnel sous la forme d'intérêt pécuniaire. Les économistes et le plus grand d'entre eux, Adam Smith, se sont rendus coupables de cette méprise* […] *Cette proposition d'Adam Smith est exagérée ; la conception qu'il se fait des motifs auxquels obéit l'individu est incomplète. Les économistes se la sont appropriée en général, et leur bon renom en a souffert. Ils ont mutilé l'homme.* », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions, op.cit.,* pp. 34 et 35.
[1080] « *Une foule de tâches, que la société souple et libre ne serait pas incapable de remplir par elle-même, qu'elle a même remplies pendant des siècles, sont échues graduellement à l'Etat, parce qu'il peut s'en acquitter mieux, plus économiquement, plus complètement, avec moins de frais et d'efforts*. », id., p. 44.
[1081] « *L'économie politique a singulièrement éclairé toute l'histoire humaine et même l'histoire naturelle, quand elle a donné tant de relief, sous la plume d'Adam Smith, au principe de la division du travail. C'est ce grand principe économique qui a constitué successivement la plupart des fonctions de l'Etat.* », ibid.

l'existence de services publics par nature[1082]. L'extension de la sphère publique est une conséquence immédiate du succès du principe cardinal de l'économie politique. Le développement des services publics accompagne la division du travail.

II. La variabilité du champ des services publics chez les juristes au nom du libéralisme

Suivant les heurts de la pensée libérale, le terme de service public employé par les publicistes recouvre un champ d'activité plus ou moins large au cours du XIXème siècle. Si plusieurs services publics font l'unanimité dans les traités de droit public, d'autres sont progressivement reconnus au cours du XIXème siècle ou font l'objet de querelles parmi les publicistes.

297. Certains services publics figurent dans la plupart des traités de droit public dans la mesure où ils constituent le socle de « l'Etat minimum » que partage l'ensemble des auteurs libéraux. Les services régaliens et l'instruction publique sont ainsi évoqués par les auteurs de droit administratif, tout au long du XIXème siècle.

298. Les services publics d'assistance sociale et de bienfaisance n'apparaissent dans les écrits des publicistes qu'au cours de la seconde moitié du XIXème siècle. Avant la Révolution de 1848, les soins portés aux plus démunis sont considérés comme des actes de charité prodigués au sein des hospices religieux, par l'intermédiaire d'établissements d'humanité rattachés à la commune ou par tout citoyen. Ces activités occupent dans les traités de droit public une place marginale. Dans les *Institutes de droit administratif* de Gérando, les « *établissements pour le soulagement du malheur* » ont une existence disparate qui dépend de la commune ou du département[1083]. En aucune manière, elle ne relève de l'organisation d'un service national. En 1843, Foucart s'y réfère de manière uniquement négative dans un chapitre relatif à la liberté du commerce et de l'industrie. Quelques pages après avoir rappelé la place centrale de « *l'un des principes les plus*

[1082] « *C'est donc le principe de la division du travail qui, inconsciemment appliqué, a fait passer à l'Etat certaines fonctions que la société exerçait instinctivement et que l'Etat organise avec réflexion. Cette sorte de départ qui se fait graduellement entre les attributions de l'Etat et celles de la société libre a pour objet de laisser aux individus plus de temps pour leurs tâches privées, tout en organisant mieux certains services*.», *id*., p. 45.

[1083] « *La plupart de ces établissements sont des annexes des départements ou des communes ; ils sont dotés en partie par les départements et les communes* », J-M. de GERANDO, *Institutes du droit administratif, ou éléments du Code administratif, op.cit.,* p. 56.

féconds de l'économie politique » dans le droit administratif français[1084], l'auteur présente les actes de bienveillance comme dérogatoires à la réglementation inspirée de la liberté du commerce et de l'industrie, mais cependant tolérés par le Conseil d'Etat. Ce n'est que sous le Second Empire que les activités de soins et d'assistance deviennent dans les écrits des publicistes de véritables services publics. Aucoc, dans son *Introduction à l'étude du droit administratif* en 1865, rappelle, d'abord, son attachement au libéralisme et dresse, ensuite, la liste des différents services publics[1085]. Après l'énumération des services régaliens, de l'instruction publique et des travaux publics permettant d'améliorer la vie économique, il mentionne, en dernier lieu, « *les services publics de toute sorte qui affligent l'humanité : hospices, hôpitaux, asiles d'aliénés, bureaux de bienfaisance*. »[1086]. En 1886, devant l'Académie des sciences morales et politiques, l'auteur affirme de nouveau la nécessité de suppléer la carence de l'initiative privée et d'instituer un service public d'assistance[1087].

299. Cette prise en compte progressive de la question sociale, dans la seconde partie du XIXème siècle par des auteurs qui se revendiquent clairement du libéralisme[1088], est particulièrement illustrée par l'évolution des travaux de Batbie. Alors qu'en 1861, son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* exclut les services de bienfaisance des fonctions qui incombent à la puissance publique[1089], l'édition de 1885 présente un véritable plaidoyer libéral pour l'instauration d'un service national de

---

[1084] « *La liberté de l'industrie et du commerce, qui est une conséquence de la loi naturelle, est aussi l'un des principes les plus féconds de l'économie politique.* », E-V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif, op.cit.,* p. 317 ; sur le libéralisme de Foucart et la naissance du droit administratif moderne, voir M. TOUZEIL-DIVINA, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860),* LGDJ 2007, notamment n°369, p. 516 et s.

[1085] Après avoir cité « *le regrettable M. de Tocqueville* », Léon AUCOC insiste sur la nécessité de « *constituer des services publics* » tout en précisant « *qu'il ne faut assurément pas aller trop loin dans cette voie : elle conduirait au socialisme* », L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif, op.cit.,* pp. 31-32.

[1086] *Id*., p. 35.

[1087] « *L'organisation de l'assistance des pauvres en service public est-elle légitime ?* […] *Je réponds qu'elle est légitime.* », L. AUCOC, *Des limites de l'intervention de l'Etat dans la question ouvrière. Extrait du compte-rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, Picard, Paris, 1886, p. 18.

[1088] « *J'avoue et je prie les maîtres de l'Economie politique d'excuser ma faiblesse, que j'ai été séduit pendant quelques jours par ses théories* […] *Les livres de Michel Chevalier, de Léon Faucher, de Bastiat* […] *m'ont ramené promptement sur la bonne voie* […] *j'ai gardé l'horreur du socialisme sous toutes ses formes* », *id.,* pp. 7 et 8.

[1089] « *Les unes parce qu'elles concernent exclusivement l'intérêt privé ne sont pas du ressort de l'Etat ; les autres touchent à l'intérêt général mais ne tombent à la charge de l'Etat que si l'initiative individuelle est impuissante* […] *L'Etat ne peut pas empêcher la charité privée, tandis qu'il peut ne pas établir l'assistance publique. La liberté veut qu'il laisse agir la première et rien ne l'oblige à organiser la seconde.* », A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif,* 1885, *op.cit.,* pp. 59 et 122.

l'assistance publique coordonné par l'Etat[1090]. La révérence de ces publicistes à l'égard du libéralisme est constante et de plus en plus assumée[1091]. Au cours du XIXème siècle, leur position a manifestement changé sur la nécessité d'un service de l'assistance publique. Si l'on observe l'évolution de la doctrine libérale à l'égard des services sociaux, d'un bout à l'autre du XIXème siècle, on s'aperçoit que cet élargissement du champ des services publics, par les juristes, suit l'adaptation de la pensée libérale aux conséquences de la révolution industrielle[1092].

300. Enfin, l'inclusion des activités de divertissement parmi les services publics fait débat parmi les publicistes, mais elle ne traduit qu'une querelle interne au libéralisme à propos du rôle de l'Etat en la matière. Des auteurs de droit administratif, dont l'attachement au libéralisme n'est plus à démontrer, tels que Aucoc ou Batbie[1093], n'hésitent pas à compter les spectacles de théâtre parmi les activités de service public. Ils considèrent que l'organisation de divertissements se rattache à la fonction d'instruction[1094] qui incombe à la puissance publique quand bien même elle ne bénéficie pas directement à tous[1095]. D'autres publicistes adoptent une position diamétralement opposée relative la qualification de service public pour les représentations théâtrales, soit qu'ils considèrent par principe que ce type d'activité relève d'avantage du domaine des passions que de la vie publique, soit que, par des considérations étroitement

[1090] « *L'assistance par l'Etat assurerait une meilleure distribution. Aussi faut-il que les établissements locaux soient complétés par une organisation supérieure qui mette les ressources en harmonie avec les besoins.* », *id*., p. 125.
[1091] « *Pour nous guider dans cette recherche, nous suivrons les divisions des traités d'économie politique, car presque toutes les questions se trouvent dans ces cadres.* », *id*., p. 60.
[1092] « *Le nouveau libéralisme social est une réaction non seulement face à la montée du socialisme, mais, comme lui, face à ce que les historiens de l'économie ont appelé la Seconde Révolution industrielle de 1870 à 1920.* », C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme*, *op.cit.*, p. 264.
[1093] Le Professeur M. Touzeil-Divina classe parmi les « libéraux citoyens » : Aucoc, Bechard, Cotelle, Ducrocq, Foucart, F. Laferrière et ROZY mais convient que Batbie puisse également être rattaché à ce courant (classé parmi les « romano-civiliste » Batbie fait même peut-être figure de publiciste encore plus libéral que les autres). M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, La Mémoire du Droit, 2009, notamment pp. 180 et s. et en particulier ndbp n°612, p. 188.
[1094] « *Les théâtres en effet ne sont pas seulement des lieux de distraction et de plaisir ; ce sont de grands établissements qui concourent à l'instruction générale et à la formation du goût.* », A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, op.cit.*, p. 116.
[1095] Batbie prend l'exemple du cultivateur des campagnes qui n'est pas susceptible de se rendre aux représentations théâtrales mais qui a tout de même intérêt à ce que cette activité soit érigée en service public : « *Oui ; mais ce qui l'intéresse comme tout le monde, c'est que tous les services publics soient assurés, ce qui l'intéresse, c'est d'appartenir à un pays civilisé où ne manque aucun des moyens ni aucun des signes d'une grande puissance.* », *id*., p. 118.

moralistes, ils excluent ces entreprises de « *démoralisation* » du champ des services publics[1096].

301. Ces divergences de point de vue se retrouvent dans les écrits des penseurs libéraux. Ainsi certains théoriciens libéraux les plus influents de la seconde moitié du XIXème siècle se sont opposés aux divertissements publics. Bastiat prend à plusieurs reprises l'exemple des spectacles publics, financés par l'ensemble des contribuables mais qui ne profitent qu'à quelques-uns, pour souligner le caractère spoliateur des services publics en général[1097]. Leroy-Beaulieu admet que les activités culturelles participent à l'instruction de la population, mais il conteste l'impartialité de l'Etat dont il considère l'action toujours passionnée et démesurée. Puisque les conséquences de certaines expositions ou représentations peuvent être matériellement et moralement dangereuses, les personnes publiques doivent se tenir à une contribution accessoire et modérée en matière d'esthétisme et de divertissements et laisser libre cours à l'initiative privée[1098]. Pourtant dès 1776, dans *La Richesse des nations*, Adam Smith comptait les divertissements publics parmi les « *institutions pour l'instruction des personnes de tout âge* »[1099]. Aussi, quand Hauriou, au commentaire de l'arrêt *Astruc*, se félicite que le Conseil d'Etat a refusé d'ériger les activités de spectacle, « *dont l'inconvénient majeur est d'exciter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse, et d'exciter les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance* »[1100], en service public, il n'a sans doute pas à l'esprit que le père du libéralisme a employé des considérations similaires pour justifier, au contraire, la prise en charge publique des activités de divertissement[1101]. Si les publicistes sont partagés sur la qualification des spectacles de

---

[1096] « *Toute la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la municipalisation des services repose sur cette idée que l'entreprise, dont l'exploitation conserve des aléas industriels ou commerciaux, répugne par elle-même au service public ; de même, sa jurisprudence sur les théâtres doit reposer sur cette idée que l'entreprise de spectacle, dont l'exploitation renferme tant d'éléments de démoralisation, répugne par elle-même au service public* […] », M. HAURIOU, note sous CE, 7 avril 1916, *Astruc et Société du théâtre des Champs-Elysées contre ville de Paris*, *Recueil Sirey*, tome 1, p. 335.

[1097] « […] *la spoliation par l'impôt s'exerce sur une immense échelle. Nous le verrons plus tard, c'est une des causes les plus actives entre toutes celles qui troublent l'équivalence des services et l'harmonie des intérêts.* », F. BASTIAT, *Harmonies économiques*, *op.cit.*, p. 538.

[1098] « *Les nations vraiment pratiques bannissent tout ce faste inutile* […] *Elles laissent prendre l'initiative de ces expositions aux corporations intéressées ; si elles s'y associent, c'est dans une mesure modérée, à titre de contribution accessoire* […] », P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions*, *op.cit.*, p. 447.

[1099] A. SMITH, *La richesse des nations*, *op.cit.*.

[1100] M. HAURIOU, note sous CE, 7 avril 1916, *Astruc*, *op.cit.*, p. 335.

[1101] « *Le second de ces remèdes est la fréquence et l'éclat des divertissements publics.* […] *par toutes sortes de représentations et de spectacles de théâtre, l'Etat dissiperait aisément, chez la plupart, la*

théâtre de service public, ils emploient des arguments empruntés à des courants libéraux qui divergent également sur le sujet.

Durant le XIXème siècle, les travaux des juristes reflètent les fluctuations et les contradictions de la pensée libérale sur le rôle de la puissance publique. Tant que l'Etat se tient à l'écart des activités marchandes, l'institution des différents services publics peut prêter à débat parmi les penseurs libéraux et les juristes, mais ne remet pas en cause la conception libérale du rôle de l'Etat respectueux du marché libre. Toutes ces générations de services publics « *sont marquées par le respect du marché* »[1102]. Malgré les incertitudes auxquelles elle donne lieu sur le périmètre du secteur public, la notion de service public a dès lors vocation à fonder le droit de l'Etat libéral.

§2 - Le service public, régime exorbitant de l'Etat minimum

Le service public n'est pas seulement une expression utile aux sciences politique et administrative[1103] pour circonscrire les activités qui incombent à l'Etat dans une société libérale[1104]. A la veille du basculement de l'époque de l'Etat-gendarme vers celle de l'Etat-providence, la notion de service public s'impose comme la pierre angulaire du droit administratif. Critère de l'originalité du droit de la puissance publique, essentielle pour les penseurs libéraux (A), le service public fonde le droit administratif, tant qu'il désigne les fonctions de la puissance publique prescrites par la pensée libérale classique (B).

---

mélancolie et l'humeur sombre qui sont presque toujours à la source de la superstition et de l'exaltation populaires. Les divertissements publics ont presque toujours été des objets de crainte et de haine pour tous les fanatiques de ces délires populaires. […] *En outre, les représentations théâtrales, en livrant souvent leurs artifices à la risée du public et quelquefois même à son exécration, ont été pour cette raison, plus que tous les autres divertissements, l'objet tout désigné de leur aversion.* », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, op.cit.*, pp. 820-821.

[1102] « *Ces trois générations de services publics se sont développées dans un contexte libéral, marqué par le respect du marché.* », G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.* p. 174.

[1103] « […] *nos lois administratives sont des lois d'organisation et d'action, qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévoir et de résoudre des difficultés juridiques*. », E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* Berger-Levrault et Cie, Paris, 2ème éd., tome 1, 1896, p. XII.

[1104] « *Pour la science politique, un grand fait domine tout : c'est l'existence et le fonctionnement dans un Etat bien réglé de services rendus au public, dont certains sont rendus au nom de l'Etat lui-même et portent le nom de Services publics, dont les autres sont rendus par des organisations privées et méritent le nom de Services d'utilité publique.* », M. HAURIOU, « Droit administratif », *in* E. LAFERRIERE, *Répertoire de droit administratif,* tome 14, 1897, p. 1.

A. L'originalité libérale du droit de la puissance publique

L'exorbitance du droit public est légitime dans un Etat libéral (I) tant que son application liée par la doctrine de l'Etat minimum demeure exceptionnelle[1105] (II).

I. Le service public, droit spécial de la puissance publique

302. L'émergence de la juridiction administrative a fait débat au sein de la pensée libérale[1106]. Elle a même pu susciter la plus grande hostilité[1107]. En revanche, l'existence d'un droit distinct du droit privé pour régir les fonctions administratives découle du postulat libéral selon lequel la sphère publique doit être clairement séparée de la sphère privée. Dans un monde dominé par le droit commun, l'individu poursuit ses intérêts particuliers, alors que, selon des principes juridiques propres au droit public, le bien commun puis l'intérêt général est pris en charge par l'Etat et l'ensemble des personnes publiques[1108]. Le droit administratif a donc sa raison d'être libéral pour régir l'action de l'Etat. « *La théorie des deux mondes* »[1109] circonscrit les fonctions publiques mais leur confère également un régime juridique particulier. Au travers de l'exploitation de la décision *Blanco* du 8 février 1873[1110], l'école du service public entend caractériser l'originalité du droit administratif par rapport aux principes civilistes et lier la compétence du juge administratif aux litiges concernant les services publics. Cette

---

[1105] « *Le Conseil d'Etat, originairement créé pour veiller à ce que les intentions du législatif soient loyalement appliquées, s'est développé à l'époque contemporaine dans un sens qui – les chercheurs anglo-saxons s'en sont aperçus récemment avec surprise – donne aux citoyens plus de protection contre l'action discrétionnaire des organes administratifs.* », F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, Litec, 1994, Paris, p. 163.

[1106] « *Si la justice administrative, entre 1814 et 1872, ne cesse d'être passée au crible des libéralismes* […] », G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, n°2, 2012, p. 441.

[1107] « *Le juge administratif français contemporain est fils de Bonaparte, ce qui constituait au XIXème siècle, aux yeux tant des monarchistes que des libéraux, une tare originelle* […] », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 32 ; « *Je vois bien un jugement, je ne vois pas de juges.* », A. de TOCQUEVILLE, cité par L. JAUME *in L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op.cit.*, p. 354.

[1108] « *Alors que Hayek (et, au même titre, Spencer et Tönnies) continue à distinguer au sein de l'opposition entre normes de conduite et normes d'organisation deux fonctions fondamentales du droit, la cohabitation et la collaboration, qui, comme nous l'avons vu, ont alimenté deux conceptions ou images du droit, privatiste et publiciste* […] », N. BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, 2012, p. 161.

[1109] G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114.

[1110] CE, 8 février 1873, *Blanco*, *D.*, 1873, III, p. 20, conclusions DAVID.

« *équation* »[1111], posée par David en 1873 et sur laquelle l'école du service public fonde l'autonomie du droit administratif, vaut tant que la doctrine libérale de l'Etat minimum n'est pas contestée.

II. Le service public, droit des fonctions de l'Etat libéral

303. Libérale, la Révolution de 1789 fonde la séparation des pouvoirs pour s'affranchir de l'absolutisme mais institue également un droit administratif moderne afin d'encadrer les interventions de l'Etat. Pour reprendre le propos du Baron de Gérando, premier professeur de droit administratif, ce qui caractérise le droit moderne par rapport au droit administratif antérieur à 1789, c'est cette nécessaire circonscription aux activités des autorités administratives[1112]. Le droit administratif est justifié aux yeux des libéraux à une double condition. Son application doit être réservée aux activités qui relèvent par nature des collectivités publiques, et mise sous le contrôle d'un juge indépendant du pouvoir. Un siècle est nécessaire, depuis la Révolution, pour que le juge administratif acquiert son indépendance vis-à-vis de l'exécutif puisque ce n'est qu'après la loi du 24 mai 1872[1113] et l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 décembre 1889 *Cadot*[1114]que la justice est véritablement déléguée à la juridiction administrative. Dès lors, à partir du dernier quart du XIXème siècle, le service public permet au juge administratif de circonscrire le droit de la puissance publique. En effet, le critère organique de la définition classique du service public impose que l'activité d'intérêt général concernée soit assurée par une personne publique[1115]. Le service public systématise le droit des fonctions de la puissance publique malgré leurs fluctuations au cours du XIXème siècle[1116].

[1111] « *David pose donc l'équation fondamentale qui servira de support au critère du service public : service public égale corps administratifs, égale affaires administratives, égale puissance publique, égale compétence du juge administratif.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.,* p. 35.

[1112] « *Le droit administratif actuel se fonde essentiellement sur la législation de 1789, qui, en distinguant et séparant les pouvoirs, a déterminé et circonscrit les attributions de l'autorité administrative, et c'est en cela qu'il se distingue principalement du droit administratif ancien, ou antérieur à 1789* […] », J.-M. de GERANDO, *Institutes du droit administratif, ou éléments du Code administratif, op.cit.,* p. 82.

[1113] Loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits.

[1114] CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec*., p. 1148.

[1115] « *L'idée de service public s'approfondit jusqu'à devenir l'essence des fonctions publiques et notamment politiques. Ainsi naît l'idée que les institutions publiques dans leur ensemble deviennent service public.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.,* p. 20.

[1116] « *Le service public, de ce point de vue, sera, tout au long du XIXème siècle, compris comme la puissance publique lorsque elle est en mouvement. Si son droit est exorbitant, c'est que le service public*

B. La coïncidence libérale entre service public et puissance publique

304. L'émergence de la notion de service public à la fin du XIXème siècle élargit le droit de la puissance publique, auparavant confondu avec les actes d'autorité, aux actes de gestion[1117]. Le service public est pressenti pour devenir la pierre angulaire du droit administratif car l'organisation comme la gestion des services publics relèvent exclusivement du droit administratif. A l'exception du cas de la concession, les services publics sont des activités dont la prise en charge appartient par nature aux autorités administratives et dont le régime juridique est nécessairement exorbitant du droit commun. Avant que les hypothèses, émises par Romieu aux conclusions de l'arrêt *Terrier*, ne soient confirmées par celles de Léon Blum, puis consacrées par la décision du Tribunal des conflits de 1921, *Bac d'Eloka*, il y a coïncidence entre le service public, la puissance publique et le droit administratif[1118]. Si cet amalgame va de soi, c'est parce que le monde libéral, produit du XIXème siècle, est dual : les activités privées sont gérées par des personnes privées selon le droit commun, les activités administratives qui incombent aux personnes publiques sont circonscrites et bénéficient d'un régime exorbitant du droit commun. Le droit des services, dont l'organisation et l'exécution relèvent des personnes publiques car ils correspondent aux fonctions de l'Etat libéral, ne peut être que public[1119]. C'est le règne libéral classique de « *la doctrine David* »[1120].

---

traduit la force de son auteur : la puissance publique étatique, omniprésente dans l'administration au siècle dernier. », G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*,2000, p. 532.

[1117] Voir chapitre 1 *supra*.

[1118] « *Au fond, pour les promoteurs de la notion de service public, Hauriou et Romieu, celle-ci n'avait de valeur qu'en tant que signe d'un certain régime ; gestion publique, gestion privée : en profondeur, la véritable ligne de partage était là ; mais dans le monde libéral, il y avait une coïncidence assez exacte entre le champ du service public et le procédé dérogatoire au droit commun* […]. », J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de service public », *Mélanges Mestre*, *op.cit.*, p. 470 ; « *A cette époque, la coïncidence est parfaite entre la nature administrative de l'organe, le caractère d'intérêt général qui s'attache à sa mission et les traits essentiels de son régime juridique. Il n'est donc pas étonnant que de nombreux arrêts aient alors employé tantôt en un sens et tantôt dans l'autre les termes de service public, de telle façon que ces mots servissent tantôt à définir la mission en cause, tantôt la mission qu'elle exécute, tantôt le régime exorbitant du droit commun qui la gouverne.* », B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1950, p. 78.

[1119] « […] *au XIXème siècle, les interventions économiques de la puissance publique étaient rares et il y avait ainsi une coïncidence parfaite entre la nature administrative de l'organe, caractère d'intérêt général et régime de droit public. En conséquence, le service public était employé dans ces trois sens sans distinction.* », J. TRAVARD, « Jean Rivero et la notion de service public », *Revue administrative*, n°388, p. 374 ; « *Reste, il est vrai, que le débat doit être replacé dans son contexte. Dans le monde libéral qui était celui du début du siècle, il y avait une coïncidence assez exacte entre le champ du service public et le procédé dérogatoire au droit commun.* », J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public, op.cit.*, p. 171 ; « *Néanmoins, Hauriou ne*

305. Le critère de la gestion publique n'est pas nécessaire dans le contexte libéral de la fin du XIXème siècle. Il avance dans « *l'ombre* »[1121] de la notion de service public[1122]. Tant que l'Etat libéral demeure un Etat-gendarme, c'est-à-dire que la puissance publique se contente d'assurer des activités insusceptibles d'être prises en charge par l'initiative privée, dissocier le service public de la gestion publique n'est pas possible[1123]. Comme l'a démontré le professeur Chapus, la gestion publique caractérise le droit administratif dès la période antérieure à l'arrêt *Blanco*, mais puisque tout service public fait l'objet d'une gestion publique, la facilité d'identification du premier a retardé l'émergence de la seconde. Pour justifier la compétence de la juridiction administrative et l'application du droit administratif, il suffit, tant que la puissance publique se cantonne au périmètre imposé par le libéralisme, de constater l'existence d'un service public. Dans le monde libéral classique, il est inutile, pour le juge, et absurde, pour la doctrine, de se lancer dans l'opération, plus subtile, d'appréciation de la nature de la gestion du service, quand il suffit d'identifier l'existence d'un service public pour justifier l'application du droit de la puissance publique.

306. Alors que du point de vue constitutionnel, la Révolution libérale se traduit dès 1789 par la séparation des pouvoirs, la constitution administrative de la France est l'œuvre du long XIXème siècle (1789-1873-1914)[1124]. A travers le « *système de l'arrêt Blanco* »[1125], le Conseil d'Etat, appuyé par la doctrine enthousiaste, consacre pour une

---

lui accorde pas une signification juridique particulière. En notre matière les services publics avaient un caractère administratif accusé. Ils disposaient tous de procédés de puissance publique. Il en était ainsi même pour les services techniques qui commencent alors à se développer, pour les services à prestations : comme les Postes, Télégraphes, ou comme les Chemins de Fer. », P. COUZINET, « La théorie de la Gestion Publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *op.cit.*, p. 166.

[1120] « *Il détrône les principes de l'arrêt Blanco, la* "doctrine David" […] », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Lextenso, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, tome 1, 2014, p. 145.

[1121] « […] *cette grande vérité jusqu'ici restée dans l'ombre : l'exécution des services publics constitue une opération juridique, et crée par elle-même une situation de gestion publique.* », M. HAURIOU, cité par J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *Etude en l'honneur d'Achille Mestre, Evolution du droit public*, Sirey, Paris, 1965, p. 461.

[1122] « […] *tout le système se déduit logiquement de la séparation fondamentale qui, dans l'Etat libéral, s'instaure entre le public et le privé ; le service public n'est qu'un maillon dans cette chaîne mais facile à saisir et qui permet de la retrouver toute.* », *id.*, p. 471.

[1123] « *Dire que l'Etat-puissance publique c'est l'Etat gérant les services publics, c'est introduire la notion de gestion publique à côté de celle de gestion privée et identifier gestion publique et gestion des services publics.* », A-S. MESCHERIAKOFF, Droit des services publics,*op.cit.*, p. 35.

[1124] « *Cet état de chose a duré jusque vers 1914-1918. Depuis ce moment, s'est amorcée une transformation qui n'a cessé de s'amplifier* […] », C. EISENMAN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, p. 135.

[1125] *Id.*, p. 145.

période très brève « *la thèse moniste* »[1126], ou « *monolithiste* »[1127] du droit de la puissance publique, selon les expressions de Charles Eisenmann. Le droit administratif puise dans le service public ses principes directeurs et son champ d'application conformément aux préconisations libérales[1128]. Une grande partie de la doctrine est longtemps restée attachée à cette définition du droit administratif, sans doute parce qu'elle garantissait l'autonomie de la science à laquelle les auteurs participaient[1129]. Mais l'on ne peut pas exclure que beaucoup d'entre eux aient longtemps nié l'évolution du droit positif qui se dessinait, dès la deuxième décennie du XXème siècle, en raison de l'importance de la crise qu'il allait révéler. Aussitôt reconnu par le Conseil d'Etat et systématisé par la doctrine, le paradigme classique convoité depuis la Constituante pour décliner les principes de la Révolution libérale, dans l'organisation juridictionnelle et administrative française, est mis à l'épreuve des contradictions du libéralisme.

SECTION 2 - LE DUALISME DU DROIT DE LA PUISSANCE PUBLIQUE LIBÉRALE

307. A la fin du XIXème siècle, l'émancipation de la société civile par rapport au pouvoir politique ne signifie pas nécessairement la contraction de l'organisation publique. Au cours du siècle libéral, l'autodétermination de la société et de ses membres, guidée par « *la main invisible* » du marché, s'est accompagnée de l'affermissement et de la pénétration de la puissance publique dans l'organisation sociale. Le libéralisme est alors confronté à une double « *illusion originaire* »[1130]. Le

[1126] « [De 1903 à 1908] *s'instaure un monisme de principe, pour toute l'Administration en tant qu'organe d'exécution des services publics* […] », *id.*, p. 134.
[1127] « *Chacun est libre de regretter que le droit administratif présent ne présente pas une structure plus massive, plus proche du* "monolithisme". », *id.*, p. 152.
[1128] « *Il s'agit à la fois d'un concept de philosophie politique et de technique juridique dont la pièce maîtresse est le droit public posé comme distinct du droit privé.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 17 ; « *Seulement, j'incline à croire qu'il serait possible, et assurément il serait utile, de faire, dans des formes spéciales, une sorte de codification des règles qui régissent certains services publics pour lesquels les principes sont bien arrêtés.* », L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'Ecole des ponts et Chaussées*, 1865, *op.cit.*, p. 41.
[1129] « *Quant à la critique consistant à dénoncer le monisme de la doctrine, Eisenmann la justifie en expliquant l'incapacité dans laquelle sont ses collègues de concevoir le droit privé comme partie intégrante du fonctionnement des services publics. Si vraiment le service public était le critère nouveau du droit administratif, il devrait intégrer le droit privé.* », G. BIGOT, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 6.
[1130] « *C'est à ce propos qu'on doit parler d'une illusion originaire du libéralisme* […], M. GAUCHET, « Préface », *op.cit*., p. 86.

marché ne suffit pas à faire société. La spontanéité de la société civile ne peut se passer de l'institution de la collectivité. Par ailleurs, la division du travail oriente la dynamique marchande mais étend aussi la zone d'interdépendance individuelle. L'émergence de « *l'ordre des organisations* »[1131], dont la nature publique s'impose à une partie d'entre-elles, constitue l'impensé du projet libéral. L'autonomie de la société s'articule nécessairement sur le développement des fonctions publiques.

308. La doctrine de l'Etat minimum s'avère une impasse puisque la destinée libérale suppose la dilatation de l'appareil étatique. Restreindre le nombre des fonctions publiques n'est plus une voie crédible de limitation de l'Etat. Afin de ne pas enrayer la marche du libéralisme, mieux vaut accepter ce rôle de la puissance publique, mais compter sur la soumission de ses manifestations au droit, pour s'assurer qu'elle demeure à la fois un appui et un instrument de la société libérale. Les théoriciens du droit public prennent dès lors le pas sur les doctrines de l'économie politique. Le service public s'impose car il combine la permanence de la puissance publique et l'allégeance du pouvoir à la société. Forgée par les Commissaires du Gouvernement David[1132], Romieu[1133], Blum[1134] et Matter[1135], puis systématisée par la doctrine, la notion de service public est protéiforme. Elle permet ainsi la déconnection entre le champ de l'intervention de l'Etat et l'exorbitance de son régime. Les fonctions publiques ne se multiplient pas nécessairement au détriment de l'application du « droit spontané ».

A l'entrée du XXème siècle, l'articulation entre la société civile et le pouvoir est scellée par la notion de service public (§1) dont le dédoublement permet l'édification du régime libéral de la puissance publique (§2).

[1131] M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit*., p. 180.
[1132] DAVID, conclusions sur TC, 8 février 1873, *Blanco*, *op.cit.*
[1133] ROMIEU, conclusions sur CE, 6 février 1903, *Terrier*, *op.cit*.
[1134] BLUM, conclusions sur CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *op.cit.*
[1135] MATTER, conclusions sur TC, 22 janvier *Société commerciale de l'Ouest africain*, *D.*, 1921, III, p. 1.

§1 - Le service public, *res publica*[1136] libérale

Au risque de souscrire aux doctrines socialistes, il est clair pour le libéralisme que le pouvoir n'oriente pas, ne transforme pas et n'instrumentalise pas la société. Néanmoins, la spontanéité de la société civile est une illusion. Nécessairement neutre pour un libéral, l'articulation entre la société et le pouvoir est indispensable. L'institution de la société suppose la permanence du service public (A) alors que l'accompagnement de la dynamique du marché entraîne la prolifération du service public (B).

A. La permanence du service public dans la société de marché

Le libéralisme compte sur les forces vives du marché pour faire prospérer la société. Mais, la régulation de la société par le marché suppose « *la précédence* »[1137] du service public pour instituer un ordre social (I), et la rémanence du service public pour projeter la société (II). L'exemple du service de l'instruction, dont la majorité des libéraux préconise la nature publique, illustre la relation circulaire entre l'appareil d'Etat et la société de commerce.

I. La précédence du service public et l'ordre social

309. Les libéraux insistent sur l'importance du service de l'instruction publique pour instituer et perpétuer l'ordre social. Indispensable au modèle de la société de commerce, une première prescription de l'instruction publique figure chez le représentant, sans doute le plus cohérent et synthétique de la Physiocratie : Le Mercier de la Rivière. L'auteur affirme qu'en tant qu'êtres intelligents, les hommes prennent connaissance de leur intérêt commun. Cette notion d'intérêt commun justifie le caractère institutionnel

[1136] « *Nous sommes maintenant en mesure, après ces quelques sondages dans la généalogie de nos institutions et de nos services publics, de mieux comprendre ce que le terme de* res publica *signifie* […] *L'idée est simple mais mérite d'être rappelée. Les hommes, ou plus exactement les citoyens, se réunissent pour mettre en commun du capital et des compétences qui constituent un patrimoine à la fois matériel et symbolique doté d'autonomie dont les revenus seront restitués par la suite aux citoyens qui l'on constitué. C'est ce dispositif d'investissement d'accumulation et de restitution qui est au principe de tout service public.* », P. CAYE, « Généalogie républicaine pour la modernisation du service public », *in* F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE (dir.), *La privatisation de l'Etat*, CNRS, 2013, pp. 16-18.

[1137] « *Il n'y a pas de sphère transcendante de l'Etat par rapport à la société, ni de possibilité pour celui-ci de totalement autonomiser sa force, mais il n'y a pas non plus, au contraire de ce que postule la doctrine libérale, de spontanéité civile qui puisse se passer de la précédence de l'institution.* », *id.*, p. 11.

de l'instruction pour les Physiocrates, car celle-ci constitue « *le premier, le vrai lien social* », en même temps qu'elle permet de reconnaître « *l'Ordre naturel* », comme le rapportent Charles Gide et Charles Rist dans leur *Histoire des doctrines économiques*[1138]. Dès 1775, Le Mercier de la Rivière, consacre un ouvrage au service de l'instruction publique : « *Voilà comment l'instruction publique faisant de nous des hommes fait aussi d'un peuple, un véritable Corps politique ; comment en nous éclairant sur notre véritable intérêt commun, elle devient l'âme et la vie de ce Corps* […] »[1139]. Cet ouvrage annonce ce que sera la place d'un grand service de l'instruction publique dans le projet républicain dessiné par Condorcet dont il est avéré qu'il s'est inspiré des écrits libéraux[1140].

310. Pour Smith, le commerce est la cause de la richesse des nations mais également de l'accroissement des inégalités économiques et culturelles[1141]. Elles sont dangereuses et conduisent à la corruption et à la dégénérescence du peuple. En raison du progrès de la division du travail dans une société avancée, l'activité des classes pauvres est réduite à quelques opérations très simples d'exécution, dont la répétition altère l'intellect de l'homme du peuple[1142]. « *Engourdi* » et « *mutilé* »[1143], le pauvre est dépourvu de ses facultés de jugement indispensables pour mener une « *vie privée droite* », comme pour saisir l'intérêt de son pays. Eduqué, le peuple est moins exposé aux fanatismes et aux superstitions qui menacent la société[1144]. Pour que l'ordre social, sur lequel repose le fonctionnement de la société de commerce, se perpétue, l'instruction publique est nécessaire, en particulier à l'égard des plus défavorisés.

[1138] C. GIDE et C. RIST, *Histoire des doctrines économiques*, *op.cit.*, p. 40.

[1139] P. LE MERCIER DE LA RIVIERE, *De l'instruction publique ; ou Considérations morales et politiques sur la nécessité, la nature et la source de cette instruction. Ouvrage demandé pour le roi de Suède*, Paris, 1775, p. 127.

[1140] Philippe Nemo précise que Condorcet annote une traduction des écrits d'Adam Smith avant d'écrire son *Projet sur l'Instruction publique* et que Madame de Condorcet est une des premières traductrices de la *Théorie des sentiments moraux* d'Adam Smith, P. NEMO, « Les Idéologues et le libéralisme », *in* P. NEMO et J. PETITO, *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, Quadrige, Paris, 2006, p. 326, ndb 2 et ndb 3.

[1141] « *Partout où il y a grandes possessions, il y a grandes inégalités.* », A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, *op.cit.*, p. 735.

[1142] « *Avec les progrès de la division du travail, l'emploi de la très grande majorité de ceux qui vivent de leur travail, c'est-à-dire la masse du peuple, se trouve limité à quelques actions très simples, souvent à une ou à deux. Or, l'intellect de la plupart des hommes est nécessairement formé par leur activité ordinaire. L'homme qui passe sa vie entière à exécuter quelques opérations simples* […] *devient généralement aussi stupide et ignorant que peut le devenir une créature humaine.* », *id*., p. 805.

[1143] *Id*., p. 811.

[1144] « […] *l'ignorance rend le peuple turbulent et féroce* […] », F. GUIZOT, *Essai sur l'histoire et sur l'état actuel de l'instruction publique en France*, *op.cit.*, p. 5.

311. A la différence des autres services publics promus par les économistes libéraux dont l'organisation et les modalités peuvent être spontanément dictées par les besoins de la société, le service public de l'instruction exige une maîtrise plus importante de la part des pouvoirs publics. L'on peut constater, en effet, un certain « *illibéralisme* »[1145] des Physiocrates à l'égard du service de l'instruction primaire mais également quant au service de l'enseignement supérieur proposé par Adam Smith. Le discours des Physiocrates sur le rôle de l'école est teinté d'un véritable autoritarisme : « *Il est encore une cinquième condition et qui mérite plus que toutes les autres, l'attention du Gouvernement : c'est d'entretenir dans chacune des Ecoles, des personnes spécialement chargées de pénétrer dans toute la profondeur des premiers principes de la morale et de l'ordre socia*l, […] *de faire connaître à la Nation, les rapports, les liaisons de ces principes avec la constitution politique et le bonheur dont elle jouit ; d'attacher ainsi les Citoyens à cette constitution, en leur montrant la sagesse de leur Gouvernement ; en leur imprimant une grande vénération pour leurs lois, un grand respect pour l'ordre public, un grand amour pour leur Roi, cette divinité tutélaire chargée de veiller en chef à la conservation d'un ensemble si précieux.* »[1146]. D'un absolutisme susceptible d'inspirer le plus emblématique des empereurs français[1147], ces propos révèlent que, même pour des économistes pré-libéraux qui confèrent au marché des vertus régulatrices supérieures, la fonction constitutive de l'instruction justifie une direction par les pouvoirs publics.

II. La rémanence du service public pour projeter la société de marché

312. Les faveurs de Smith pour l'organisation publique de l'éducation et de l'enseignement supérieur rejoignent celles des Physiocrates, lorsqu'il redoute qu'une grande partie du peuple en soit privée, si elle n'est pas assumée financièrement par

[1145] « *Mais comme chez nombre d'autres adeptes de la physiocratie, ce modèle intègre la proposition politiquement illibérale d'un* "despotisme légal" *qui confère à l'Etat des pouvoirs quasiment absolus pour assurer la stabilité de l'* "ordre naturel" *allégué.* », A. LAURENT, *in* A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 779.

[1146] P. LE MERCIER DE LA RIVIERE, *De l'instruction publique ; ou Considérations morales et politiques sur la nécessité, la nature et la source de cette instruction*, *op.cit.*, pp. 126 et 127.

[1147] « *De toutes les questions politiques, celle-ci est peut-être de premier ordre. Il n'y aura pas d'état politique fixe s'il n'y a pas un corps enseignant avec des principes fixes. Tant qu'on n'apprendra pas dès l'enfance s'il faut être républicain ou monarchique, catholique ou irréligieux etc., l'État ne formera point une nation ; il reposera sur des bases incertaines et vagues ; il sera constamment exposé aux désordres et aux changements.* », N. BONAPARTE, « Note sur les lycées », 16 février 1805, *Correspondance de Napoléon Ier*, tome 10, pp. 144-148.

l'Etat. L'argument est d'un autre ordre quand il considère la détermination des enseignements. Selon Smith, « *sans institutions publiques d'éducation* », les seules sciences enseignées sont celles jugées directement utiles par la société. En effet, s'il n'existe que des établissements privés de transmission du savoir, les maîtres sont rémunérés par les élèves et ces derniers ne sollicitent que des connaissances qui leur sont profitables. Or, l'utilité d'un savoir ou, au contraire, son caractère superflu est nécessairement circonstancié. Une société dont l'état ou le fonctionnement momentané valorise tel type de science et dénigre tel autre ne peut jamais être assurée, qu'à l'avenir, la hiérarchie des savoirs ne sera pas inversée, par les besoins du marché. Puisque tout savoir non transmis est définitivement perdu, une société qui vise la prospérité doit organiser l'enseignement de connaissances momentanément « inutiles ». Et puisqu'elles sont inutiles, seuls les établissements publics peuvent en être chargés. A l'opposé du premier argument des Physiocrates et de Smith selon lequel l'instruction publique conditionne l'ordre social qui précède le marché, la maîtrise des programmes d'enseignement par les autorités publiques permet aux sociétés d'anticiper la dynamique possible du marché. Le service public de l'éducation projette « *la Société ouverte* »[1148].

313. Pour préserver les bienfaits de la liberté du commerce, comme pour maintenir l'ordre social, les premiers économistes libéraux érigent l'école en véritable service public. En France, l'ensemble des acquis libéraux de la fin du XVIIIème siècle sur l'instruction publique est contenu dans la pensée du plus grand libéral de gouvernement, François Guizot. Après en avoir fait la synthèse dans un ouvrage de 1816, il est à l'origine de la première grande loi relative à l'organisation d'un service public de l'éducation[1149]. Les exigences des premiers libéraux quant à l'instruction publique animent aujourd'hui le bloc de constitutionnalité, puisque parmi les services publics garantis par la Nation selon le Préambule de la Constitution de 1946, seul l'enseignement public à tous les degrés doit être organisé sous le contrôle de l'Etat[1150].

[1148] « *Se soumettre par raison à ces règles qui ont rendu possible l'approche vers la Société Ouverte* […] », F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op.cit.*, p. 606.
[1149] Loi du 28 juin 1833 sur l'instruction primaire, dite *loi Guizo*t.
[1150] « *L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.* », Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, art. 13.

B. La prolifération du service public dans la société libérale

A l'articulation de la marche de la société et de l'organisation du pouvoir, le développement des services publics accompagne la dynamique du marché. Le processus libéral de division du travail accroît l'interdépendance sociale (I). Destiné à réaliser la solidarité sociale, le faisceau de services publics constitue l'arborescence de la puissance publique libérale (II).

I. Division du travail et interdépendance sociale

314. Les philosophes libéraux Adam Smith et Herbert Spencer théorisent la dynamique des sociétés de marché au travers du principe de division du travail[1151]. La multiplication des échanges par le commerce entraîne la spécialisation des fonctions sociales. La différentiation et la complexification des relations entre les membres qui composent la société procèdent de l'extension du marché. Dès lors, le processus de division du travail rend compte de l'évolution spontanée des sociétés modernes dont l'orientation découle directement de l'intensification des échanges économiques en leur sein. Ainsi, la transformation des anciennes sociétés de type militaire en sociétés industrielles illustre l'émancipation du social par rapport à l'ordre traditionnel et l'autonomie croissante des individus dans la société. Le principe de division du travail est donc au cœur de l'autonomisation libérale de la société civile.

315. Contrairement à ce que soutient Spencer et comme le comprend Durkheim, l'atomisation du social ne s'ensuit pas seulement de la profusion des relations interindividuelles. La division du travail multiplie les zones d'interdépendance entre les membres de la société, mais la coopération à travers l'association contractuelle ne suffit pas à combler les intervalles entre les individus pour faire société. La division du travail multiplie les points de contacts avec une infrastructure politique de type étatique comme l'explique Emile Durkheim dans *la division du travail social*[1152]. Ce phénomène prend au tournant des XIX et XXème siècle, le libéralisme « *à contrepied* »[1153] dans la mesure où, contre toute attente, l'autonomisation de la société suppose le développement d'un

[1151] « *La notion n'est pas nouvelle. L'observation du phénomène remonte à Adam Smith* […] *C'est le cas déterminant de Spencer. C'est lui qui impose le schème* […] », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 86.
[1152] E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Puf, Paris, 2004.
[1153] M. GAUCHET, *La crise du libéralisme*, *op.cit.*, p. 257.

Etat aux ordres de la société dans des proportions incomparablement plus vaste que les vieilles machines de commandement militaire. A la fin du XIXème siècle, l'accroissement des dépenses civiles de l'Etat pour le développement « *des infrastructures de relation* »[1154] que recouvrent les différents réseaux de transports participe de l'organisation collective rendue indispensable par la division du travail. Le développement de l'interdépendance sociale est un corrélatif à la dynamique des sociétés de marché selon le principe libéral de division du travail.

II. Division du travail et arborescence du service public

316. La notion de solidarité sociale qui fonde, selon la théorie duguiste, le développement des services publics est l'expression des besoins sociaux que les hommes ne peuvent satisfaire sans l'intervention des collectivités publiques[1155]. Au risque de se plier à un système constructiviste ou volontariste, et donc foncièrement antilibéral, le caractère public de ces services assumés par les gouvernants ne saurait résulter de la volonté de ces derniers. Une limitation objective des fonctions de l'Etat est l'exigence du libéralisme.

317. La théorie de l'Etat à partir de la notion de service public, consacrée par Léon Duguit à l'aube du XXème siècle, a pour objectif, partagé par l'ensemble des penseurs libéraux, de limiter l'Etat par le droit. Si cette finalité libérale de l'œuvre du doyen de Bordeaux est suffisamment reconnue[1156], il semble que la méthode que Duguit emploie pour justifier les fonctions assumées par la puissance publique corresponde également au paradigme proposé par la doctrine économique et libérale depuis la fin du XVIIIème

---

[1154] *Id.*, p. 194.

[1155] « *Les hommes vivent assemblés en groupes et en sociétés* […] *Ils ont des besoins communs qu'ils ne peuvent satisfaire que par une vie en commun ; et en même temps ils ont des besoins différents dont la satisfaction est assurée par l'échange de services réciproques. Le progrès de l'humanité est assuré par le développement continu, dans ces deux directions, de l'activité individuelle.* », H. LASKI, « La conception de l'Etat de Léon Duguit », *in L'œuvre de Léon Duguit*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, p. 122.

[1156] « *La démarche de Duguit semble répondre à deux objectifs, l'un d'ordre théorique, l'autre d'ordre plus politique : d'une part, Duguit abandonnant le point de vue purement évolutionniste et faisant au mieux asseoir sa théorie selon laquelle la limitation de l'Etat est absolue,* […] *d'autre part Duguit prétend aussi que sa doctrine doit et peut servir de cadre à l'Etat libéral traditionnel.* », E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, p. 157 ; « […] *l'Etat doit donc se charger lui-même, par l'intermédiaire d'agents professionnels, d'un certain nombre de tâches sociales indispensables mais limitées, telle est la place du service public dans l'Etat libéral* […] », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.*, p. 24.

siècle. Dans l'histoire des sociétés, le partage entre les besoins auxquels peut satisfaire la seule initiative privée, et ceux qui nécessitent l'intervention des gouvernants découle de la même analyse de l'évolution des rapports économiques et sociaux pour Mandeville, Adam Smith ou Léon Duguit. Le périmètre des fonctions de l'Etat, n'est pas figé puisqu'il dépend d'un processus dynamique et historique. Mandeville et Smith s'appuient sur la division du travail. Duguit considère l'interdépendance sociale qui en résulte. Les deux raisonnements s'attachent aux possibilités que le marché offre aux individus pour répondre à leurs besoins, sans l'intervention de la puissance publique. Le développement de services publics suit la division du travail.

318. Dans deux articles confrontant la théorie duguiste de l'Etat aux avancées de la science économique[1157], Harold Laski et Gaétan Pirou mettent en lumière les rapports entre le processus historique de division du travail dont découlent la notion de solidarité sociale et l'élargissement du champ des services publics[1158]. La solidarité sociale s'étend à mesure que les débouchés du marché libre s'amenuisent. Dans ce cas la sphère marchande rétrécit au bénéfice du nombre des fonctions publiques. La division du travail peut, au contraire, exiger l'organisation d'un service public infrastructurel indispensable à l'intensification des relations commerciales. La nécessité d'un service public de transport est, par exemple, corrélative à l'extension de la sphère marchande. L'expression des besoins pris en charge par la puissance publique est donc également, pour le plus grand théoricien du service public, déterminée en fonction de l'existence ou du fonctionnement du marché. La dimension objective de la théorie duguiste rejoint ses fondements économiques et libéraux puisque c'est de l'état du marché que découle l'expression des besoins de services publics[1159].

[1157] « *Plus vite nous reconnaîtrons la nécessité d'interpréter en termes d'économie les faits qui nous entourent, plus vite les problèmes fondamentaux seront posés clairement. C'est parce que Duguit a mis clairement en lumière les conséquences implicites de cette évolution qu'il a droit à notre reconnaissance et à notre admiration.* », H. LASKI, « La conception de l'Etat de Léon Duguit », *op.cit.,* p. 134 ; « *En marquant les points de convergence entre l'œuvre de Duguit et la pensée économique moderne* […] », G. PIROU, « Léon Duguit et l'Economie politique », *Revue d'économie politique,* tome 47, 1933, p. 88.

[1158] « *Toute la théorie de l'Etat est contenue dans l'idée des besoins sociaux. C'est l'exécution par toute la masse des fonctionnaires de leur fonction sociale particulière, c'est-à-dire de la part qui leur revient dans la division du travail par laquelle la solidarité sociale est intensifiée.* », H. LASKI, « La conception de l'Etat de Léon Duguit », *op.cit.,* p. 124 ; « *La fonction de l'Etat est d'apporter satisfaction à certains besoins collectifs dont la liste ne peut être limitativement dressée une fois pour toutes, car elle est essentiellement relative et va naturellement en s'allongeant à mesure que s'affine le sentiment de la solidarité sociale.* », G. PIROU, « Léon Duguit et l'Economie politique », *op.cit.,* p. 83.

[1159] « *Le service public au contraire, activité sociale (au sens large) qui pourrait concurrencer la libre initiative des individus, doit être contenu dans des limites telles que cette dernière ne soit pas mise en péril. En ce sens le service public est toujours une activité accessoire (au plan théorique et l'était*

319. A la fin du XIXème siècle, le service public représente la « *res publica* »[1160] indispensable à la marche de la société libérale et les services publics constituent l'arborescence libérale de la puissance publique. L'extension du nombre des fonctions publiques n'est pas fatale au projet du libéralisme dans la mesure où il n'y a pas d'antagonisme entre la société civile et l'institution publique. Au contraire, « *des travaux particuliers et des fonctions publiques* » sont nécessaires à la prospérité d'une nation[1161]. Servir la société, c'est la projeter vers l'avenir puisque « *le verbe servir désigne un devenir* »[1162]. Une fois la puissance publique mise au service de la société, il existe une relation circulaire entre la société civile et l'Etat, dispensée de toute conception métaphysique et transcendantale du pouvoir[1163]. Du point de vue du droit, cette conception de la puissance publique est libérale à condition qu'elle n'entraîne pas une publicisation de l'ordre juridique au détriment « *du droit de la liberté* »[1164].

§2 - Le dédoublement libéral de la notion de service public

Alors que la définition du droit administratif par le service public convient sous l'ère de l'Etat-gendarme[1165], l'avènement de l'Etat-providence conduit à une dissociation entre le droit des services publics et le droit administratif. Le respect des principes de « *l'idéologie politique et de la théorie de l'Etat libéral sur le plan économique* »[1166] oblige, en effet, à réserver l'application du régime exorbitant aux situations foncièrement administratives de l'intervention publique et aux activités qui incombent par nature à la puissance publique. Face à l'augmentation des activités assumées par la puissance publique et afin d'empêcher une publicisation de l'ordre

---

effectivement dans la pratique de l'Etat libéral) », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.,* p. 25.

[1160] P. CAYE, « Généalogie républicaine pour la modernisation du service public », *op.cit.,* p. 18.

[1161] « *Que faut-il pour qu'une nation subsiste et prospère ? Des travaux particuliers et des fonctions publiques.* », E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat* ?, Editions du Boucher, Paris, 2002, p. 2.

[1162] « *Le verbe servir transmet concrètement une dynamique [...] Le verbe est employé pour désigner une action, un état, un devenir.* », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit français, op.cit.,* p. 25.

[1163] « […] *un cercle vertueux entre l'Etat et la société civile qui fait que plus la société est forte et autonome, plus l'Etat est structuré* […] *Il n'y a pas de sphère transcendante de l'Etat par rapport à la société* […] », *id.,* p. 11 ; « *En perdant leur superbe autoritaire d'antan au profit de la prosaïque exécution de missions de service public, ils* [les Etats] *révèlent des capacités fonctionnelles qui n'avaient pas été aperçues.* », M. GAUCHET, *La crise du libéralisme, op.cit.,* p. 188.

[1164] F. HAYEK, *Droit législation et liberté, op.cit.,* p. 229.

[1165] « *Le service public sous-produit de l'Etat-gendarme »,* A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics, op.cit.,* p. 23.

[1166] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit.,* p. 144.

juridique au détriment « *du droit spontané* »[1167], la consécration du critère de la gestion publique (A) précède l'apparition de la notion de service public industriel et commercial (B).

A. La dissociation libérale entre le service public et la gestion publique

La multiplication des services publics en dehors des fonctions traditionnelles de l'Etat-gendarme suscite l'aversion des juristes libéraux à l'égard du critère du service public (I) et oblige à la distinction entre gestion publique et gestion privée des services publics (II).

I. Les juristes libéraux et le critère du service public

320. Au tournant des XIX et XXèmes siècles, sous la pression du suffrage universel et de la question sociale, la puissance publique s'émancipe du cadre de l'Etat-gendarme afin de satisfaire des besoins sociaux insusceptibles de l'être par l'initiative privée[1168]. Ce mouvement ne se fait pas totalement à contre-courant du libéralisme. Certains auteurs attachés aux enseignements des penseurs classiques redoutent cette plus grande implication de la puissance publique dans le social[1169], mais d'autres imputent cette nouvelle implication de l'Etat aux adaptations de la pensée libérale pour lutter contre l'avènement du socialisme d'Etat[1170]. La propension à étendre la sphère publique aux dépens de la sphère privée découle même de l'assimilation de la division du travail, paradigme économico-libéral, selon lequel le sujet n'agit que selon son propre intérêt économique et renvoie aux collectivités publiques la prise en charge des activités non rentables. En raison de la question sociale et des contradictions internes à leur doctrine,

[1167] F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, *op.cit.*, p. 279.
[1168] « […] *évolution politique qui sur la base du principe d'égalité juridique devait conduire au suffrage universel et à l'Etat représentatif-démocratique contemporain, et surtout évolution économique qui depuis la première révolution industrielle devait engendrer des bouleversements sociaux conduisant l'Etat à assumer toujours davantage de question sociales.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 15.
[1169] « *Il y a des économistes qui ont prétendu réduire le rôle légitime de la société et de ses organes au soin de la sécurité publique, et qui lui interdisent de prendre d'autres mesures que celles qui touchent à la défense du territoire national et la tranquillité intérieure de l'Etat. Organiser et employer l'armée et la police, instituer la justice, voilà dans quelles limites la puissance sociale devrait exclusivement se mouvoir.* », L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif, op.cit.,* p. 31.
[1170] « *Il ne faut pas assurément aller trop loin dans cette voie : elle conduirait au socialisme, c'est-à-dire à ce système dans lequel l'Etat absorbe le citoyen en l'exonérant du soin de sa destinée.* », *ibid.*

les libéraux de la fin du XIXème siècle sont contraints de compter avec le rôle accru de l'Etat et un nombre plus important de services publics. Le transfert de certaines activités traditionnellement réservées à l'initiative privée vers la sphère publique suit l'avènement de l'Etat-providence. Le droit de la puissance publique ne peut plus se réduire au commandement des fonctions régaliennes, il est amené à se diversifier dans la gestion de nouveaux services. Dès lors, la résistance libérale s'exerce par l'adaptation du régime juridique applicable à ces nouvelles incursions de la puissance publique.

321. Paradoxalement, l'extension des services publics a nui à la prospérité du critère du service public pour définir le droit administratif. Pour les juristes libéraux, le service public est pleinement satisfaisant à l'époque de l'Etat-gendarme[1171]. Il permet à la fois de circonscrire et de régir les activités limitées de la puissance publique. Au temps de l'Etat-providence, il ne demeure opérationnel qu'au point de vue des sciences politique et administrative. Le service public désigne les activités dans lesquelles la puissance publique s'investit, qu'elles relèvent des domaines traditionnels de l'Etat ou des nouvelles fonctions des collectivités publiques. En revanche le service public, en tant que critère du droit administratif, devient indéfendable. Ce n'est pas tant le nombre des fonctions de l'Etat qui hante les libéraux que les privilèges dont il jouit et qui faussent l'équilibre spontané des intérêts. L'application du droit administratif à toutes les manifestations de la puissance publique est donc parfaitement injustifiable selon les principes libéraux, quand l'exorbitance des situations ne l'exige pas. La crainte devant l'extension du droit administratif aux services nouvellement pris en charge par la puissance publique[1172], en dehors de toute fonction régalienne de l'Etat, est exprimée au nom d'un libéralisme revendiqué par les juristes, face au succès de l'école du service public[1173].

[1171] « *Comme technique de l'Etat, le service public renvoie à l'illusion d'un espace public déterminé, distinct de l'espace privé qui serait la condition d'existence de l'Etat limité issu de la pensée des Lumières.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *op.cit.*, p. 11.

[1172] « *Par le caractère subjectif de la notion de service public, le critère du même nom permettait au juge d'étendre d'une manière potentiellement illimitée la sphère des régulations publiques au détriment des régulations privées. Cette conjecture était d'autant moins mythique que l'époque connaissait de fait l'accroissement de l'intervention administrative dans la vie sociale.* », A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, *op.cit.*, p. 37.

[1173] « *Mais ce qui provoque notre résistance, ce qui alarme notre libéralisme, c'est la prétention qu'on émet de résoudre des difficultés qui ne sont prévues par aucun autre texte que par le Code civil autrement que ne les résout le Code civil, parce que ces difficultés sont nées à l'occasion d'un service public !* », H. BERTHELEMY, « Défense de quelques vieux principes », *Mélanges Hauriou*, 1929, pp. 19 et 20.

322. La démarche de l'école de Bordeaux n'est pas « illibérale » en soi. En définissant le droit administratif à travers le service public, les disciples de Duguit contribuent à limiter l'Etat et à assujettir la puissance publique à un droit objectif. Cependant, ces auteurs n'ont pas eu conscience que, l'Etat devenu providence, la multiplication des services publics entraîne, en application de leur théorie, une trop forte résorption du régime de droit commun[1174]. Alors que le XIXème siècle libéral a conduit à l'émergence de la notion de service public dans la jurisprudence administrative, l'élan de l'école de Bordeaux est interrompu dès le premier quart du XXème siècle. La concession des libéraux – implicitement mais nécessairement due aux contradictions du libéralisme – sur l'accroissement du rôle de l'Etat et l'augmentation des services publics est compensée par une évolution du droit de l'intervention publique : la distinction entre les gestions publique et privée des services publics[1175].

II. La théorie libérale de la gestion privée des services publics

323. Entre 1903 et 1912, à rebours de la thèse de l'école du service public, le Conseil d'Etat opère la dissociation entre le droit des services publics et le droit administratif. Au tournant du siècle de l'Etat-providence, le nombre des litiges concernant les services publics locaux augmente fortement. Aux conclusions de l'arrêt *Terrier*, du 6 février 1903, le Commissaire du gouvernement Romieu plaide pour leur rattachement au contentieux administratif. Mais, il envisage également que les collectivités territoriales, dans la gestion des services publics, « *se dépouillent volontairement de leur puissance publique et agissent comme des particuliers* »[1176]. La mise en œuvre des services publics ne suppose pas nécessairement une gestion publique. Ils ne justifient pas

[1174] « *L'erreur du service public appelait nécessairement le régime de droit public et la compétence administrative ; erreur qui s'est trouvée aggravée du fait qu'elle s'est manifestée à un moment où la coïncidence entre service public et gestion publique, produit d'un temps, se faisait de moins en moins exacte, et où le but de service public appelait avec une fréquence accrue les procédés de gestion privée.* », J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *op.cit.*, p. 471 ; « *En effet, maintenir dans ce contexte nouveau la doctrine Blanco revenait à étendre considérablement la sphère du droit public par rapport à celle du droit privé, ce qui risquait de remettre en cause le libéralisme économique sur lequel était fondée la République.* », *in* G. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, *op.cit.*, p. 175.

[1175] « *Ce qui a, un moment, donné valeur juridique à la notion de service public, c'est la gestion publique dont elle était le signe approximatif ; mais à partir du moment où l'Etat, s'engageant sur les terrains réservés par le libéralisme à l'action des particuliers, utilisait, pour ces services nouveaux, les procédés de la gestion privée, la notion de service public se vidait de son contenu et redevenait ce qu'elle était avant 1897* […] », *ibid*.

[1176] ROMIEU, conclusion sur CE, 6 février 1903 *Terrier*, op.cit.

systématiquement la compétence du juge administratif ni l'application d'un régime dérogatoire du droit commun. Le service public, c'est-à-dire les activités d'intérêt général assumées par la puissance publique, relève soit du droit administratif soit du droit commun.

324. Grâce à « *la doctrine Romieu* »[1177], les libéraux sont moins enclins à craindre le développement des services publics puisqu'ils ne sont pas nécessairement gérés dans des conditions exorbitantes du droit commun, comme l'a souligné clairement et très tôt Gaston Jèze[1178]. Cependant, quelque chose demeure profondément « illibéral » dans le système Romieu : le fait qu'il appartienne « *volontairement* » aux autorités publiques de « *se placer* » ou pas « *dans les conditions du droit privé* ». Cette marge de manœuvre octroyée aux pouvoirs publics pour déterminer les conditions de gestion de leurs activités et, finalement, la nature du droit applicable trahit l'ambition libérale. Ce n'est pas au pouvoir de choisir son droit, mais au droit d'encadrer le pouvoir. Le libéralisme consiste à mettre l'individu, et l'ensemble des relations humaines, à l'abri de toute sujétion ou volonté particulière. Le nombre des fonctions publiques est dicté par la société elle-même et le droit applicable dépend de l'exorbitance des situations. Or, aux conclusions de l'arrêt du 31 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, Léon Blum parachève, peut-être contre son gré, la théorie libérale de la gestion privée des services publics. Blum rappelle la distinction établie par Romieu entre gestion privée et gestion publique mais ne fait aucune référence au *choix* de l'administration quant aux modalités d'exécution du service public, contrairement à ce que veut croire Gaston Jèze dans ses *Principes*[1179]. Le Commissaire du gouvernement ne raisonne qu'à partir de « *la nature* » ou de « *la contexture* » du marché de fourniture communal passé

[1177] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op.cit.,* p 145 ; « *C'est pourquoi la doctrine Blanco va être au début du siècle supplantée par une autre approche que l'on pourrait appeler la doctrine Romieu qui s'exprime d'une manière éclatante dans l'affaire Terrier.* », A-S. MESCHERIAKOFF, « Le service public industriel et commercial par la pensée de Léon Blum : l'arrêt "*Commune de Mesle-sur-Sarthe*", *op.cit.*, p. 175.

[1178] « *Dans de nombreux arrêts récents, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits affirment que l'administration, même pour assurer le fonctionnement d'un service public, n'est pas obligée de recourir au contrat administratif ; la jurisprudence décide que les litiges sont alors de la compétence des tribunaux judiciaires.* », G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, *op.cit.*, pp. 308 et 309.

[1179] Après avoir cité l'argumentation de Léon Blum et la formule du Conseil d'Etat dans l'arrêt Société des Granits, qui ne font pourtant ni l'une ni l'autre de référence explicite à la volonté de l'administration, Jèze affirme qu' « *Il faut en conclure que […] l'administration, pour la fourniture de pavés en vue du service public de la voirie, avait le choix entre un contrat administratif et un contrat civil. Dans l'espèce, elle a choisi le contrat civil.* », G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, *op.cit.*, p. 313.

pour l'entretien du service public de la voirie. Le but du contrat n'est, certes, pas déterminant mais la volonté de l'administration n'est même pas opérante. Seules des considérations objectives sont prises en compte par Blum pour conclure que le contrat litigieux n'établit que des rapports qui existent « *entre un particulier quelconque et un marchand quelconque* ». En dépit de la multiplication des fonctions publiques, la théorie libérale de la gestion privée des services publics permet de réserver un régime exorbitant aux actes de gestion « *foncièrement administratifs* » conformément aux revendications libérales[1180].

B. La distinction libérale entre les notions de SPA et de SPIC

La substitution au critère du service public de celui de la gestion publique n'est pas suffisante pour contenir « l'illibéralisme » de l'Etat interventionniste. L'avènement de l'Etat-providence ne s'est pas uniquement traduit par le développement des fonctions publiques. La guerre de 1914 et l'engouement pour le socialisme municipal ont conduit les personnes publiques à investir le domaine industriel et commercial, réservé par nature, à l'initiative privée. L'intervention des pouvoirs publics dans les affaires économiques est parfaitement contraire au libéralisme classique attaché à la théorie des deux mondes.

Pour convaincre les libéraux de l'innocuité de l'interventionnisme, il convient d'appliquer la théorie libérale de la gestion privée à l'ensemble des activités – et non seulement aux actes – qui ne relèvent pas par nature de la sphère publique (I) et distinguer ainsi les services publics administratifs des services publics industriels et commerciaux (II).

I. Du régime des actes au régime des activités

325. La doctrine Romieu consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* de 1912 invite à lier le régime applicable « *à la nature*

[1180] « *En d'autres termes, il entend sauvegarder la liberté du commerce et de l'industrie issue de la loi des 16 et 24 août 1790 non pas en interdisant aux collectivités publiques d'intervenir dans la vie économique mais en soumettant leur intervention aux mêmes règles que les activités privées.* », A-S. MESCHERIAKOFF, « Le service public industriel et commercial par la pensée de Léon Blum : l'arrêt "*Commune de Mesle-sur-Sarthe*"», *op.cit.*, p. 180.

ou à la contexture » de l'acte litigieux[1181]. En imposant un raisonnement selon les actes, ce système suppose que certains d'entre eux peuvent relever de l'ordre judiciaire ou administratif. Tant que sont concernées des fonctions administratives, ce « *dualisme actique* »[1182] ne peut que satisfaire les principes libéraux, mais dès qu'il s'agit d'activités industrielles et commerciales, l'ensemble du régime juridique applicable relève impérativement du droit commun pour un libéral. Celui-ci ne saurait tolérer qu'un acte exorbitant du droit commun perturbe l'équilibre spontané des intérêts garanti par le droit privé. Au sein de la sphère des intérêts économiques, le libéralisme exige un régime acceptable qui couvre l'ensemble de l'activité en cause. Dans ses conclusions à l'arrêt du 3 février 1911 *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, en posant la question de la nature « *des principes qui régissent l'imposition ou l'exemption des communes exploitant des services commerciaux ou industriels* »[1183], Léon Blum commence une démonstration qui lie la détermination d'un régime juridique à un type d'activité et non à un acte particulier. Il faut ainsi étendre « *la notion de l'activité licite* »[1184]. Selon le Commissaire du gouvernement, afin d'encourager l'activité communale à « *élargir son cercle* »[1185], il convient de la soumettre au régime de droit commun, « *aux mêmes charges que les particuliers en se prêtant aux conditions générales du commerce* »[1186] pour que la commune acquiert « *peu à peu l'esprit commercial qui fait prospérer les entreprises particulières* »[1187]. Au-delà du fait qu'il n'est pas étonnant que plusieurs auteurs soulignent le libéralisme du plus emblématique des socialistes au Conseil d'Etat[1188], Léon Blum annonce l'application de la théorie libérale de la gestion de

[1181] L. BLUM, conclusions sur CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, S, 1917, III, p. 16.
[1182] C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, p. 142.
[1183] L. BLUM, conclusions sur CE, 3février, 1911, Commune de Mesle-sur-Sarthe, S, 1913, III, p. 108.
[1184] *Id.*, p. 109.
[1185] *Ibid*.
[1186] *Ibid*.
[1187] *Ibid.*
[1188] « *Ainsi le socialisme à la Léon Blum est très classiquement un socialisme interventionniste mais un interventionnisme que l'on pourrait appeler libéral en ce qu'il soumet les collectivités publiques au droit privé.* », A-S. MESCHERIAKOFF, « Le service public industriel et commercial par la pensée de Léon Blum : l'arrêt "*Commune de Mesle-sur-Sarthe*" », *op.cit.*, p. 181 ; « […] *il s'agit d'un socialisme modéré, ou en risquant un oxymoron, un* "socialisme libéral", *réussissant à établir un équilibre entre une forme de libéralisme et un étatisme modéré.* », A. ZARADNY, « Léon Blum, un socialiste au Conseil d'Etat », *RFDA*, 2013, p. 191 ; « *Mais on reste aussi frappé que le fondateur de l'Humanité, le disciple de Jaurès, le dirigeant de la SFIO, le doctrinaire du Congrès de Tours chargé de défendre le marxisme pour mieux justifier sa distance à l'égard du bolchevisme, fut aussi le commissaire du gouvernement concluant sur les célèbres affaires Société des Granits porphyroïdes des Vosges et Compagnie des tramways, ayant convaincu le Conseil d'État de consacrer la gestion privée des services publics, de préserver la nature fondamentalement privée du contrat, cet instrument bourgeois du libéralisme économique, ou de garantir*

services publics, non pas en fonction des actes ou des situations en cause mais à raison de la nature de l'activité concernée.

II. Des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux

326. Le principe consistant à réserver la compétence du juge administratif et l'application d'un régime exorbitant du droit commun aux services qui sont « *de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de ses démembrements* »[1189] traduit l'idéologie libérale, soulignée par la plupart des auteurs[1190], du Commissaire du gouvernement aux conclusions de la décision du *Bac d'Eloka* du 22 janvier 1921[1191]. Paul Matter se réfère en effet à la théorie qui opposent « *les fonctions administratives* »[1192] et naturelles de l'Etat à celles, « *de nature privée* », qu'il ne peut assurer que de manière « *accidentelle* » « *parce que nul particulier s'en est chargé* »[1193]. Dans la décision *Bac d'Eloka*, le Tribunal des conflits ne distingue pas les services publics selon leur nature, puisque il motive sa solution sur les conditions de gestion de l'activité concernée. Le Tribunal préfère appliquer la théorie de la gestion privée des services publics, qui suppose de considérer les actes des personnes publiques ou les conditions dans lesquelles sont pris ces actes, que d'invoquer la nature de l'activité, comme le suggérait également Matter. Si le Tribunal s'appuie sur la première idée, c'est parce que le caractère idéologique de la seconde est trop accentué et que, selon Eisenmann, la décision qu'elle fonde risque d'être « *une cible trop facile pour ses adversaires* »[1194]. La solution « idéologique » de Matter sera systématisée par la doctrine au début des années

---

les finances des concessionnaires contractant avec la puissance publique. », B. PLESSIX, « Présentation », *RFDA*, 2013, p. 159.

[1189] P. MATTER, conclusion sur TC, 22 janvier 1921, *Société commercial de l'Ouest africain, D.*, 1921, III, p. 2.

[1190] « *Le commissaire du gouvernement Matter est ainsi à l'origine de la thèse du* "service public par nature" *(guillemet manquant) selon laquelle il existerait des activités relevant naturellement, objectivement du service public. Cette thèse repose sur une conception stricte de la notion de service public et véhicule des idées très libérales en matière d'interventionnisme étatique.* », S. BOUSSARD, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public par nature" », *RFDA*, 2008, p. 43.

[1191] P. MATTER, conclusion sur TC, 22 janvier 1921, *Société commercial de l'Ouest africain, op.cit.,* p. 2

[1192] *Ibid*.

[1193] *Ibid*.

[1194] C. EISENNMAN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, tome 1, p. 144.

1930 pour donner naissance à la notion de service public industriel et commercial[1195]. En liant l'application du droit commun par un juge ordinaire aux activités économiques entreprises par les personnes publiques, la doctrine fonde, à partir de la notion de service public, le régime de l'interventionnisme libéral du XXème siècle.

Les théories de la gestion privée des services publics et des services industriels et commerciaux, toutes deux puisées dans la notion de service public permettent la transformation libérale du droit de la puissance publique.

[1195] « […] *il semble que ce soit J. Delvolvé, l'un des principaux « découvreurs » de l'arrêt Bac d'Eloka qui pour la première fois utilise l'expression en 1932* […] », A-S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988

Conclusion du chapitre 1

327. L'économie politique du XVIIIème siècle est à l'origine de la notion de service public. Celle-ci désigne les activités publiques indispensables à l'autonomie de la société de marché conformément à la doctrine libérale de l'Etat minimum. Dans ce cadre classique dominé par « *la théorie des deux mondes* »[1196], le service public est également préposé à fonder le droit applicable à l'Administration dans l'accomplissement des fonctions de puissance publique comme le propose David aux conclusions de la décision *Blanco* du 8 février 1873. L'Ecole du service public se saisit alors de la doctrine *Blanco* pour justifier l'autonomie du droit administratif.

328. Cependant, le service public n'est pas seulement justifié par l'existence du marché. Sa dynamique est indissociable du développement d'une arborescence publique. La destinée libérale s'accompagne de la multiplication des services publics. Au début du XXème siècle, l'évolution du rôle de la puissance publique oblige, dès lors, les tenants du libéralisme à repenser le régime de l'intervention publique. Comme l'a théorisé Charles Eisenmann, l'on passe du monisme juridique de l'Etat-gendarme, qui garantit à la fois l'unité et l'originalité du droit administratif, au dualisme juridique de la puissance publique. Celui-ci ouvre la voie « *à l'assignation* »[1197] d'une large part de l'activité de la puissance publique au droit privé. A contre-courant de l'obstination dogmatique de l'école du service public, peu encline à accepter « *l'empire effectivement reconnu au droit privé* »[1198] sur l'Administration qui nuirait à l'autonomie du droit administratif, Charles Eisenmann est le premier auteur à dévoiler « *la grande transformation libérale du droit administratif* »[1199] soulignée par le professeur Nicolas Chifflot.

329. Théoricien de la structure dualiste du droit de la puissance publique, l'auteur n'accorde pourtant aucune vertu juridique ni théorique à la notion de service public. Or, la structure dualiste du droit de la puissance publique est fondée sur la notion de service

[1196] G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114.
[1197] C. EISENNMAN, *Cours de droit administratif*, *op.cit.*, tome 1, p. 145.
[1198] *Id*., p. 146.
[1199] « *Charles Eisenmann fut selon nous le théoricien le plus décisif de l'une des plus importantes mutations de notre droit public, le penseur – et donc l'un des acteurs déterminants en son domaine – de ce qu'il est possible de nommer la grande transformation libérale du droit administratif français.* » N. CHIFFLOT, « Avant-propos », *in* C. EISENMANN, *Ecrits de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2013, p. IX.

public. En effet, d'une part, la distinction entre la gestion publique et la gestion privée des services publics justifie « *le dualisme actique* »[1200] du droit de l'Administration. D'autre part, la distinction fonctionnelle entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs explique « *le dualisme organique* »[1201] du droit de la puissance publique. Ce « *quadrille bipolaire* »[1202] que constitue la structure libérale du droit de la puissance publique au XXème siècle renverse la théorie des deux mondes[1203]. Le droit de l'Administration ne se distingue pas nécessairement du droit spontané puisqu'il revêt une structure dualiste. Celle-ci découle de la double duplication de la notion de service public : le dédoublement de la gestion du service public et le dédoublement de la nature du service public. Dans son élan contre « la doctrine du service public », Eisenmann semble avoir confondu la déconstruction de la thèse de l'école du service public et l'exclusion de la notion de service public de la science juridique. Le Maître de Strasbourg n'a pas eu conscience que la faille du dogme qu'il réfutait résidait dans la richesse même de la notion que ses adversaires mythifiaient.

Disposée à assujettir le régime de la puissance publique à l'ordre libéral, les vicissitudes de la notion de service public annonce le tournant néo-libéral.

[1200] C. EISENNMAN, *Cours de droit administratif, op.cit.,* tome 1, p. 142.
[1201] *Id.*, p. 141.
[1202] « […] *une image suggestive, celle du* « quadrille bipolaire » […] », M. DUVERGER, Le système politique français, Puf, Paris, 1996, p. 469.
[1203] « […] *la pensée de Léon Blum montre qu'il n'existe pas d'opposition entre le service public et le marché.* », A-S. MESCHERIAKOFF, « Le service public industriel et commercial par la pensée de Léon Blum : l'arrêt "*Commune de Mesle-sur-Sarthe*" », *op.cit.,* p. 183.

Chapitre 2 - Le marché, modèle de l'intervention publique néo-libérale

330. La prescription du laisser-faire ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs libéraux, puisque la frontière entre les domaines marchand et non marchand est l'objet d'une querelle au sein même du libéralisme. Cependant, elle se décline par la position de principe du libéralisme classique selon laquelle les services publics sont réservés par nature aux activités non marchandes. Face aux bouleversements sociaux de la fin du XIXème siècle, les attaques contre le laisser-faire font le succès des doctrines socialistes et marxistes et, en 1925, la publication de *The end of Laissez-faire* de John Maynard Keynes marque la fin de l'hégémonie de la doctrine libérale classique dans l'histoire de la pensée économique. La remise en cause de ce dogme est également l'objet du mouvement de refondation de la pensée libérale du début des années trente dont le point d'orgue est l'organisation du « *colloque Walter Lippmann* » à Paris[1204] en 1938. Un an auparavant, ce journaliste américain a publié *La Cité libre*[1205]. Son ambition est de démontrer que le laissez-faire constitue une dérive historique de la pensée libérale[1206] et qu'il est responsable du déclin du libéralisme à la fin du XIXème siècle[1207]. L'idée que le cantonnement de l'intervention des pouvoirs publics au domaine non marchand provient d'une déformation des prescriptions originelles des premiers libéraux guide le

[1204] « *La France : foyer du mouvement néolibéral* […] *Si à cette époque le mot néolibéralisme est déjà employé dans diverses langues dans le cadre de quelques pratiques idiosyncrasiques, allusives et non conceptualisées, il faut véritablement attendre la fin des années 1930 et la tenue du colloque Lippmann organisé à Paris en 1938 pour observer une première utilisation collective et explicite*. », A. BRENNETOT, « Géohistoire du "néolibéralisme" », http://cybergeo.revues.org/26071 ; DOI : 10.4000/cybergeo.26071 ; « […] *le Colloque Lippmann marque un tournant dans l'histoire du libéralisme* […] *On ne pouvait rêver mieux pour une rencontre entre universitaires, patrons et hauts fonctionnaires : 2 rue Montpensier, à mi-chemin entre la Bibliothèque nationale (rue de Richelieu) et le ministère des Finances (rue de Rivoli), à deux pas du Conseil national économique et du Conseil d'Etat, non loin de la Bourse*. », F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française. Histoire d'une idéologie politique*, Demopolis, Paris, 2007, p. 116.

[1205] W. LIPPMANN, *La Cité libre*, Les Belles Lettres, Paris, 2011.

[1206] « *Mais, contrairement à la réputation réductrice qu'on lui a faite, il (Hayek) rend également responsables du déclin du libéralisme ces libéraux du passé qui se sont arc-boutés sur* "le principe erroné du laissez-faire" », A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux, op.cit.*, p. 656 ; « *Car si l'essor du libéralisme originel a été vite défiguré et stoppé sous le poids des dogmes erronés du laisser-faire, tout indique qu'il avait été sur* "la grande route du progrès" », S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Grasset, Monde vécus, Paris, 2012, p. 85.

[1207] « *Bien plutôt s'emploie-t-il à refonder le libéralisme contre ses déviations historiques. Sa thèse est en effet que le visage tardif du libéralisme au XIXème siècle, marqué par l'influence des* "économistes" *ou des intégristes de la liberté individuelle comme Herbert Spencer, ne correspond pas à sa visée première. Autrement dit, la catastrophe du libéralisme manchestérien n'apporte pas la preuve définitive du caractère néfaste du libéralisme comme tel.* », *ibid*.

renouveau de la pensée libérale au début du XXème siècle. Sensibles aux finalités des doctrines socialistes, les auteurs néo-libéraux demeurent intrinsèquement « libéraux » car ils s'accordent sur la supériorité des mécanismes du marché pour réguler la société. Ils s'opposent aux libéraux du XIXème siècle, puisqu'ils considèrent que le bon fonctionnement du marché nécessite le soutien ou la correction des pouvoirs publics à travers, notamment, le développement des services publics. Leur « libéralisme » n'est pas pour autant atténué ou amoindri. Au contraire, la foi des auteurs néo-libéraux dans les mécanismes du marché est telle qu'ils plaident pour leur extension aux domaines de l'intervention publique.

Le renouveau de la pensée libérale constitue une nouvelle source de légitimation du service public s'il concourt au renforcement du marché (section 1) et subordonne l'intervention de la puissance publique aux règles de fonctionnement de ce dernier (section 2).

SECTION 1 - L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AU SERVICE DU MARCHÉ

Les auteurs néo-libéraux ne sont pas unanimes sur le rôle à accorder aux pouvoirs publics dans une économie de marché. Dès leur réunion en 1938 à Paris, les dissidences qui structurent la pensée libérale du XXème siècle apparaissent[1208]. D'un côté, les partisans d'un retour radical aux fondamentaux du libéralisme se reconnaissent dans les thèses des représentants de « l'école autrichienne » dont le plus emblématique est Friedrich Hayek. Pour ceux-ci, le marché constitue un ordre spontané qu'il est vain de vouloir orienter mais dont le fonctionnement doit être facilité par l'organisation de certains services publics. De l'autre, les auteurs néo-libéraux des écoles allemande et française ne sont pas moins hostiles à tout dirigisme économique. Cependant, ces derniers conçoivent le marché comme un artifice que les autorités publiques ont pour devoir d'instituer et d'encadrer, et dont les effets sont à corriger par le développement de services publics, notamment sociaux.

[1208] « *Le flottement s'est manifesté jusque dans la terminologie même dont se servent les membres français du Centre International issu du colloque Walter Lippmann* […] *En gros, deux courants doivent être distingués au sein du néo-libéralisme.* », G. PIROU, *Néo-Libéralisme, Néo-Corporatisme, Néo-Socialisme*, Gallimard, Paris, 1939, pp. 61-62.

Caractérisé par la réhabilitation du rôle de la puissance publique dans l'économie, le courant néo-libéral est traversé par deux logiques divergentes articulées sur des visions différentes du marché. A la fois concurrentes et complémentaires, ces deux conceptions néo-libérales du rôle des pouvoirs publics irriguent certaines évolutions du droit de l'intervention des collectivités publiques dans l'économie depuis les années trente. Ainsi, la création de services publics et la définition de missions de service public, revendiquées également par les socialistes, sont autorisées par le Conseil d'Etat voire imposées par les autorités communautaires afin de servir le fonctionnement de l'économie de marché conformément aux préconisations des auteurs néo-libéraux.

Deux conceptions opposées du marché fonde le renouvellement de la pensée libérale. Selon la première, le marché est un ordre spontané qu'il revient aux pouvoirs publics d'exalter par le service public (§1). Selon la seconde, le marché est un ordre artificiel qu'il appartient à l'autorité publique de construire et d'entretenir par le service public (§2).

§1 - Le marché, ordre spontané à « *cultiver* »[1209] par le service public

La sacralisation du marché par les néo-libéraux (A) justifie la mise en place de certains services publics pour stimuler son développement (B).

A. Le marché, ordre spontané

Le jeu du marché, théorisé par Hayek (I), permet de comprendre la conception néo-libérale du rôle de la puissance publique (II).

I. Le jeu du marché

331. Pour les auteurs classiques qui ont animé la pensée libérale au XIXème siècle, le marché est avant tout le lieu privilégié de l'échange. Sa vertu cardinale est étroitement

[1209] « *L'attitude d'un libéral à l'égard de la société est comme celle d'un jardinier qui cultive une plante, et qui, pour créer les conditions les plus favorables à sa croissance doit connaître le mieux possible sa structure et ses fonctions.* », F. HAYEK, *La route de la servitude*, cité par V. VALENTIN in A. LAURENT et V.VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, p.656.

fonctionnelle puisqu'il permet d'atteindre un équilibre optimal entre les comportements rationnels des différents agents économiques. Pour Hayek, la supériorité du marché n'est pas seulement fonctionnelle, elle est avant tout épistémique. En raison de la complexité de la vie sociale, les connaissances dont disposent les agents pour opérer leurs choix sont nécessairement limitées. En revanche, le marché permet, en amont du comportement des acteurs économiques, de remédier progressivement à leur « *inéluctable ignorance* »[1210]. Alors que les économistes du XIXème siècle sacralisent le marché en se fondant sur la rationalité des agents économiques, l'auteur néo-libéral justifie le recours au marché par l'imperfection des connaissances des individus. Le renversement des rapports entre la rationalité des agents et le marché auquel aboutit Hayek en considérant le « *jeu catallactique* »[1211] au cœur de sa théorie de la connaissance est fondamental. Perçu comme un processus à la fois spontané et évolutif de coordination des décisions individuelles, le marché éclaire les agents économiques[1212], et s'apparente à un jeu dont le fonctionnement dépend de trois conditions. Tout d'abord, l'ordre juridique permet l'échange économique par la garantie du droit de propriété et des contrats. Ensuite, le système des prix des biens et des services, déterminé par la confrontation de l'offre et de la demande, doit être le plus libre et transparent possible afin qu'il coordonne les comportements des agents. Enfin et surtout, pour que le jeu du marché remplisse sa fonction épistémologique, il convient de s'assurer que l'ensemble des « joueurs » puissent y participer, comme l'expose parfaitement Michel Foucault en mars 1979[1213]. Chacun bénéficie des informations

---

[1210] « *Et pourtant, cette inéluctable ignorance de la plupart des données qui entrent dans l'ordre de la Grande Société est la racine du problème central de tout ordre social* […] », F.A. HAYEK, *DLL, op.cit.,* p. 77.

[1211] « *Une catallaxie est ainsi l'espèce particulière d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats.* », F.A. HAYEK, *DLL, op.cit.,* p. 532 ; « *Le terme a été utilisé pour la première fois par Richard Whately (1787-1863) mais popularisé par Hayek pour désigner l'économie de marché, plus précisément l'ordre spontanément engendré par l'ajustement mutuel des décisions individuelles sur un marché respectueux des règles de propriété et de responsabilité.* », « Catallaxie », V. VALENTIN, *in* A. LAURENT et V.VALENTIN, *Les penseurs libéraux, op.cit.,* p. 828.

[1212] « *Cet ajustement des intentions et des prévisions quant au comportement d'autrui est la forme en laquelle l'ordre se manifeste dans la vie sociale* […] », F.A. HAYEK, *DLL, op.cit.,* 122.

[1213] « *Ces règles, quelles sont-elles ? Elles doivent être telles que le jeu économique soit le plus actif possible, qu'il profite, par conséquent, au plus de gens possible, avec simplement – et c'est là où l'on va avoir la surface de contact sans pénétration réelle de l'économique et du social –, une règle en quelque sorte supplémentaire et inconditionnelle dans le jeu, à savoir qu'il doit être impossible que l'un des partenaires du jeu économique perde tout et ne puisse plus, à cause de cela, continuer à jouer. Clause, si vous voulez, de sauvegarde du joueur, règle limitative qui ne change rien au déroulement même du jeu, mais qui empêche que jamais quelqu'un tombe totalement et définitivement hors-jeu. Sorte de contrat social à l'envers,* […] *Dans l'idée d'un jeu économique il y a ceci : c'est que personne n'a tenu à faire partie originairement du jeu économique, et par conséquent, c'est à la société et à la règle du jeu*

fournies par le marché et émet en retour des indications utiles à d'autres pour poursuivre leurs projets, à condition de ne jamais être hors-jeu ou hors marché. L'exclusion de certaines catégories d'individus dont les ressources et les capacités cognitives sont insuffisantes pour accéder au marché est donc une limite au fonctionnement de celui-ci. Repensé par Hayek, le marché est un ordre spontané nécessairement altéré par les incursions des autorités publiques. Il n'en demeure pas moins qu'en amont de cette marche libre et spontanée, la puissance publique se doit d'assurer un soin permanent aux conditions de celle-ci.

II. Le rôle de la puissance publique en économie de marché selon les auteurs néo-libéraux

Depuis les années 1930, le renouvellement de la pensée libérale aboutit à renvoyer dos à dos le principe de l'interventionnisme étatique (a) et celui du laisser-faire (b).

a. Contre l'interventionnisme

332. La spontanéité de l'ordre du marché disqualifie toute entreprise de direction économique et *a fortiori* tout interventionnisme étatique. Celui-ci se caractérise par l'utilisation, par les personnes publiques, de moyens spécifiques destinés à servir un objectif économique ou social délibéré[1214]. Pour les auteurs néo-libéraux, la poursuite d'un projet économique par une collectivité n'est pas, par principe, inacceptable, mais elle est vouée à l'échec et conduit à l'aliénation de la liberté. En effet, les choix des agents économiques s'ajustent à mesure que les informations émanent de la marche

imposée par l'Etat de faire que personne ne soit exclu de ce jeu à l'intérieur duquel il s'est trouvé pris sans avoir jamais voulu explicitement en faire partie. Cette idée que l'économie est un jeu, qu'il y a des règles du jeu de l'économie garanties par l'Etat, et que le seul point de contact entre l'économique et le social, c'est la règle de sauvegarde qui fait qu'aucun joueur ne sera exclu […] », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, *op.cit.*, Leçon du 7 mars 1979, p. 207.

[1214] « *L'on désigne de façon appropriée comme* "immixtion" *ou* "intervention" *le genre de commandements spécifiques qui, à la différence des règles de juste conduite, ne tendent pas à la formation d'un ordre spontané mais visent des résultats définis* […]. *C'est seulement dans ce sens strict que les économistes classiques employaient le mot. Ils ne l'auraient pas utilisé à propos de l'instauration ou de l'amélioration de ces règles génériques qui sont indispensables au fonctionnement de l'ordre de marché et dont leur analyse supposait explicitement l'existence.* », F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, Quadrige, Paris, 2007, p. 567.

libre et spontanée du marché, ce qui lui confère une infinie complexité[1215]. La détermination d'un objectif macroéconomique adapté à l'état du marché est donc raisonnablement improbable et la réalisation d'une politique économique prédéterminée prive les responsables de celle-ci de toute capacité d'ajustement[1216]. Ce double handicap cognitif conduit à réfuter tout système constructiviste[1217]. Au-delà de la déficience scientifique de l'interventionnisme[1218], les néo-libéraux soulignent son caractère liberticide. La direction de l'activité économique à partir d'un centre de décision risque de contrevenir aux projets particuliers des membres de la société et donc à leur liberté économique. Tout dirigisme économique s'accompagne nécessairement de l'usage de la force ou de la contrainte, à l'égard d'une partie au moins, de la population, car le consensus sur un projet économique est impossible dans une société libre.

333. En outre, l'interventionnisme suppose l'utilisation ou l'octroi de moyens exorbitants par les personnes publiques, tels le monopole, les droits exclusifs et les différentes prérogatives de puissance publique. Ces privilèges juridiques constituent autant de violations du principe d'égalité devant la loi, pourtant au fondement du dogme libéral comme néo-libéral[1219]. Le règne de la loi abstraite et générale conditionne celui

---

[1215] « *Son degré de complexité n'est pas limité à ce que peut maîtriser l'esprit humain.* », F.A. HAYEK, *DLL, op.cit.*, p. 127.

[1216] « *Les effets directs de chaque intervention dans l'ordre du marché seront proches et clairement visibles dans la plupart des cas tandis que les effets indirects et lointains ne seront généralement pas visibles et ne seront donc pas pris en considération. Nous n'aurons jamais conscience de la totalité de ce que coûte le résultat obtenu par de telles immixtions.* », F.A. HAYEK, *DLL, op.cit.*, p. 160.

[1217] « […] *j'appellerai* "rationalisme constructiviste" *; conception qui tient pour certain que toutes les institutions sociales sont le produit d'un dessein délibéré* […]. *Cette tradition intellectuelle peut être réfutée à la fois dans ses conclusions cognitives et normatives, car les institutions existantes ne sont pas toutes le produit d'un dessein, et il ne serait pas possible non plus de faire dépendre l'ordre social entier d'un dessein, sans du même coup restreindre fortement l'utilisation des connaissances disponibles.* », F.A. HAYEK., *DLL, op.cit.*, p. 63 ; « […] *les arguments de Hayek en défaveur de l'intervention étatique sur le marché se fondent tous sur l'incapacité de l'Etat à juger mieux que les individus de ce qui est juste ou même efficace. D'une manière générale, les néolibéraux s'élèvent contre l'illusion constructiviste* […]. "l'Etat ne peut pas faire de miracle" *s'entend de la manière suivante : il ne dispose d'aucun savoir de surplomb sur les échanges sociaux qui l'autoriserait à en rectifier la dynamique.* », M. FOESSEL, « L'intervention de l'Etat : éclairages métaphysiques », *Esprit*, décembre 2012, p. 178.

[1218] « *Pour l'essentiel, toute l'œuvre de Hayek est ordonnée à démontrer en quoi les arguments théoriques des partisans de l'économie centralement planifiée ou dirigée (le socialisme) ou de l'économie basée sur l'intervention de l'Etat-providence (en particulier les économies mixtes des social-démocraties occidentales), sont scientifiquement déficients.* », R. NADEAU, « Friedrich Hayek et le génie du libéralisme », *in* P. NEMO et J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, Paris, 2006, p. 1115.

[1219] « *En conséquence de quoi Hayek soutient que seule une politique économique maximalement non-interventionniste, refusant d'attribuer quelque privilège que ce soit aux individus et aux groupes d'intérêts, est compatible avec le principe fondamental de l'économie de marché.* », R. NADEAU, *op.cit.*, p. 1126.

de la liberté. L'utilisation d'un droit exorbitant et spécifique à l'intervention publique brise l'harmonie de la règle de droit[1220].

b. Contre le laisser-faire

334. Refondée à partir des années 1930 par Von Mises[1221] et Hayek, la critique de l'interventionnisme n'est pas propre aux auteurs néo-libéraux puisqu'elle est proférée par la plupart des représentants de la pensée libérale au long du XIXème siècle. En revanche, le principe du laisser-faire est plus spécifiquement remis en cause par les partisans d'un renouvellement du libéralisme à la suite de la crise de 1929. Plusieurs auteurs importants réunis à Paris en 1938 pour le colloque Walter Lippmann l'accusent même d'être la cause du déclin du libéralisme, si bien que la contestation du laisser-faire caractérise la pensée néo-libérale[1222]. L'ensemble des activités économiques et sociales est régi par des échanges spontanés qui relèvent de l'ordre du marché, si bien que la distinction entre le secteur privé (ou marchand) et le secteur public (non marchand) n'est pas pertinente aux yeux d'un auteur comme Hayek. Le marché est bien le système supérieur de création de richesses dans tous les domaines de l'activité humaine. Il s'autorégule à mesure que les agents économiques échangent des informations et ajustent leurs comportements en conséquence. Toute incursion des pouvoirs publics contrevient à sa marche libre et spontanée. En ce sens Hayek s'insurge contre l'intervention de l'Etat dans l'économie. Néanmoins, selon les néo-libéraux, le rôle de la puissance publique est indispensable tant à l'institution qu'au fonctionnement du marché, ce qui explique qu'Hayek prenne également très clairement ses distances

[1220] « *Bien qu'ils ne l'aient peut-être jamais dit aussi clairement, ils entendaient par* "ingérence" *l'exercice d'un pouvoir de coercition par le gouvernement en dehors de l'application régulière de la loi générale, et en vue d'atteindre un objectif spécifique. Cependant le critère important n'était pas l'objectif spécifique mais la méthode employée. Aucun objectif ne leur aurait paru illégitime s'il s'avérait que le peuple le désirait ; mais ils considéraient le recours à des ordres et à des interdictions comme globalement inadmissible dans une société libre.* », F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, *op.cit.*, p. 222.

[1221] L. VON MISES, *Kritik des Interventionismus*, 1929.

[1222] « *Nous-mêmes avons manifesté notre dissentiment au sujet du nom de la doctrine : la liberté n'était pas le but que l'on se proposait d'atteindre exclusivement, ce colloque n'avait rien d'anarchiste. C'était si vrai que le* "laissez-faire, laissez-passer" *avait été unanimement rejeté. Il ne semblait pas très adroit, dans ces conditions, de prendre l'étiquette d'un système périmé, même avec l'addition de* "néo". *Il en a été pourtant décidé ainsi et le néo-libéralisme est entré dans l'histoire.* », L. BAUDIN, *L'Aube d'un nouveau libéralisme*, Génin, Paris, 1953, p. 146.

avec les défenseurs de « *l'Etat minimal* »[1223]. L'économie de marché suppose, tout d'abord, un cadre légal organisé par l'Etat pour garantir la protection du droit de propriété[1224] et la conclusion des contrats, comme l'avaient déjà formulé plusieurs auteurs libéraux classiques. Ensuite, le bon fonctionnement du marché ne découle pas naturellement de son institution. Certaines imperfections, telles la défaillance de l'initiative privée ou les difficultés de circulation de l'information, enrayent le mécanisme du marché et obligent ainsi la puissance publique à le soutenir. La matrice du marché nécessite un entretien permanent par les pouvoirs publics qu'Hayek prend bien soin de distinguer de l'intervention en économie de marché. Celle-ci perturbe un ordre en marche alors que celui-là facilite son développement comme « *de l'huile dans les rouages d'une horloge* »[1225]. L'entretien du marché par la puissance publique se traduit par la mise en place de services publics dont l'opportunité est contingente et dont Hayek dresse une liste non exhaustive[1226]. Toute activité qui augmente l'information, ou permet de la faire circuler, et qui ne risque pas d'être, pour quelque raison que ce soit, assurée par un agent économique privé, doit être érigée en service public. Enfin, l'exclusion pour des raisons économiques ou cognitives d'une part de la population du marché altère le fonctionnement de ce dernier. La société a donc intérêt à organiser des services publics à destination des plus démunis pour lutter contre l'exclusion et ainsi renforcer le fonctionnement du marché. Autrement dit, pour Hayek, le spectre des services publics est ouvert et large dès lors qu'il sert le marché[1227]. Cette remise en cause fondamentale du laissez-faire[1228] distingue les néo-libéraux à partir des années

---

[1223] « *Loin de plaider pour un tel* "Etat minimal"*, il nous apparaît hors de doute que dans une société évoluée le gouvernement doive se servir de son pouvoir fiscal pour assurer un certain nombre de services qui, pour diverses raisons, ne peuvent être fournis, du moins adéquatement, par le marché.* », F.A. HAYEK, *DLL*, *op.cit.*, p. 688.

[1224] « *C'est ainsi que de cette vue exacte que l'institution de la propriété privée remplit une fonction nécessaire au maintien de l'ordre spontané de la société* […] », *id*., p. 109.

[1225] « *Nous ne parlerions pas d'intervention si nous mettions de l'huile dans les rouages d'une horloge ; et pas davantage pour toute autre manière de maintenir un mécanisme qui déjà fonctionne, dans les conditions requises pour sa bonne marche. En revanche, si nous avons changé la position d'un élément quelconque en contrevenant au principe général de son fonctionnement, par exemple donné un coup de pouce aux aiguilles de l'horloge, l'on peut dire proprement que nous sommes intervenus.* », *id*., p. 568.

[1226] « *Une économie de marché qui fonctionne nécessite certaines activités de la part de l'Etat ; quelques autres peuvent éventuellement faciliter son fonctionnement ; et elle peut sans doute en tolérer bien d'autres encore, pourvu que toutes soient compatibles avec le marché.* », F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, *op.cit.*, p. 223.

[1227] « *L'ampleur et la variété de l'action gouvernementale compatibles, au moins en principe, avec un système de liberté sont donc considérables. La vieille formule du laissez faire et de la non-intervention ne nous fournit pas de critère adéquat pour distinguer entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas dans un système de liberté.* », F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, *op.cit.*, p. 231.

[1228] « *Rien n'a sans doute tant nui à la cause libérale que l'insistance butée de certains libéraux sur certains principes massifs, comme avant tout la règle du laissez-*faire », F.A. HAYEK, *La route de la*

1930[1229] des auteurs du XIXème siècle mais ne les détachent pas pour autant de la pensée libérale classique. Au contraire, ces « néo-libéraux » revendiquent l'appartenance au libéralisme originel qu'ils considèrent trahi par les auteurs du XIXème siècle. Comme le démontre Karl Polanyi dans *la Grande Transformation*, le laissez-faire n'a jamais structuré la pensée libérale[1230]. Puisque le libéralisme fonde l'organisation de la société sur le marché, il confère à la puissance publique un rôle originel[1231] et tendu vers le service du marché, comme « *celui du jardinier l'est au service de la vie d'une plante* ». Le droit du service public développé au cours du XXème siècle illustre cette subordination de la puissance publique à l'idée de marché.

B. L'exaltation du marché par le service public

Selon les auteurs néo-libéraux, l'intervention publique n'est pas à proscrire quand elle permet au marché de fonctionner ou pare à l'exclusion de certains agents de ce dernier. Le droit des services publics, déployé par le Conseil d'Etat ou tel qu'il émane des autorités communautaires, satisfait ces exigences néo-libérales. La création de nouveaux services par les autorités publiques vise à soutenir directement le fonctionnement du marché (I), ou à intégrer l'ensemble des agents économiques au jeu du marché (II)

---

servitude, 1944 ; « *Mais, contrairement à la réputation réductrice qu'on lui a faite, il rend également responsables du déclin du libéralisme ces libéraux du passé qui se sont arc-boutés sur* "le principe erroné du laissez-faire" », A. LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, *op.cit.*, p. 656.

[1229] « *Loin d'être antiétatiste, le néo-libéralisme déploie l'intervention publique dans trois directions principales* […] *il crée un cadre légal favorable au marché, supplée l'initiative privée là où elle s'avère défaillante,* […] *çà et là enfin, l'Etat néo-libéral adapte le droit aux évolutions économiques, sanctionne les fraudes et vient en aide aux plus défavorisés.* », F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française. Histoire d'une idéologie politique*, Demopolis, Paris, 2007, p. 5.

[1230] « *Autrement dit, si les besoins d'un marché autorégulateur se révèlent incompatibles avec ce qu'exige le laissez-faire, le tenant de l'économie libérale se tourne contre le laissez-faire et préfère – comme le ferait tout antilibéral – les méthodes dites collectivistes de réglementation et de restriction.* », K. POLANYI, *La Grande Transformation*, Gallimard, Paris, 1983, p. 216 ; « *Laissez faire n'a jamais été plus qu'une devise empirique. Elle exprimait certes une protestation contre les abus du pouvoir de gouverner, mais elle n'a jamais fourni de critère par lequel on pourrait décider de ce qui constitue les fonctions propres du gouvernement.* », F.A. HAYEK, *DLL*, *op.cit.*, p. 169.

[1231] « […] *le laissez-faire lui-même a été imposé par l'Etat.* », K. POLANYI, *La Grande Transformation*, *op.cit.*, p. 204.

I. Le soutien du marché par le service public

Les effets d'une intervention sur le marché sont infiniment complexes à prédire, mais son fonctionnement est relativement simple à décrire : il consiste en la succession d'échanges entre un producteur et un consommateur en fonction des informations dont disposent ces acteurs. Le mécanisme du marché, enrayé si l'initiative privée fait défaut pour répondre aux besoins des consommateurs, justifie l'intervention des collectivités publiques (a). La création de services publics destinés à améliorer l'information facilite, par ailleurs, le fonctionnement du marché (b).

a. Le recours néo-libéral aux services publics pour combler la défaillance de l'initiative privée

335. La liberté du commerce et de l'industrie est un principe libéral. Elle a vocation à exalter les initiatives de la société civile et à cantonner le carcan de la puissance publique. Consacrée par la Révolution, cette traduction de la liberté individuelle dans le domaine des affaires trouve ses sources juridiques dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[1232] et le Décret d'Allarde[1233]. L'interprétation qu'en donne le Conseil d'Etat reflète, par la suite, les atermoiements de la pensée libérale[1234]. Le Décret d'Allarde n'opère littéralement aucune distinction entre les personnes publiques et les personnes privées quant à leur inclination à entreprendre telle ou telle activité. Pourtant, le Conseil d'Etat dégage, de la liberté du commerce et de l'industrie, le principe de non intervention des personnes publiques dans les activités économiques[1235]. La déclinaison de cette liberté par une prohibition à l'égard des collectivités publiques résulte de

[1232] « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* […] » et « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* […] », articles 4 et 5, *DDHC*, 26 août 1789.

[1233] « […] *à compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession* », décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

[1234] Ce parallèle est implicitement évoqué par le rapporteur public aux conclusions de l'arrêt CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris :* « *Ce principe, au fur et à mesure que les conceptions politiques dominantes évoluaient elles-mêmes, s'est modifié pour gagner en souplesse.* », D. CASAS, « Assistance des services de l'Etat et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », conclusions sur CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA*, 2006, p. 1050.

[1235] « *Aucune discrimination entre opérateurs publics et opérateurs privés ne peut cependant être fondée sur ce texte. Il faut donc en conclure que cette extension du principe est due à l'influence constante de la doctrine libérale en France quelles que soient les époques, en vertu de laquelle l'administration doit s'abstenir d'exercer elle-même des activités économiques.* », S. NICINSKI, *Droit public des affaires, op.cit.,* p. 450.

l'influence d'un libéralisme exacerbé[1236], soulignée dès 1931 par le Conseiller d'Etat Raphaël Alibert[1237]. Forgé par le XIXème siècle[1238], et suspendu à cette « *foi militante* »[1239] dans le principe du laisser-faire, ce libéralisme particulier, et éventuellement déformé par rapport aux œuvres fondatrices des libéraux, imprègne une partie de la doctrine et la plupart des Conseillers d'Etat, à l'aube du XXème siècle[1240]. La création de services publics dans le domaine des activités économiques fait ainsi figure d'exception. Le caractère libéral de cette résistance jurisprudentielle à la tendance à la municipalisation des activités dans le domaine économique est reconnu[1241]. « *Les besoins sociaux* » doivent être comblés par « *la vie privée* » et le service public doit demeurer « *une chose exceptionnelle* »affirme Hauriou dans sa note à l'arrêt du Conseil d'Etat, *Casanova,* du 29 mars 1901[1242].

336. Dans l'entre-deux-guerres, la multiplication des services publics locaux à caractère marchand créés par les communes pour satisfaire aux besoins de la population

---

[1236] « *Il existe néanmoins une certitude qui tient au caractère contestable de l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat de la liberté du commerce et de l'industrie telle qu'elle résulte du décret d'Allarde.* […] *par une interprétation économiquement libérale, il en a été déduit qu'il était interdit aux collectivités locales de faire usage de cette liberté, celle-ci ne bénéficiant qu'à la seule initiative privée*. », J-F. SESTIER, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *Les collectivités locales. Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 405.

[1237] « *Le texte est très clair et accorde, d'une manière incontestable, la liberté commerciale. Mais il ne la réserve pas aux individus et l'on pourrait conclure de sa généralité qu'il profite aux personnes morales aussi bien qu'aux autres ; les communes pourraient être fondées à s'en prévaloir.* […] *Au-dessus des textes, plane le dogme du libéralisme économique.* », R. ALIBERT, note sous CE, 30 mai 1931, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S*., III, p. 75.

[1238] « *L'interprétation défavorable du rôle accru de l'Etat ne peut être éclairée que par la signification historique de l'Etat libéral comme, d'ailleurs, par celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* […]. *Les XVIIIème et XIXème siècles vont développer cette recherche de la liberté qui se condense dans celle du commerce et de l'industrie et c'est son esprit – sa moralité – qui se répercute de décisions en décisions lorsque le Conseil d'Etat l'invoque* […] », M-L. PAVIA, « Un essai de définition de l'interventionnisme », *op.cit.*, p. 556.

[1239] « *Il faut attendre les années 1830 pour que le libéralisme éclate comme un esprit de croisade passionnée et que le laissez-faire devienne une fois militante.* », K. POLANYI, *La Grande Transformation, op.cit.*, p. 201.

[1240] « *A Science po, entre les deux guerres, les successeurs de Colson, tels Jacques Rueff et Charles Rist, continuèrent à enseigner l'économie libérale* […] *Engagés dans leur carrière, les étudiants formés par ces professeurs agirent en large conformité avec l'enseignement reçu. Le Conseil d'Etat, par exemple, s'opposa avec une remarquable continuité au développement du* "socialisme municipal" […] », R. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France. Modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, NRF, Paris, 1984, p. 36 ; B. DUMONS et G. POLLET, « Universitaires et construction de l'État-Providence. La formation économique et juridique des élites françaises (1890-1914) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1999, n°20, pp. 181-198.

[1241] « *On ne peut nier que cette conception individualiste ne soit très sage et très en harmonie avec les principes fondamentaux de notre droit public.* », M. HAURIOU, note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova, Canazzi et autres, S*., III, p. 75.

[1242] « *La formule du Conseil d'Etat signifie d'abord que l'organisation d'un service public nouveau doit demeurer une chose exceptionnelle ; normalement les besoins sociaux sont satisfaits grâce à l'initiative privée ; la vie et l'activité publiques sont l'exception, la règle c'est la vie privée.* », *ibid.*

est, pour certains, la conséquence de la remise en cause des idées libérales. Qualifié de « *socialisme municipal* », ce mouvement présente un risque de collectivisation rampante des moyens de productions. Or, dans la mesure où les interventions des collectivités publiques sont systématiquement subordonnées à la carence de l'initiative privée, elles servent une cause légitime pour les auteurs libéraux. « *L'agenda du néo-libéralisme* »[1243] formulé à la fin du mois d'août 1938 par les participants au colloque Lippmann sollicite directement l'intervention publique en cas de défaillance de l'initiative privée[1244]. Proscrite en cas d'existence d'une offre susceptible de satisfaire les besoins de la population, l'intervention de la puissance publique risque de perturber le jeu de l'offre et de la demande. Prescrite, en cas de défaillance de la première, elle a vocation à rétablir le jeu du marché. Le rapport d'Albert Sarraut qui précède le décret du 31 décembre 1926 autorisant les régies municipales motive le recours aux services des collectivités publiques par « *la défaillance du commerce libre* »[1245]. Le Code Général des Collectivités Territoriales dispose en son article L2251-3, relatif à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural par les communes, que l'initiative privée doit être « *défaillante* » ou « *insuffisante* »[1246]. L'article L1111-10 du CGCT issu du projet de loi NOTRe voté le 10 mars 2015 par l'Assemblée Nationale subordonne également la compétence du Département à investir dans les entreprises de services marchands à une initiative privée « *défaillante ou absente* »[1247].

337. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie tel qu'il anime ces différents textes émane de la jurisprudence établie par le Conseil d'Etat dès les années 1930. La légalité de l'intervention publique en matière économique n'est plus exceptionnelle.

[1243] F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française*, *op.cit.*, p. 121.

[1244] « *L'acte de naissance du néo-libéralisme est un agenda qui comprend quatre points essentiels :* […] *l'Etat coordinateur et suppléant des initiatives privées, doit prévenir et sanctionner les fraudes, combler les déficits éventuels, remplacer les organismes défaillants.* », L. BAUDIN, *L'Aube d'un nouveau libéralisme*, *op.cit.*, pp. 150 et 157.

[1245] A. SARRAUT, *Régies municipales*, rapport au Président de la République, JO, 31 décembre 1926, p. 13742.

[1246] « *Lorsque l'initiative privée est défaillante ou insuffisante pour assurer la création ou le maintien d'un service nécessaire à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural ou dans une commune comprenant un ou plusieurs quartiers prioritaires de la politique de la ville* […] », art. L2251-3, CGCT.

[1247] « *Il peut, pour des raisons de solidarité territoriale et lorsque l'initiative privée est défaillante ou absente, contribuer au financement des opérations d'investissement en faveur des entreprises de services marchands nécessaires aux besoins de la population en milieu rural, dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, ainsi qu'en faveur de l'entretien et de l'aménagement de l'espace rural réalisés par les associations syndicales autorisées.* », Article 1111-10, *CGCT*, modifié par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 *portant nouvelle organisation territoriale de la République*, article 94.

L'existence d'un intérêt public et des circonstances particulières conditionnent juridiquement la création de nouveaux services publics par les collectivités publiques, depuis l'arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*[1248]. La vérification de ces deux conditions revient souvent au seul constat, par le juge, de la défaillance de l'initiative privée ; celle-ci constituant en elle-même, l'intérêt public à intervenir. Les concessions faites au principe d'abstention des personnes publiques dans les activités économiques satisfont les exigences néo-libérales. Certes, cette jurisprudence confère un rôle plus actif aux collectivités publiques mais elle consiste à mettre l'intervention de la puissance publique au service du jeu de l'offre et de la demande. Nul objectif économique particulier et délibéré par la puissance publique, sinon le fonctionnement du marché lui-même, ne semble pouvoir être poursuivi à l'aune de cette jurisprudence. Si la carence de l'initiative privée devient le critère de l'intérêt public, aucun caractère constructiviste ou volontariste[1249], propre aux doctrines économiques socialistes, ne peut lui être reconnu car l'intervention publique sert le marché sans lui imposer aucune orientation. La jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* annonce donc davantage l'infléchissement néo-libéral qu'emprunte la haute juridiction tout au long du XXème siècle qu'une conciliation avec des principes socialistes antagonistes. Le mouvement du socialisme municipal est contenu par l'intransigeance néo-libérale du Conseil d'Etat.

b. Des services publics de l'information pour faciliter le fonctionnement du marché

338. L'existence de producteurs et de consommateurs ne suffit pas au jeu de l'offre et de la demande. L'effectivité et l'optimalité des échanges entre les acteurs du marché dépendent de la fiabilité d'un double système d'information constitué à travers le droit et les prix[1250]. Tout service destiné à renforcer l'accessibilité du droit en vigueur ou la visibilité des différents prix facilite le fonctionnement du marché, sans entraver sa

[1248] CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.*, p.583.

[1249] *« De simple indice du caractère d'intérêt général d'un service, la carence du marché en serait-elle devenue le critère ? Une telle évolution heurterait frontalement la conception volontariste de la notion* […] », A. CARTIER-BRESSON, « La carence de l'initiative privée *», in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015, p. 80.

[1250] « *Là où le jeu n'est pas entravé, les acteurs sont guidés non par les injonctions d'autorités politiques extérieures au jeu, mais par le double système de signaux que constituent le droit et les prix, qui permettent aux acteurs de prendre individuellement des décisions qui assureront leur bonne inclusion dans la structure d'ensemble.* », P. NEMO, « Préface », *op.cit.*, p. 31.

marche spontanée. Il peut donc être entrepris, selon Hayek, par les collectivités publiques.

339. L'ordre du marché suppose l'institution d'un cadre légal. Peu d'auteurs libéraux réfutent la fonction régalienne consistant à protéger le droit de propriété et à faire respecter le droit des contrats. Plébiscité par les libéraux, la justice civile est une institution étatique indispensable à la sécurité des échanges et donc au fonctionnement du marché. En amont du règlement des conflits par un juge indépendant, la diffusion de l'état du droit qui encadre l'activité économique informe les acteurs sur leurs possibilités d'agir et de poursuivre leurs projets[1251]. Bien que le conseil juridique soit une activité économique entreprise librement par l'initiative privée, l'accès au droit en général bénéficie structurellement à l'ordre spontané décrit par Hayek. Dès lors, quand le Conseil d'Etat autorise la création d'un service municipal de consultation et d'orientation juridique ou l'instauration par l'Etat d'une mission d'appui à la réalisation de contrat de partenariat, il ne contrevient pas aux préconisations du représentant emblématique du néo-libéralisme au XXème siècle. Dans les arrêts *Commune de Montmagny* du 23 décembre 1970[1252] et *Ordre des avocats au barreau* de Paris du 31 mai 2006[1253], le Conseil d'Etat revient sur la condition de la carence de l'initiative privée pour admettre l'intervention des pouvoirs publics. Dans la première affaire, le Conseil considère qu'un service municipal de consultation juridique répond à un intérêt public local sans se prononcer sur l'état de l'initiative privée[1254]. Dans la seconde, le considérant de principe précise que l'intérêt public justifiant l'intervention publique peut résulter « notamment » de la carence de l'initiative privée[1255]. *A contrario,* la défaillance de l'initiative privée ne conditionne pas la légalité de la création par l'Etat d'une mission d'appui à la réalisation de certains contrats publics. Le recul de la condition de défaillance de l'initiative privée s'explique sans doute par l'évolution générale du principe de liberté du commerce et de l'industrie, mais peut-être également

[1251] « *Le droit, qui protège la propriété privée et les contrats, dit ce que les acteurs ne peuvent pas faire lorsqu'ils interagissent avec autrui.* », *ibid.*

[1252] CE, 23 décembre 1970, *Préfet du Val d'Oise et ministre de l'Intérieur contre commune de Montmagny*, *Rec*., p. 788.

[1253] CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec*., p. 272.

[1254] « *Le Conseil d'Etat n'a pas évoqué la carence de l'offre privée s'agissant pourtant d'une activité réservée, en principe, à l'initiative privée.* », J-P. KOVAR, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Droit administratif*, n°12, décembre 2007, étude 18.

[1255] « […] *elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* […] », CE, 31 mai 2006, *op.cit.*

par la nature de l'activité entreprise par les collectivités publiques, dans les deux espèces. Avant d'être une activité économique comme les autres, la consultation juridique participe à la mission d'intérêt général que constitue le respect du principe de légalité[1256]. D'une manière générale, elle contribue à la fluidité de la vie sociale ; en matière de droit public des affaires, elle renforce directement la sécurité de l'activité économique. Parce que l'accessibilité et l'intelligibilité du droit conditionnent structurellement le bon fonctionnement du marché, les services publics créés afin de les renforcer sont justifiés par les néo-libéraux, exigés par le droit dérivé de l'Union européenne[1257], mis en place par le gouvernement et autorisés par le Conseil d'Etat.

340. Le second vecteur d'information susceptible de déterminer le choix des agents économiques sur le marché réside dans le mécanisme des prix. Conformément à la loi de l'offre et de la demande, les prix indiquent aux différents acteurs ce dont ils peuvent disposer en fonction de leurs ressources pour satisfaire leurs besoins. L'ensemble des informations transmises par les prix permettent d'orienter et d'optimiser les échanges au profit des préférences et des possibilités de chacun[1258]. Leur connaissance renforce donc la fluidité des échanges et la performance du jeu du marché. Loin d'entraver le libre marché, la création de portails d'agrégation et de diffusion des prix d'un bien à destination des consommateurs, permet, au contraire, de faciliter son fonctionnement. La participation de la puissance publique au développement de tels services est donc préconisée par les néo-libéraux de sensibilité hayekienne. L'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2014, *Société SARL Sigmalis*[1259], reprend l'argument néo-libéral pour autoriser la création par le gouvernement d'un site Internet dédié à l'information sur les prix des carburants. En effet, le recueil des prix et leur diffusion sur l'ensemble du territoire national à travers le support Internet consistent « *à faciliter, dans le secteur de la*

[1256] C'est d'ailleurs le raisonnement que tient le Rapporteur public Didier Casas aux conclusions de l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris* pour considérer que « *cette mission particulière relative à la bonne application des lois* » se situe « *hors commerce* », D. CASAS, « Assistance des services de l'Etat et concurrence : le rôle de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », conclusions sur CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *RFDA*, 2006, pp. 1053 et 1054.

[1257] « *Les Etats membres veillent à ce que les informations suivantes soient facilement accessibles* […] » et *« Les Etats membres veillent à ce que les prestataires mettent à la disposition des destinataires les informations suivantes* : […] *le prix du service, lorsque le prix est déterminé au préalable par le prestataire pour un type de service donné.* », directive européenne n°2006/123, art. 7 et 22.

[1258] « *Les prix, signalant ce qui est cher et donc très demandé, et ce qui est peu cher et donc peu demandé, leur disent ce qu'ils doivent faire positivement, s'ils veulent satisfaire les demandes les plus urgentes avec les moyens de production les moins demandés et qui priveront donc le moins les autres producteurs.* », P. NEMO, « Préface », in F. A. HAYEK, *DLL*, *op.cit.*, p. 31.

[1259] CE, 16 juillet 2014, *Société SARL Sigmalis*, affaire n°368960.

distribution du carburant, l'information des consommateurs »[1260]. L'amélioration du fonctionnement du marché est bien la finalité de l'intervention de la puissance publique par le développement d'un système de centralisation et de diffusion des prix. L'action des pouvoirs publics n'est, en l'espèce, pas susceptible de perturber le mécanisme d'ajustement de l'offre et de la demande puisqu'elle se borne à recueillir l'information afin d'améliorer la visibilité des prix. Comme les services de consultation juridique, les services publics destinés à renseigner les consommateurs sur les prix ont vocation à renforcer structurellement le jeu du libre marché[1261] et sont justifiés par la théorie néo-libérale.

II. L'intégration de tous les agents économiques au marché par le service public

Le marché est un processus de découverte dont la dynamique repose sur la participation des différents agents économiques à son fonctionnement. L'exclusion des plus démunis du mécanisme des échanges économiques nuit donc à l'efficacité du marché. Cette relation de causalité entre la participation du plus grand nombre d'individus au jeu du marché, d'une part, et le bon fonctionnement de celui-ci, d'autre part, conduit les néo-libéraux à préconiser certains mécanismes de solidarité selon un raisonnement strictement économique. La création de certains services publics pour pallier la défaillance qualitative de l'initiative privée s'explique, en droit interne, par le risque d'exclusion d'une partie de la population (a) ; la notion de service universel issue du droit de l'Union européenne répond également à cette préoccupation néo-libérale (b).

a. Le recours néo-libéral au service public pour combler la défaillance qualitative de l'initiative privée

341. L'instauration de services d'assistance est recommandée par la plupart des auteurs libéraux pour des raisons morales ou en vertu de la dimension sociale de la pensée libérale. En revanche, radicalement contestée par Hayek, la notion de justice

[1260] « […] *l'arrêté litigieux s'est borné à faciliter, dans le secteur de la distribution des carburants, l'information due aux consommateurs en vertu de la loi* », *ibid.*
[1261] « *Ce double système de guidage cognitif de l'action économique permet ainsi une allocation optimale des ressources et une division efficiente du travail.* », P. NEMO, « Préface » *op.cit.*, p. 31.

sociale ne peut justifier l'intervention de la puissance publique dans les activités économiques et sociales[1262]. Bien que le concept de justice sociale soit inopérant pour une partie des néo-libéraux, la lutte contre l'exclusion figure parmi les missions que doit poursuivre la puissance publique pour préserver le fonctionnement du marché. En participant à l'échange marchand, chaque individu dévoile des informations au marché. La pertinence et l'efficacité de celui-ci croissent à mesure qu'augmente le nombre d'interactions entre les agents économiques. L'exclusion sociale, qui aboutit à l'inhibition voire à l'anéantissement de tout projet économique pour les personnes les plus démunies, s'analyse, du point de vue néo-libéral, comme la mise hors-jeu de certains acteurs potentiels du marché. Toute situation d'exclusion représente un manque à gagner pour le marché et donc pour la société. D'ailleurs, les conséquences néfastes des phénomènes d'exclusion pour les néo-libéraux les conduisent, contrairement à ce qui est souvent affirmé, à préconiser des politiques sociales soutenues telles l'instauration d'un impôt négatif. Quand le libre développement de l'initiative privée ne permet qu'à la partie la plus aisée de la population d'accéder à un bien en raison des prix prohibitifs proposés, la puissance publique intervient pour prévenir les situations d'exclusion et ainsi favoriser le fonctionnement du marché.

342. La création de services publics n'est donc pas seulement justifiée par les néo-libéraux en cas de carence strictement quantitative de l'initiative privée. Quand celle-ci existe mais qu'elle s'avère qualitativement insuffisante pour satisfaire les besoins de toute la population, et en particulier, ceux des plus défavorisés, la marche de l'ordre spontané théorisé par Hayek impose aux collectivités publiques d'intervenir. La création, par la *Ville de Nanterre*, d'un cabinet dentaire, pour suppléer l'activité des praticiens privés et destiné à permettre à la partie de la population la plus défavorisée « *de ne pas renoncer aux soins dentaires* »[1263], ne saurait heurter les convictions néo-libérales. Il répond à un intérêt public local selon le Conseil d'Etat. De même[1264], le financement par le *Département de la Corrèze* d'un dispositif de téléassistance ne porte

[1262] « *Ce n'est pas parce qu'il rejette la notion de justice sociale comme étant sans fondements éthiques qu'Hayek en vient à faire la promotion de politiques libérales, mais l'inverse : c'est parce qu'il croit pouvoir établir fermement* […] *qu'une économie de libre marché dans un Etat de droit est plus efficiente que toute forme d'économie planifiée et dirigée par l'Etat, qu'il est amené à rejeter la requête philosophique de justice sociale comme alarmante et perverse* […] », R. NADEAU, *op.cit.*, p. 1118.
[1263] CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, *Rec.*, p. 563.
[1264] « *La décision commentée, qui n'est pas sans rappeler la décision* Ville de Nanterre *de 1964* […] », G. PELLISIER, note sous CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, *Revue juridique de l'économie publique*, août-septembre 2010, p. 33.

pas atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie, en dépit de l'offre de prestations similaires mais plus onéreuses par des sociétés privées, dans la mesure où l'intervention de la collectivité publique a pour objet de promouvoir le maintien à domicile indépendamment des ressources des personnes concernées[1265]. Sans ce service départemental de téléassistance, « *les consommateurs* » ne pourraient avoir recours au marché pour satisfaire leurs préférences. Ils seraient contraints de s'en remettre, dans la mesure du possible, aux mécanismes traditionnels de solidarité inhérents à la cellule familiale, en marge de tout échange marchand et au grand regret des auteurs néo-libéraux.

b. Le caractère néo-libéral de la notion communautaire de service universel

343. En droit de l'Union européenne, la notion de service universel est indissociable du contexte de libéralisation des activités de réseaux[1266]. L'ouverture à la concurrence d'un secteur confié traditionnellement à un opérateur historique s'accompagne de l'obligation de fournir à tous l'accès à certaines prestations essentielles à un prix abordable[1267]. Parce qu'il permet de contenir les discriminations entre les usagers du service selon la rentabilité de la zone dans laquelle ils se trouvent[1268], le service universel est souvent présenté comme une limite ou une contrepartie au mouvement de déréglementation[1269]. Inspiré de la notion de service public, notamment à travers la

[1265] « […] *le service de téléassistance* […] *a pour objet de permettre à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, de pouvoir bénéficier d'une téléassistance pour faciliter leur maintien à domicile* […] », CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, décision n°306911, *AJDA*, 2010, p. 957, conclusions BOULOUIS.

[1266] « *Ces directives comportent un objectif de service universel et fixent au 1er janvier 1998 la date de la libéralisation complète.* », P. BAUBY, *L'européanisation des services publics*, *op.cit.*, p. 104.

[1267] « *La notion fondamentale de service universel, dont la Commission est à l'origine, tient au souci d'assurer, en tout point du territoire, un service de qualité à un prix abordable par tous.* », Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'évaluation de certaines mesures d'Etat relatives aux services postaux, 6 février 1998 (98/C 39/02) ; « *Le service universel suppose que les prestataires de service s'engagent devant les pouvoirs publics à desservir l'ensemble du territoire dans de bonnes conditions de coût et de qualité.* », D. RIVAUD-DANSET, « Service public et service universel », *Sociétés Contemporaines*, n°32, 1998, p. 7.

[1268] « *Le marché doit être corrigé de ses excès, c'est-à-dire du danger de délaisser certains usagers.* », D. RIVAUT-DANSET, *ibid.*

[1269] « *Dans ces secteurs libéralisés, ce concept vient tempérer une complète ouverture à la concurrence en imposant aux opérateurs des principes communs jugés indispensables pour la fourniture des services* […] *le service universel s'inscrit dans une optique concurrentielle en tentant de corriger les effets d'une libre concurrence tournée vers la rentabilité financière* […] *le service universel parait davantage être un correctif qu'une exception* », S. GARCERIES, « Service public et droit communautaire, une nouvelle crise de la notion de service public en droit administratif français », *Sociétés Contemporaines*, 1998, n°32, p. 44.

diffusion des lois de Rolland[1270], le service universel permettrait de concilier les exigences de la concurrence et la cohésion de la collectivité[1271]. L'analyse économique du processus de déréglementation invite cependant à considérer le service universel, non pas comme une limite, mais comme une condition *sine qua non* à la libéralisation des activités de réseaux. Sans les obligations du service universel, l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché se traduit nécessairement par le phénomène d'« *écrémage* »[1272] : la concurrence se concentre sur les zones rentables du réseau où l'opérateur historique est contraint de baisser les prix. Ceci condamne le système de financement croisé qui permettait au monopole de couvrir à un prix raisonnable les zones non rentables[1273]. Or, l'exclusion des usagers situés dans des secteurs trop difficiles d'accès affaiblit le marché à plusieurs égards : la valeur du réseau décroit nécessairement car elle est corrélée au nombre d'utilisateurs connectés, d'une part, et la suppression des infrastructures indispensables à la distribution des services essentiels empêche le développement du marché des prestations accessoires, d'autre part. Paradoxalement, l'ouverture d'un réseau à la concurrence, sans la définition concomitante des obligations du service universel aboutit à circonscrire le marché. La promotion par les autorités publiques communautaires du service universel a pour première finalité, conformément aux exigences néo-libérales, de renforcer le marché libéralisé. La notion communautaire de service universel ne permet donc pas à elle seule de démontrer que « *l'Union est plus qu'un grand marché* »[1274] mais confirme qu'elle est avant tout un grand marché.

[1270] « *Les* "lois du service public" *fondées sur les principes d'égalité, de neutralité et de mutabilité, ont en effet été diffusées par la jurisprudence de la Cour de justice par l'intermédiaire de la notion de service universel.* », M. DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179.

[1271] « *Le service universel est un noyau intangible de prestations garantes de la cohésion de la collectivité.* », C. STOFFAES, « Avant-propos », *in* M. NICOLAS et S. RODRIGUES, *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, ASPE Europe, 1998, Paris, p. 23.

[1272] « *Il est clair que les entrants potentiels sur un réseau ont d'abord intérêt à en investir les segments les plus rentables : ce phénomène caractéristique de l'ouverture à la concurrence, appelé* "écrémage" […] », A. PERROT, « Déréglementation et service universel dans les entreprises de réseaux : les enseignements de la théorie économique », *in* R. KOVAR et D. DIMON, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Tome II : approche transversale et conclusions, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, La Documentation française, p. 167.

[1273] « *Le monopole intégré permet, en effet la compensation des activités non rentables par les activit és rentables.* », D. RIVAUD-DANSET, « Service public et service universel », *op.cit.*, p. 8.

[1274] « *Même si elle ne va pas sans poser des problèmes d'accessibilité au standard européen du service public, cette implication des institutions européennes à définir les règles et les missions inhérentes au service public témoigne de que l'Union est plus qu'un grand marché.* », M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public », *RFDA*, 2008, p. 58.

344. Indissociable de l'objectif néo-libéral de promotion du marché, la notion communautaire de service universel pourrait bénéficier d'une réception différente, en droit interne, comme le suggère Monsieur Olivier Raymundie[1275]. Les exemples du service bancaire de base[1276] et du service universel du permis de conduire[1277] révèleraient une conception française du service universel davantage émancipée de la référence au marché que celle déployée par les institutions communautaires[1278]. Or, le droit de détenir un compte bancaire que réalise le service universel semble avant tout poursuivre l'intégration de tous les sujets de droit au marché des produits bancaires. D'ailleurs, si une proposition de *loi visant à instituer un service universel bancaire* n'avait pas abouti en France en 2000[1279], le service universel bancaire est l'objet d'une résolution du Parlement européen adoptée le 15 avril 2014 dans le but de réaliser l'Union bancaire[1280]. En outre, alors que le manque de flexibilité du marché de l'emploi en France est souvent dénoncé, au regard notamment de l'immobilité des actifs, le service universel du permis de conduire vise, comme le nom du projet de loi qui le crée l'indique, à favoriser « *la croissance et l'activité économique* »[1281]. L'orientation néo-libérale des institutions communautaires ne semble ni précéder ni contrarier celle du législateur national.

L'analyse de certaines jurisprudences du Conseil d'Etat relatives à création des services publics, d'une part, et de la notion de service universel édifiée par les autorités communautaires, d'autre part, indique qu'une partie du droit du service public relaye une conception néo-libérale du rôle de la puissance publique développée par Hayek. Il

---

[1275] O. RAYMUNDIE, « L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français : l'exemple du service universel », *in* F. BOTTINI, *L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français*, actes du colloque organisé à l'Université du Havre les 12 et 13 novembre 2015, à paraitre.

[1276] Prévu aux articles L312-1 et D312-5 du code monétaire et financier, et organisé par les arrêtés du 18 décembre 2008 portant homologation de la charte d'accessibilité pour renforcer l'effectivité du droit au compte et du 31 juillet 2015 fixant la liste des pièces justificatives pour l'exercice du droit au compte auprès de la Banque de France.

[1277] « *L'accès aux épreuves théoriques et pratiques du permis de conduire est un service universel* », loi n°2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

[1278] *Ibid.*

[1279] Sénat, proposition de *loi visant à instituer un service universel bancaire*, session ordinaire 1999-2000.

[1280] « *Le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement d'une économie moderne et solidaire dépendent de plus en plus de la fourniture universelle de services de paiement. Une nouvelle législation à cet égard doit faire partie d'une stratégie économique intelligente de l'Union, qui doit effectivement tenir compte des besoins des consommateurs plus vulnérables.* », Positon du Parlement européen n° P7_TC1-COD(2013)0139.

[1281] Loi n°2015-990, op.cit.

est possible également de mettre en relation l'évolution du droit de l'intervention publique dans l'économie et la tradition néo-libérale française.

§2 - Le marché, ordre artificiel à construire par le service public

Réunis à Paris pour sauver le libéralisme de la tourmente des années 1930, les invités français au colloque Lippmann sont également déterminés à renverser « *le dogme manchesterien du laissez-faire* », responsable de l'échec des idées libérales et de l'engouement pour les doctrines socialistes. L'orthodoxie libérale du XIXème siècle a conduit à la faillite de la liberté économique vouée, jusqu'à la crise de 1929, à prospérer naturellement en marge du cadre étatique le plus restreint possible. La rénovation du libéralisme passe par la réhabilitation du rôle de l'Etat pour préserver les vertus des principes libéraux. Les intellectuels français qui contribuent à la refondation du libéralisme, du début des années 1930 à la fin des années 1960, plaident pour « *un libéralisme constructif* » qui confère un rôle étendu aux pouvoirs publics. Alors que ce courant doctrinal occupe une place relativement mineure dans l'histoire des idées, la conception néo-libérale française de l'intervention publique caractérise l'évolution du droit public économique au cours du XXème siècle, notamment à travers la notion de service public.

Conformément aux préconisations des représentants du néo-libéralisme français (A), la jurisprudence du Conseil d'Etat autorise l'organisation et l'entretien du marché par le service public (B).

A. Le néo-libéralisme français ou le « libéralisme constructif »

Le caractère artificiel du marché (I) justifie « *l'interventionnisme libéral* » promu par les néo-libéraux français (II).

I. Le marché, ordre artificiel à maîtriser

345. Les auteurs français présents au colloque Walter Lippmann en 1938 sont d'incontestables libéraux dans la mesure où ils reconnaissent la supériorité du marché

sur tout autre système d'allocation des ressources. Cependant, contrairement à la plupart des représentants de la pensée libérale depuis les Physiocrates, les néo-libéraux français confèrent au marché un caractère artificiel. Dès les années 1920, Bernard Lavergne, Louis Baudin, Louis Rougier et Jacques Rueff contestent l'autonomie et la spontanéité du marché. La science économique a permis de découvrir le mécanisme d'ajustement par les prix qui seul permet d'atteindre un équilibre économique. Optimal, le mécanisme des prix est le principe de régulation sociale. Pour autant, la vie économique ne peut se dérouler en dehors d'un cadre institutionnel qu'il revient aux pouvoirs publics d'organiser. Il existe bien un processus économique formel qui façonne le marché en l'absence de toute intervention de l'Etat – le mécanisme des prix –, mais on ne peut concevoir le marché indépendamment d'un contexte juridique, historique, social, voire culturel selon Louis Rougier[1282]. Le marché ne précède pas la structure sociale et juridique d'une société. A l'inverse, c'est par l'institution de la loi que s'organise le marché[1283], ce qui conduit les néo-libéraux français à faire prévaloir la science du droit sur l'enseignement de l'économie[1284]. L'orchestration du marché incombe aux pouvoirs publics afin de permettre à la société de bénéficier au maximum de sa puissance ordonnatrice. Sans l'institution du droit de propriété, la précision du régime des contrats, l'encadrement des brevets, la maîtrise par le droit des structures de marché, etc., le marché est anarchique et la liberté menacée[1285]. Pour les auteurs français des années 1930, l'erreur fondamentale des libéraux du XIXème siècle est de ne pas

[1282] « *Comme celui de Baudin, le néo-libéralisme de Rougier implique bien une révision du vieux libéralisme, qui intègre des dimensions institutionnelles, sociales et même culturelles.* », S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, *op.cit.*, p. 169.

[1283] « *La loi doit non seulement permettre de fixer les droits et obligations individuels, mais plus encore instituer le marché et les règles de son fonctionnement. Aux yeux de Lippmann, le marché, le capitalisme ou la propriété sont tout sauf des produits de la nature. Ce sont des constructions historiques qui n'existent que parce qu'un cadre institutionnel le permet.* », F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française. Histoire d'une idéologie politique*, *op.cit.*, p. 104.

[1284] « *En accordant une large place au droit, il autorise l'application d'un point de vue de juriste à l'économie, conforme à l'enseignement dispensé dans les facultés de droit et à l'Ecole libre des sciences politiques ; il en appelle à la science et peut ainsi toucher les ingénieurs économistes ou patrons ingénieurs qui condamnent le laissez-faire, sans rejeter nécessairement l'économie libérale.* », *id*., p. 101.

[1285] « *Contre cette théorie optimiste qui peut aboutir à la destruction du libéralisme par lui-même, en favorisant la naissance d'une économie de monopoles, il prône un* "libéralisme constructeur" *qui* "implique un ordre juridique positif tel que la possibilité de la libre concurrence soit toujours sauvegardée". *Louis Rougier justifie donc l'interventionnisme étatique s'il permet de favoriser le libre jeu de la concurrence.* », F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française. Histoire d'une idéologie politique*, *op.cit.*, pp. 98 et 99.

avoir considéré le régime libéral avant tout comme un « *libéralisme institutionnel* », un « *libéralisme constructif* »[1286].

346. Artefact dont la forme et l'évolution appartiennent au gouvernement, le marché est perfectible. Tout ce qui provient de la loi économique n'est ni systématiquement socialement souhaitable, ni inéluctable. Le règne de la liberté individuelle, notamment par le libre usage du droit de propriété dans une économie régie par la liberté des prix, permet d'atteindre des équilibres économiques. Ceux-ci causent aussi potentiellement des sacrifices humains et sociaux. L'ajustement par les prix est économiquement pertinent mais pas nécessairement socialement satisfaisant. La puissance économique du marché, suspendue au mécanisme des prix, est dissociable de l'intégrité de l'ordre social servi par le gouvernement. Les défectuosités du système économique obligent les autorités à adapter les règles juridiques qui conditionnent le déroulement de l'activité économique. Le coût social des dommages occasionnés par la vie économique justifie leur prise en charge par la société[1287]. En fonction des exigences de « *la conscience publique* »[1288], le gouvernement a le devoir de modeler le marché à travers la règlementation économique et sociale. Dans un régime libéral, l'aménagement du système social est nécessaire à l'économie de marché. Le néo-libéralisme français qui émerge dans l'entre-deux-guerres s'apparente nécessairement à un « libéralisme social ».

II. « L'interventionnisme libéral » des néo-libéraux français

347. Alors que les intellectuels français qui participent à la rénovation du libéralisme insistent, comme les représentants de l'ordolibéralisme allemand, sur le déploiement institutionnel et juridique indispensable à la marche concurrentielle de l'économie, ils se

---

[1286] « *Ce* "libéralisme constructif" *ou* "néo-libéralisme" *marque une rupture avec le libéralisme économique classique pour lequel le marché est une donnée et l'économie une sphère ou l'Etat n'a pas à intervenir. Ce que Louis Rougier reproche au "*laissez-faire, laissez-passer" *de l'Ecole de Manchester, c'est sa croyance en un ordre naturel, institué par Dieu et la Nature* […] », F. DENORD, *id.*, p. 98.

[1287] « […] *même lorsque la production est régie par le mécanisme des prix, les sacrifices qu'implique le fonctionnement du système peuvent être mis à la charge de la collectivité.* », *Le rapport sur le Colloque Lippmann* cité par F. DENORD, *op.cit.*, p. 122.

[1288] « *La conscience publique veut-elle expansion du secteur public et puissance : l'Etat remplira des services et capitaux susceptibles de les* procurer […] *Tout se passe donc comme si le Souverain imposait ses désirs propres, fins collectives et sociales* […] *Consciente ou inconsciente, cette hiérarchie est ainsi le principe suprême de l'action gouvernementale* », J. RUEFF, *L'ordre social*, *op.cit.*, p. 626.

distinguent par la promotion d'un interventionnisme économique et social particulièrement étendu.

348. Puisque la dynamique du marché découle de l'édification de l'ordre juridique, la prospérité de celle-là dépend du raffinement de celui-ci. A partir des institutions juridiques de la vie économique bâties par le législateur (droit de propriété, régime des contrats), les échanges marchands s'articulent et forgent des équilibres économiques stables[1289]. En outre, les bénéfices de la concurrence supposent une surveillance constante des structures de marché par les autorités publiques à travers une réglementation complexe et évolutive. Le rôle de la puissance publique ne se réduit pas, pour les néo-libéraux français, à l'instauration structurelle de l'économie de marché et à l'organisation de la politique de la concurrence[1290]. En effet, les auteurs français ne prescrivent pas de limites substantielles à l'intervention de la puissance publique sur le marché[1291]. Le libéralisme, insiste Jacques Rueff, désigne une méthode de gouvernement et non un programme politique[1292]. Ainsi, les finalités économiques et sociales que poursuivent les gouvernements autoritaires ne sont pas insusceptibles de l'être par les régimes libéraux, dès lors qu'elles le sont dans le respect de la liberté individuelle et du mécanisme des prix[1293]. Ce n'est pas l'objectif d'une politique publique qui compte mais la manière dont elle est conduite qui importe pour un néo-libéral. Tant qu'il ne contraint pas l'utilisation du droit de propriété par les individus et qu'il n'intervient pas directement sur les prix, le gouvernement peut modeler à sa guise

---

[1289] « *Elle présuppose l'insertion de l'ordre marchand dans des structures institutionnelles ; elle définit le type d'intervention qui correspond à une politique économique libérale : l'Etat fixe le cadre juridique au sein duquel la concurrence se déploie et l'adapte en fonction des transformations économiques et sociales* ; […] », F. DENORD, *Néo-libéralisme, version française. Histoire d'une idéologie politique*, *op.cit.*, p. 105.

[1290] « *Par le champ très large des interventions étatiques qu'il considère comme justifiées, Jacques Rueff se rattache à une branche spécifique du libéralisme, qui est particulièrement présente en Allemagne, l'ordo-libéralisme ou le libéralisme social, ce qu'il appelle lui-même le libéralisme institutionnel.* », P. SALIN, *«* La pensée économique de Jacques RUEFF », *in* F. BOURRICAUD et P. SALIN, *Présence de Jacques Rueff*, Plon, Paris, 1989, p. 131.

[1291] « *A côté de cette intervention sur le cadre juridique, on ne discutera pas davantage le devoir de l'Etat d'intervenir en vue d'assurer des fonctions ou des travaux d'utilité publique qui ne seraient à l'échelle des investissements des particuliers, qui ne seraient pas rentables pour eux ou dont ils ne sauraient s'acquitter sans danger pour la communauté.* », L. ROUGIER, *La Défaite des vainqueurs*, La Diffusion du livre, Paris-Bruxelles, 1947, p. 208.

[1292] « *On qualifie souvent de libéral un gouvernement qui intervient peu dans la vie économique, autrement dit qui ne soustrait que des domaines peu étendus à la souveraineté des titulaires de droits de propriété. L'analyse précédente montre l'inanité de cette conception. Le libéralisme n'est pas un degré de gouvernement, mais une méthode de gouvernement.* », J. RUEFF, *L'Ordre social*, *op.cit.*, p. 638 et suivantes.

[1293] « *Pourvu que cet* "interventionnisme économique" *reste compatible avec le mécanisme des prix, il n'est pas contraire au* "libéralisme constructeur" *ou néo-libéralisme que Rougier continue d'appeler de ses vœux*. », S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, *op.cit.*, p. 169.

le marché[1294]. Le droit du travail et le développement de l'assurance sociale, les interventions de la puissance publique dans le domaine industriel et commercial sont légitimes à partir du moment où ils n'entravent pas le mécanisme des prix. « *Le gouvernement libéral peut donc être aussi social que le veulent les autorités qui le dirigent* »[1295] écrit l'auteur néo-libéral influent, en France, au milieu du XXème siècle[1296].

349. Dans les limites des revenus publics, même l'intervention directe dans le domaine industriel et commercial est justifiée si elle est compatible avec le mécanisme des prix. Certes, l'investissement, par les collectivités publiques, du capital issu des recettes de l'impôt et de l'exploitation du domaine public a des conséquences indirectes sur le niveau de certains prix. Cependant, dans la mesure où elles ne contraignent pas directement le système d'ajustement des prix, les politiques publiques destinées à favoriser l'expansion de l'économie n'entrent pas en contradiction avec la théorie néo-libérale française. La puissance publique est susceptible d'agir sur le marché mais en tant qu'acteur économique ordinaire, libre de l'utilisation de son droit de propriété et respectueux du système des prix[1297]. La formule de « *l'interventionnisme libéral* »[1298], employée à maintes reprises lors du colloque Lippmann, caractérise la réaction néo-libérale et distingue radicalement les néo-libéraux de leurs prédécesseurs classiques[1299].

[1294] « *Aussi le gouvernement libéral pourra modeler à son gré la matière économique*. », J. RUEFF, *L'Ordre social*, *op.cit.*

[1295] « *Un gouvernement libéral peut donc être aussi social que le veulent les autorités qui le dirigent.* », J. RUEFF, *ibid.*

[1296] « *A l'exception considérable de Rueff, les personnalités cataloguées comme néo-libérales n'auront pas une grande influence directe sur les affaires publiques françaises.* », S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, *op.cit.*, p. 170.

[1297] « *Dans cette limite, le gouvernement libéral peut, au seul gré des autorités qui le dirigent, guerroyer ou construire, assister ou assurer, voire même dilapider. Il est libre de ses droits, comme tout propriétaire à l'intérieur de son domaine.* […] *Ses réalisations sociales ne sont nullement limitées par sa nature propre, mais seulement par les ressources dont il dispose, donc par celles qu'il lui plaît de prélever.* », J. RUEFF, *L'Ordre social*, *op.cit.* ; « *Le libéralisme de Bastiat diffère profondément sur ce point du néo-libéralisme moderne qui donne à l'Etat un rôle très important en lui confiant le soin de réviser les données de l'économie de manière à permettre le jeu du mécanisme des prix et de corriger après coup les résultats défectueux du système, notamment en venant en aide aux déshérités.* », L. BAUDIN, cité par S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, *op.cit.*, p. 168.

[1298] « *En ce qui me concerne, je crois que le terme* "interventionnisme libéral" *est bon, parce qu'il marque qu'on admet la nécessité d'une intervention*, […] *c'est bien une direction qu'on impose à l'économie et elle n'est pas incompatible avec le mécanisme des prix.* », intervention de Jacques RUEFF, cité par S. AUDIER, *in Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, Paris, 2012, p. 165, ndb n°2.

[1299] « *Si j'ai bien compris, la différence que vous faîtes entre l'ancien libéralisme et le nouveau libéralisme, c'est le fait que vous reconnaissez un interventionnisme libéral* », M. MORISOT, cité par S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, *op.cit.*, p. 165.

B. La construction du marché par le service public

Dès l'entre-deux-guerres, la crise du libéralisme fait le succès des idées socialistes et conduit certains gouvernements européens à expérimenter le dirigisme économique. En France, face aux velléités interventionnistes susceptibles de rompre avec les fondements de l'ordre libéral institué depuis le XIXème siècle, le Conseil d'Etat fait preuve de résistance. La juridiction administrative autorise les collectivités publiques à favoriser et réguler l'activité économique mais dans le respect des mécanismes du marché (I), ce qui confirme la possible reconnaissance d'un service public économique aux fondements néo-libéraux (II).

I. Développement et régulation du marché par le service public

La remise en cause du postulat libéral classique selon lequel les collectivités publiques s'abstiennent d'intervenir dans l'économie s'est traduite par le recours au service public pour développer (a) ou réguler (b) l'économie.

a. Le service public du développement économique

350. Dès les années 1920, le Conseil d'Etat admet le développement économique comme composante de l'intérêt public. Susceptible de justifier, indépendamment de toute carence de l'initiative privée, l'action de la puissance publique dans les activités industrielles et commerciales, cette tendance annonce la fin de l'emprise du libéralisme classique sur la jurisprudence du Conseil d'Etat puisque les collectivités publiques sont reconnues par principe susceptibles de favoriser l'activité économique[1300]. Par la suite, à travers la notion de service public du développement économique, les collectivités publiques sont autorisées à collaborer avec les différents acteurs du marché voire à intervenir directement sur celui-ci. La puissance publique est dès lors mise au service du marché sans pour autant méconnaître les lois de l'économie.

[1300] « *La période de l'entre-deux guerres a vu s'opérer, en matière d'intervention publiques dans l'économie, une mutation qui est frappante lorsque l'on compare l'état des choses à la veille de la première guerre mondiale, où le libéralisme économique est encore triomphant* […] », P. DELVOLE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1998, n°24, p. 25.

351. La perspective de promouvoir l'essor du marché justifie la collaboration des personnes publiques et des personnes morales de droit privé dans les activités économiques. L'exécution de la mission de service public du développement économique autorise, par exemple, la conclusion entre une commune et une entreprise privée d'un contrat administratif relatif à une opération de décentralisation industrielle[1301]. Cette collaboration peut toutefois tourner à la subordination des moyens publics à des intérêts privés par la mission de service public. La participation à la mission de service public du développement économique permet alors à une personne privée de bénéficier directement, pour son activité commerciale, des services et des financements de la puissance publique. Ainsi, la réalisation de travaux diligentés par une commune pour le compte d'une personne morale de droit privé ne fait pas obstacle à la qualification de travaux publics par la juridiction administrative, dès lors que ces travaux répondent à « *la mission de service public tendant à promouvoir le développement économique* »[1302].

352. Au-delà de la collaboration avec les personnes privées, la notion de développement économique, dont le développement du tourisme local constitue une déclinaison ou un prolongement, peut justifier la prise en charge par les collectivités publiques d'activités commerciales. La juridiction administrative a ainsi admis, sans aucune considération sur l'éventuelle défaillance de l'initiative privée, qu'une commune affecte un gîte rural au « *service public de développement économique et touristique* »[1303] ou qu'une société d'économie mixte développe ses prestations commerciales[1304].

[1301] « *Par le contrat susanalysé, la commune d'Aunay-sur-Odon a pris en charge, dans l'intérêt public, et en utilisant des procédés du droit public, la réalisation de l'ensemble des conditions matérielles d'une opération de décentralisation industrielle jugée utile pour communal ; que, ce faisant, elle assure l'exécution même d'une mission de service public* », CE, 26 juin 1974, *Société La Maison des isolants de France*, Rec., p. 365.

[1302] « *Considérant que les travaux de construction du bâtiment ont été réalisés par la commune de Maire-Levescault pour le compte d'une entreprise privée dans le cadre d'une mission de service public tendant à promouvoir le développement économique et l'emploi ; qu'ils ont de ce fait revêtu le caractère de travaux publics* », CE, 22 juin 2001, *SARL Constructions mécaniques du Bas-Poitou* ; « *Considérant que la circonstance, à la supposer établie, qu'une partie des travaux qui sont à l'origine des dommages invoqués a été réalisée pour le compte d'une société privée est sans incidence dès lors que ces travaux répondaient à une mission de service public tendant à promouvoir le développement économique du territoire ;* », Cour administrative d'appel de Nantes, 4 décembre 2014, *SARL Tweed*, n° 13NT01690.

[1303] CE, 25 janvier 2006, *Commune de la Souche*, n°284878.

[1304] « […] *que si un tel intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché* […] *notamment parce qu'elles permettaient de proposer*

b. Le service public de la régulation

353. Les équilibres économiques entraînés par le libre marché ne sont pas nécessairement socialement optimaux, soit qu'ils aboutissent à des prix trop élevés en raison de l'insuffisance de l'offre, soit qu'ils occasionnent l'apparition d'inégalités nocives pour l'ordre social. Il appartient aux collectivités publiques de réguler le cours des prix par la création de services publics comme l'illustre l'activité communale de commerce d'alimentation.

354. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tel qu'il est interprété au début du XXème siècle par le Conseil d'Etat, réserve les activités industrielles et commerciales à l'initiative privée. En matière d'alimentation, le Conseil d'Etat infléchit sa jurisprudence dès 1924, comme le retrace le Commissaire du gouvernement Josse aux conclusions de l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, puisque le Conseil d'Etat vérifie désormais le caractère particulier des circonstances qui peuvent justifier l'intervention publique[1305]. L'interventionnisme local est donc moins exceptionnel en 1924, qu'il ne l'était à la suite de la jurisprudence *Casanova*. Néanmoins, malgré la pression de leurs administrés pour orienter les prix à la baisse, les communes d'Auxerre et de Nevers ne sont pas autorisées, en 1930, à créer une boucherie[1306] ou un ravitaillement alimentaire[1307]. Josse affirme clairement que la lutte contre la vie chère n'est pas un motif suffisant pour légitimer la création d'une entreprise commerciale par une commune[1308]. Le libéralisme du Conseil d'Etat ne saurait souffrir qu'une collectivité publique intervienne directement sur un marché, bien

---

une offre complémentaire aux congressistes et qu'elles étaient ainsi de nature, comme la mission de service public exercée à titre principal par la société RCCE, à contribuer au développement touristique et économique de la ville et de sa région […] », CE, 5 juillet 2010, n°308564.

[1305] « *Dans son état, votre jurisprudence a atténué ses formules. Il suffit aujourd'hui, pour légitimer le service public, qu'il y ait une circonstance spéciale, particulière. L'évolution est particulièrement nette à propos des commerces de l'alimentation.* », JOSSE, conclusions sous CE, 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S*., 1931, III, p. 77.

[1306] CE, 15 mars 1930, *Connat.*

[1307] CE, 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce en détail de Never, op.cit.*

[1308] « *Ce motif d'ordre général : lutte contre la vie chère, n'est pas suffisant pour légitimer la création par une ville d'une entreprise commerciale qui avec les moyens puissants des finances publiques viendrait avec des armes inégales écraser le commerce libre*. », JOSSE, conclusions sous CE, 30 mai 1930, *op.cit.*, p. 78.

que la sollicitation des pouvoirs publics par « *les consommateurs* »[1309] soit forte. L'année 1933 marque un tournant quant à « *l'observance intégrale et tyrannique du dogme libéral par le Conseil d'Etat* »[1310]. En reconnaissant l'existence d'un intérêt public à maintenir puis à créer un service public de boucherie municipale pour « *ne pas rompre un équilibre économique* »[1311] puis pour « *lutter contre toute hausse excessive des prix* »[1312], le Conseil d'Etat fonde, par les arrêts *Lavabre* du 23 juin 1933[1313] et *Zénard* du 24 novembre 1933[1314], une atténuation au principe de liberté du commerce et de l'industrie sur une argumentation néo-libérale.

355. Afin de remédier à un dysfonctionnement du marché à l'origine d'un désordre social, le Conseil d'Etat privilégie la régulation par les prix pour éviter à la puissance publique d'employer la contrainte. Celle-ci se traduirait en l'espèce par la mise en place d'un rationnement et/ou la détermination unilatérale du prix de la viande. Egalement destinés à faciliter l'accès à une denrée alimentaire essentielle, ces dispositifs contraignants sont incompatibles avec le libre fonctionnement du système des prix (fixation unilatérale du prix de la viande) et le libre usage du droit de propriété (rationnement). La création d'une boucherie municipale permet d'accroître l'offre et donc d'infléchir les prix à la baisse sans enrayer leur mécanisme de libre ajustement et sans entraver la jouissance du droit de propriété. *A contrario*, la commercialisation de glace alimentaire par la *Ville de Charleville* est sanctionnée par le Conseil d'Etat au regard du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Malgré l'existence d'un monopole de fait, la Grande brasserie ardennaise pratiquait une politique des prix destinée à évincer d'éventuels concurrents privés mais ne portait pas préjudice aux intérêts des habitants[1315]. Loin du socialisme municipal craint par certains[1316], en

[1309] « *Le maire déclare seulement qu'il s'agissait d'enrayer la marche ascendante du coût de la vie et il a produit au dossier une pétition, impressionnante par son volume, des consommateurs de la ville tendant au maintien du ravitaillement municipal.* », *ibid*.
[1310] « […] *le Conseil d'Etat abandonne le ton de l'excommunication majeure, et semble admettre que l'intérêt public ne coïncide pas toujours avec l'observance intégrale et tyrannique du dogme libéral.* », R. ALIBERT, note sous CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, *S.*, 1933, III, p. 81.
[1311] RIVET, conclusions sous l'arrêt *Lavabre*, *id*., p. 88.
[1312] *Ibid.*
[1313] CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, *Rec.*, p. 667.
[1314] CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, *Rec*., p. 1100.
[1315] « *Dans la mesure ou le prétendu monopole de la Grande brasserie ardennaise lui servait d'arme contre d'éventuels concurrents privés, il ne touchait pas aux intérêts dont la commune à la charge* […] *Elle n'aurait pu le faire que dans le cas où la Grande brasserie ardennaise aurait pratiqué une politique des prix portant préjudice aux habitants de Charleville.* », JOUVIN, aux conclusions de l'arrêt CE, 4 octobre 1957, *Ville de Charleville*, *D*., 1957, jurisprudence, p. 621.
[1316] « *La création des services municipaux n'a donc pas été le privilège des municipalités socialistes. Lyon, capitale du radicalisme, fut aussi une capitale du municipalisme* », J-J. BIENVENU et L.

instituant une puissance publique « *régulatrice et modératrice des cours* »[1317], l'encadrement de l'interventionnisme communal par le Conseil d'Etat s'apparente davantage à un néo-libéralisme municipal à la française.

356. Les services publics créés par les collectivités territoriales pour réguler le cours des prix alimentaires permettent de situer les origines du service public de régulation, reconnu aujourd'hui par plusieurs auteurs, à l'entre-deux-guerres. Le caractère incitatif de ces services publics, qui consiste à intervenir sur un marché sans perturber le mécanisme d'ajustement par les prix, autorise à rattacher le service public de la régulation[1318] à la tradition néo-libérale française et en particulier à la pensée de Jacques Rueff. Haut fonctionnaire et auteur libéral incontournable en France, Rueff est un des principaux théoriciens du plan[1319]. Or, « *fondamentalement incitative* »[1320], comme le Conseil d'Etat le reconnaît dans son rapport annuel de 2015 relatif à *l'action économique des personnes publiques*, la planification à la française traduit une inspiration diamétralement opposée au dirigisme économique. La jurisprudence libérale du Conseil constitutionnel[1321] et du Conseil d'Etat[1322] n'a ainsi « *jamais reconnu de véritable force juridique aux prescriptions du plan* »[1323].

II. Un service public économique néo-libéral

357. Les notions de service public du développement économique et de la régulation déclinées par le Conseil d'Etat confirment la possible reconnaissance d'une troisième

---

RICHER, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1984, n°2, p. 223.

[1317] « *Voilà donc la Boucherie municipale régulatrice et modératrice des cours*. », R. ALIBERT, note sous CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, *op.cit.*, p. 86.

[1318] Voir notamment : « *Vers la constitution officielle d'une activité de « service public de régulation » »*, L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Thèses, t. 259, Paris, 2008, pp. 499 à 403.

[1319] Sur le fondement juridique des lois de plan, voir l'article 70 de la Constitution de 1958 et l'avis CE du 27 mars 2008, n° 381365.

[1320] « […] *la planification à la française reste fondamentalement incitative* […] », CE, *L'action économique des personnes publiques*, La documentation française, Paris, 2015, p. 71.

[1321] « *Considérant que rien dans les dispositions critiquées ne confère aux prévisions et aux indications qu'elles visent le caractère d'autorisations de recettes ou de dépenses ou de prescriptions engageant les finances de l'Etat ; qu'ainsi, elles ne sont en rien contraires à l'article 34 de la Constitution ou à l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959* […] », CC, Décision n°82-142 DC du 27 juillet 1982, cons. 4.

[1322] « […] *il ressort de* […] *la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification que ce contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit* […] », CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, n° 169557.

[1323] CE, *L'action économique des personnes publiques*, op.cit., p. 71, ndb 183.

catégorie de service public, distincte des SPIC et des SPA. Le service public économique (SPE) consisterait à « […] *imposer aux rapports économiques une certaine direction ou une certaine orientation* […] ». L'objet du SPE déroge au paradigme libéral classique puisqu'il suppose que les collectivités publiques interviennent dans le domaine économique. Le rejet de l'interventionnisme anti-libéral par le Conseil d'Etat explique peut-être que le SPE n'ait jamais été reconnu expressément en droit français. En effet, dégagé par le Commissaire du gouvernement Latournerie à propos de la nature juridique de l'Office national interprofessionnel du Blé créé sous le Front populaire, le SPE a même pu revêtir une connotation socialiste. La définition donnée par le professeur de Corail selon laquelle le SPE « *impose aux rapports économiques* » souligne « *l'illibéralisme* » de ce service public. Le libéralisme refuse toute sujétion à la volonté des pouvoirs publics, *a fortiori* dans le domaine économique. Imposer une direction à l'économie caractérise les régimes dirigistes.

358. Pourtant, réexaminé récemment par le professeur Gilles Lebreton, le SPE pourrait recevoir les faveurs du Conseil d'Etat. Selon l'auteur havrais, depuis l'analyse du professeur de Corail, le SPE aurait évolué à partir de la notion de régulation et non de réglementation. Désormais défini par ses caractères « *invitatif* » et « *partenarial* »[1324], le SPE ne peut plus être assimilé à l'interventionnisme des doctrines constructivistes. Le SPE n'impose rien mais incite, il est donc dépourvu de toute dimension dirigiste. Le « *modèle de la régulation économique* » qui anime désormais le SPE correspond aux modalités d'intervention prescrites par les néo-libéraux. Aucune barrière idéologique ne semble donc empêcher sa reconnaissance explicite en droit français.

359. La liberté du commerce et de l'industrie confère au droit public économique un caractère indéniablement libéral souligné par tous les auteurs. *A contrario,* les limites à la liberté du commerce et de l'industrie, prévues par la loi ou concédées par la jurisprudence du Conseil d'Etat, dans la mesure où elles se traduisent par des interventions de la puissance publique sur le marché, sont souvent présentées comme les déclinaisons d'une idéologie opposée au libéralisme. La « *doctrine interventionniste* », fruit de l'héritage colbertiste et inspirée par les idées socialistes, serait ainsi conciliée avec la tradition libérale française par de « *subtils équilibres* » entre « *les deux principes*

[1324] G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 124.

antagonistes » qui structureraient le droit administratif français. Le service public économique bâti sur le modèle de la régulation serait « *la concrétisation de la recherche d'une troisième voie, à mi-chemin de l'interventionnisme et du libéralisme* »[1325]. L'analyse de la pensée néo-libérale semble au contraire, permettre d'ancrer les limites à la liberté du commerce et de l'industrie dans la tradition libérale elle-même. Depuis les arrêts du Conseil d'Etat des années 1930 jusqu'aux décisions les plus récentes en droit public des affaires, l'intervention publique ne semble guidée par d'autre objectif que celui d'améliorer et de perpétuer la vie économique, dans le respect de ses mécanismes du marché. Aucun des services publics étudiés, qu'il s'agisse des services publics locaux institués en vue de combler la carence de l'initiative privée, des services publics nationaux destinés à améliorer l'information nécessaire aux agents économiques pour effectuer des choix rationnels ou du service universel communautaire ne contreviennent aux prescriptions des théoriciens néo-libéraux à condition qu'ils soient soumis à l'ordre concurrentiel.

360. La philosophie économique libérale (ou néo-libérale) déclinée par le Conseil d'Etat depuis les années 1930, selon laquelle les collectivités publiques ne sauraient intervenir dans l'économie que pour suppléer les forces du marché, semble également imprégner les décisions des organes communautaires comme l'illustre l'encadrement de l'attribution des aides d'Etat. Ainsi, la Cour de justice invoque la défaillance « *du jeu des lois du marché* » pour justifier l'intervention publique dès son arrêt *Philip Morris* du 17 septembre 1980[1326], et la Commission énonce clairement en 1992 « *qu'elle doit être convaincue que les forces du marché à elles seules ne suffiraient pas* »[1327] pour reconnaître la légitimité d'une aide d'Etat. Ce test de la défaillance des forces du marché « *n'est pas sans rappeler en droit français celui de la carence ou de l'insuffisance de l'offre privée* », inauguré par la jurisprudence de *Never*[1328]. Le service du marché autorisé en droits interne et communautaire révèle, que la conception néo-libérale de l'intervention publique précède la Construction européenne. La soumission

[1325] *Id.*, 130
[1326] CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris c/ Commission*, aff. C-730/79, points 16 et 17.
[1327] Commission européenne, décision n° 94/483/CEE du 24 juin 1992.
[1328] « *La prise en compte croissante par le droit de l'Union européenne d'une défaillance du marché pour l'identification d'un SIEG ne peut laisser indifférents les spécialistes du droit administratif. Il est tentant d'y voir un prolongement de la jurisprudence Ville de Nevers* », A. CARTIER-BRESSON, « La carence de l'initiative privée », *in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015, p. 75 ; M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 2015, n°241, p. 182.

des modalités de l'intervention de la puissance publique aux règles du marché le confirme.

SECTION 2 LA SOUMISSION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AU MARCHÉ PAR LE SERVICE PUBLIC

361. La révérence des néo-libéraux à l'égard de l'économie de marché est telle qu'ils n'entendent soustraire aucun pan de l'organisation sociale à son ordonnancement. La théorie des deux mondes, chère aux auteurs libéraux classiques, est inopérante pour les néo-libéraux. Il n'y a pas, d'un côté, le domaine économique par essence et, de l'autre, la sphère publique insusceptible d'être régie par les lois du marché. Aucun principe d'hétérogénéité ne sépare les relations humaines et sociales exposées aux lois de l'économie de celles qui leur échapperaient. Parce que la définition néo-libérale du marché n'est pas matérielle ou substantielle, toute tentative de le circonscrire à un champ déterminé est récusée. Le marché se caractérise par la seule règle abstraite et formelle qui l'anime : le processus concurrentiel[1329].

362. Spontané ou artificiel, l'ordre du marché est supérieur à tout autre système d'organisation, d'allocation ou d'ajustement en vertu de la loi de la concurrence. Pour autant, l'intervention de la puissance publique n'est pas disqualifiée. Aucun domaine des relations humaines et sociales n'est imperméable à la règle concurrentielle, mais le gouvernement est légitime à poursuivre certains objectifs tout en la respectant. Par ailleurs, dans la société, le jeu de la concurrence peut plus ou moins bien opérer. Toute une série d'obstacles de nature juridique, géographique, démographique, technique, historique, etc. freinent l'expansion de l'économie de marché et le règne de la concurrence libre et, surtout, non faussée. Il appartient à la puissance publique de surmonter ces difficultés et de maintenir le cadre le plus adapté à l'effectivité de la règle

[1329] « *Or pour les néolibéraux, l'essentiel du marché ce n'est pas dans l'échange* […] *Il est ailleurs. L'essentiel du marché, il est dans la concurrence.* […] *Car en fait qu'est-ce que la concurrence ? Ce n'est absolument pas une donnée de nature* […] *En réalité la concurrence ne doit ses effets qu'à l'essence qu'elle détient, qui la caractérise et qui la constitue* […] *Elle les doit à un privilège formel. La concurrence, c'est une essence. La concurrence c'est un eidos. La concurrence c'est un principe de formalisation.* », M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Cours au collège de France, *op.cit.*, pp. 122-124.

concurrentielle[1330]. A travers la notion de régulation, l'intervention publique rétablit un processus ou un équilibre concurrentiel. Les néo-libéraux ne formulent donc aucune opposition de principe à l'idée que les collectivités publiques entreprennent des activités à concurrence des autres agents économiques, à condition que le régime du service public prescrive le respect du droit du marché[1331]. A cette condition, l'intervention de la puissance publique proprement dite ne perturbe pas l'ordre concurrentiel. Elle peut même être tenue de le renforcer par le service public.

L'évolution de la notion de service public en droit interne et communautaire convertit le régime de l'intervention publique au droit du marché. Au-delà de viser une gestion concurrentielle des affaires publiques (§1), le service public assujettit, au tournant du XXIème siècle, l'acte de puissance publique à l'ordre concurrentiel (§2).

§1 - La conversion de l'intervention publique à la gestion concurrentielle par le service public

Normes de fond et règles procédurales composent le droit du marché. Le développement de la vie économique exige la sécurité des échanges par le respect du droit de propriété, des contrats et de la responsabilité. L'égalité entre les différents acteurs de l'économie est, par ailleurs, assurée par des procédures de mise en concurrence. A cet égard, le droit de la commande publique garantit l'accès concurrentiel des personnes publiques sur un marché. Par ailleurs, la conformité des affaires de la puissance publique au droit du marché suppose la compétence du juge judiciaire et l'application du régime de droit commun à ses immixtions. Soumis au droit commun par la notion de service public industriel et commercial, le droit des services publics satisfait l'exigence de gestion privée de la puissance publique depuis les années 1930 (A). En amont de la subordination des activités économiques des personnes publiques au droit commun, l'accès de la puissance publique au marché est désormais conditionné au respect du jeu concurrentiel au travers de la mission de service public (B).

[1330] « *Le gouvernement doit accompagner de bout en bout une économie de marché.* », *id*., p. 125.

[1331] « *Il est très difficile de garantir que de telles entreprises seront traitées par l'Etat sur un pied d'égalité avec les entreprises privées, alors que c'est à cette condition seulement que leur existence peut ne pas soulever d'objection de principe.* », F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté, op.cit.,* p. 225.

A. La gestion concurrentielle des affaires publiques par le service public industriel et commercial

Alors que la notion de SPIC justifie l'application du droit commun aux interventions de la puissance publique sur le marché (I), la contingence de la catégorie des SPIC exclut toute circonscription des activités marchandes de la puissance publique (II).

I. La soumission de l'intervention publique au droit commun par la notion de SPIC

363. Bâtie par la doctrine au début des années 1930, la théorie des services publics industriels et commerciaux annonce l'« interventionnisme libéral » recommandé par les néo-libéraux français. De plus en plus sollicitées, les incursions de la puissance publique dans l'économie ne sauraient, au travers des privilèges du droit de l'Administration, méconnaître les règles de la concurrence[1332]. En substituant l'application du droit commun à l'exorbitance du régime public, le service public industriel et commercial est l'instrument du compromis néo-libéral de l'entre-deux-guerres : plus d'intervention publique, moins d'entrave au droit du marché. Pour dégager la notion de SPIC, Jean Delvolvé et Pierre Laroque s'appuient sur les propos du Commissaire du gouvernement Matter aux conclusions de l'arrêt *Bac d'Eloka* du Tribunal des conflits[1333] et sur l'arrêt du Conseil d'Etat *Société générale d'armement*[1334]. En marge des fonctions assumées naturellement par la puissance publique qui justifient l'application d'un droit spécial, les activités industrielles ou commerciales entreprises par les collectivités publiques sont soumises au droit commun des contrats et de la responsabilité appliqué par le juge judiciaire. La construction rétrospective de la notion de SPIC consacre la théorie de la gestion privée dans les

[1332] « *Par ses services d'ordre industriel ou commercial, l'administration pénètre dans le domaine où règne la libre concurrence. Elle doit y entrer sur un pied d'égalité, suivant les règles de droit commun.* », J. DELVOLVE, *S.*, 1932, III, p. 99, note sous les arrêts du 4 décembre 1931, *Delle Dumy* et du 29 janvier 1932, *Kuhn* ; « […] *il semble que ce soit J. Delvolvé, l'un des principaux* "découvreurs" *de l'arrêt du* Bac d'Eloka *qui, pour la première fois, utilise l'expression en 1932, soit 11 ans après les faits.* », A.S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, p. 1060.
[1333] TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *S.*, 1924, III, p. 34, conclusions Matter.
[1334] CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, *RDP*, 1922, p. 80.

services publics inaugurée par Romieu aux conclusions de l'arrêt *Terrier*[1335]. Avant la formulation de la notion de SPIC, la compétence juridictionnelle et le régime applicable dépendent du choix des collectivités publiques en vertu de la liberté de gestion dont jouit l'administration. Jusqu'au début des années 1930, la puissance publique est libre de se conformer ou pas au droit du libre marché, dès lors qu'elle entreprend des activités susceptibles de l'être également par des personnes privées. L'arrêt *Bac d'Eloka* n'invente donc pas la théorie de la gestion privée de la puissance publique, mais il est utilisé par la doctrine libérale afin d'imposer à la puissance publique une gestion respectueuse du marché lors de ses entreprises industrielles et commerciales[1336].

364. Dominés par un régime de droit commun[1337], les SPIC sont assimilés à des entreprises commerciales ordinaires. Conformément aux conditions posées par les auteurs néo-libéraux, les personnes juridiques intervenant sur un marché pour le compte de la puissance publique, qu'il s'agisse des collectivités publiques elles-mêmes ou des personnes privées par la concession de service public ou l'agrément, développent des relations économiques dans les mêmes termes que leurs concurrents. Leurs rapports aux autres agents économiques ainsi qu'à leurs usagers sont régis par le droit commun. Sur le marché, aucune rupture d'égalité n'est opérée en faveur des personnes publiques et au détriment des concurrents privés. Pour autant, le droit public n'est pas totalement étranger au régime des SPIC, puisque que le Conseil d'Etat considère le statut du directeur des SPIC et du comptable public, d'une part, et le règlement d'organisation du

---

[1335] « *La distinction du service public proprement dit et du service industriel ou commercial assumé par l'administration a été posée depuis longtemps par la jurisprudence. Dans ces conclusions sous l'arrêt Terrier, M. le commissaire du gouvernement Romieu l'invoque pour distinguer la gestion publique de la gestion privée.* », J. DELVOLVE, note sous les arrêts du 4 décembre 1931, *Delle Dumy* et du 29 janvier 1932, *op.cit.,* p. 97 ; « *Par-delà la légende échafaudée autour de cette affaire on peut se demander s'il n'existe pas une réalité incontestable : un cas de gestion privée de la Puissance publique.* », A.S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *op.cit.,* p. 1061.

[1336] « *C'est donc parce que la personne publique ne se comportait pas comme elle le devrait que le juriste libéral désirait la soumettre « tel un industriel ordinaire » au droit privé* », M. TOUZEIL-DIVINA, « Eloka : sa colonie, son wharf, son mythe… », *in* G. KOUBI et S. KODJO-GRANDVAUX, *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, p. 320 ; « *C'est le rôle de la notion de SPIC. Dès lors dès qu'un service* "par nature" *est industriel ou commercial l'administration est tenue d'utiliser le droit privé* […] *La radiographie de la légende du Bac d'Eloka montre que les promoteurs de la théorie du SPIC combattent au fond la possibilité pour l'Administration de choisir son régime juridique* […] *La création par la doctrine de la notion de SPIC comme catégorie juridique visait principalement à réintroduire une certaine limitation objective de l'Etat* […] », A.S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *op.cit.,* pp. 1070, 1072 et 1080.

[1337] « *Cette nouvelle catégorie de services publics sera soumise à un régime juridique particulier construit à partir d'une application substantielle du droit privé, qui tend de plus en plus vers une présomption renversée d'administrativité, en faveur d'un bloc de compétence judiciaire.* », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, *op.cit.*, p. 7.

service public, d'autre part, comme des actes de puissance publique proprement dits. Dans la mesure où ses actes sont relatifs à l'instauration et à l'organisation du SPIC, ils régissent davantage les rapports verticaux entre la puissance publique et ses démembrements que les relations horizontales entre les différents acteurs du marché. Le caractère exorbitant du régime juridique dont ils relèvent n'emporte donc pas directement d'effets anticoncurrentiels sur le marché. En outre, la distinction organisation/fonctionnement que l'on peut retenir pour identifier le régime applicable aux actes des SPIC recoupe la différence établie par les néo-libéraux français entre les interventions de structure du marché et les interventions de fonctionnement du marché.

II. La contingence des SPIC, porte ouverte à la gestion privée des affaires publiques

365. La théorie des SPIC permet à la puissance publique d'intervenir dans l'économie tout en se soumettant au droit du marché. A cet égard, le SPIC exerce une fonction néo-libérale et illustre bien la période du capitalisme d'Etat qui court du début des années 1930 à la fin des années 1960[1338]. Pourtant, la découverte des SPIC semble corroborer la dichotomie libérale classique entre les activités marchandes et non marchandes. En effet, l'émergence des SPIC consacre corrélativement la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux. Celle-ci suppose que dans la société, certaines fonctions sont réservées par nature aux collectivités publiques et justifient l'application du droit administratif. Les activités qui s'apparentent davantage à la vie économique, qualifiées d'industrielles et commerciales, sont régies par le droit commun, même si elles sont investies par la puissance publique. Les auteurs néo-libéraux refusent cette différentiation artificielle parmi les activités humaines. L'économie de marché a vocation à s'étendre à l'organisation sociale dans son ensemble. Nul domaine de la vie sociale, en général, et de l'action publique, en

[1338] « […] *la solution dégagée en 1921 reflète plus le résultat de la prédominance de la thèse politique du non interventionnisme que l'expression d'une technique juridique* », M. TOUEIL-DIVINA, « Eloka : sa colonie, son wharf, son mythe… », *op.cit.*, p. 320 ; « *En se dotant d'un arsenal d'institutions destinées à agir sur l'économie, la France ne se comportait pas autrement que les autres pays capitalistes* […]. *Elle fit largement fond sur l'intervention de l'Etat et sur la planification* […]. *Le marché et le crédo libéral n'en survécurent pas moins et purent agir avec vigueur aux côtés de nouveaux organismes publics* […]. *Ce qui se dégagea en France au début des années cinquante fut une synthèse nouvelle* […] *qu'il faudrait définir comme une économie politique néo-libérale.* », R.F. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France, modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, NRF, Paris, 1981, pp. 410 et 411.

particulier, ne saurait ontologiquement échapper à la pénétration de la règle concurrentielle et aux bienfaits du marché. La distinction SPA/SPIC risque de sanctuariser une partie de l'intervention publique puisque les services publics administratifs sont voués à une gestion publique exorbitante du droit du marché.

366. La notion de SPIC telle qu'elle anime la jurisprudence du Conseil d'Etat impose, certes, l'application du droit commun aux entreprises industrielles et commerciales de la puissance publique, mais sans, pour autant, consacrer l'existence des catégories immuables de services publics. Contrairement à ce qui est présenté le plus fréquemment par la doctrine[1339], la soumission des interventions de la puissance publique au droit commun ne résulte pas de l'identification de la nature industrielle et commerciale du service. Comme l'a démontré le professeur Mescheriakoff en 1988[1340], c'est l'analyse du contexte de gestion privée qui prescrit la qualification de service public industriel et commercial[1341]. La question que pose l'auteur : « *le SPIC est-il une espèce de service public dont découle la gestion privée, ou à l'inverse, le SPIC n'est-il que le reflet d'un état de gestion privée ?* » peut sembler susciter une querelle doctrinale stérile. La réponse est fondamentale pour déterminer quelle logique, libérale ou néo-libérale, sous-tend le droit public économique français. Si la nature du service public précède le type de gestion, la distinction entre activités marchandes et activités non marchandes est avérée, la théorie des deux mondes est validée. En revanche, si la qualification du service dépend des conditions d'exploitation de celui-ci, la nature du service public n'est pas immuable et aucune limite à la sphère marchande n'est posée de manière irrémédiable. Le raisonnement développé par les juges du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat dans les arrêts *Bac d'Eloka* et *Société générale d'armement* ne s'appuie jamais sur la prétendue catégorie des services publics industriels et commerciaux. Pour déterminer la compétence juridictionnelle et la nature du droit applicable, les

[1339] « *Il faut bien comprendre que la distinction spa/spic est née d'une scission au sein d'une catégorie unique, celle des services publics et que la catégorie des spic a été constituée, dans un premier temps, par un prélèvement sur le stock des services publics existant.* », J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU et C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, Lexisnexis, Manuel, Paris, n°122, 2012, p. 67 ; « *L'innovation fondamentale de l'arrêt* Société commerciale de l'Ouest africain *consiste précisément dans l'application de la notion de gestion privée à des services publics pris dans leur ensemble ; on parlera alors de* "services publics industriels et commerciaux" […] », M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *GAJA*, Dalloz, n°36, 2013, p. 224.

[1340] A.S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *op.cit.*, p. 1059.

[1341] « *Ce qu'il convient de retenir de cette explication, c'est que la notion de service public industriel n'est que le reflet d'une gestion privée et non une catégorie juridique spécifique qui détermine la nature de la gestion.* », A.S. MESCHERIAKOFF, *id.*, p. 1068.

Commissaires du gouvernement se bornent à l'analyse des conditions d'exploitation du service concerné. En outre, le faisceau d'indices utilisé depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques* pour déterminer la nature du service public donne lieu à une jurisprudence contingente qui dépend de la « *réalité économique* »[1342] de l'activité concernée. Ainsi, la requalification au gré de l'évolution de la jurisprudence ou par l'intervention du législateur de services publics administratifs en services publics industriels et commerciaux confirme que le SPIC ou le SPA n'existe pas en soi. La Manufacture des tabacs de Bordeaux dont le wagonnet renversa la petite Agnès Blanco aurait sans doute été considérée comme un SPIC après 1921 et donc la compétence judiciaire et le droit commun retenus pour traiter du litige en responsabilité[1343]. En raison du monopole exercé par l'Etat, le service public de la Poste et des télécommunications est qualifié de SPA par le Tribunal des conflits en 1968[1344], alors que dans le contexte qui précède la libéralisation des services postaux, la même activité devient un SPIC en 1993[1345]. De même, selon les critères de la jurisprudence *Union syndicale des industries aéronautiques*, le service public de l'équarrissage gratuit et obligatoire créé en 1996 ne peut être qu'un service public administratif, jusqu'à ce que la CJCE assimile la taxe qui repose sur la grande distribution pour le financer à une mesure parafiscale qualifiée d'aide d'Etat accordée aux agriculteurs français[1346]. Contraint de corriger les effets anticoncurrentiels du

[1342] « […] *des hésitations de cette nature sont levées lorsqu'on constate l'existence d'une véritable entreprise, avec les éléments matériels et même psychologiques qui caractérisèrent cette réalité économique. La constitution de l'entreprise implique une organisation, interne particulière, des procédés de commandement, des méthodes de travail, des rapports humains qui ne sont pas ceux du service public administratif* », M. LAURENT, conclusions sous l'arrêt CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *D.*, 1956, II, p. 761.

[1343] « *Considérant d'autre part, que l'article 1er de L'ordonnance du 7 janvier 1959, portant réorganisation des monopoles fiscaux des tabacs et allumettes a institué le* "service d'exploitation industriel des tabacs et allumettes", *S.E.I.T.A et l'a constitué en établissement public à caractère industriel et commercial.* », CE, 12 janvier 1968, *Sieur X*, n°64212.

[1344] « *Cons. que les services dépendant de cette administration présentent, à raison de leur mode d'organisation et des conditions de leur fonctionnement, le caractère de services publics administratifs de l'Etat.* », TC, 24 juin 1968, *Consorts Ursot contre ministre des P. et T.*, *Rec*., p. 798.

[1345] « […] *que la responsabilité de la Poste est ainsi recherchée sur le fondement de fautes qu'elle aurait commises dans la gestion du service industriel et commercial, sans que soit mis en cause l'exercice de la prérogative de puissance publique d'émettre des timbres-poste qu'elle tient du législateur ; d'où il suit que le litige ressortit à la juridiction judiciaire* […] », TC, 22 novembre 1993, n°02816.

[1346] « *En l'occurrence, en instituant le service public de l'équarrissage, les autorités françaises ont eu pour objectif d'assurer que la collecte et l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs reconnus impropres à la consommation humaine et animale revêtent un caractère obligatoire et gratuit pour les usagers de ce service.* […] *Dans ces conditions, il est évident qu'une telle mesure favorise les exportations françaises de viande et affecte les échanges intracommunautaires. Il y a donc lieu de répondre à la question posée que l'article 92, paragraphe 1, du traité doit être interprété en ce sens qu'un régime tel que celui en cause au principal, qui assure gratuitement pour les éleveurs et les abattoirs la*

service public de l'équarrissage, d'une part, et d'introduire de la concurrence dans l'organisation de cette activité assurée, jusqu'alors hors marché, d'autre part, le législateur a modifié le financement du service de l'équarrissage afin qu'il devienne un SPIC rémunéré par une cotisation incombant directement aux éleveurs. La nature du service public et la détermination du régime juridique applicable dépendent en réalité de l'état d'avancement ou d'expansion de l'économie de marché dans le secteur concerné. Dès lors que le processus concurrentiel est suffisamment avancé, ou qu'il est imposé, afin que l'initiative privée fournisse potentiellement des services comparables à ceux assumés par la puissance publique, celle-ci se trouve dans « *des conditions d'exploitation identiques à celle d'un industriel privé* ». Quand l'existence d'un marché est avérée, la qualification du SPIC est justifiée et le régime applicable est incontournable.

367. La contingence de la distinction SPA / SPIC permet de ne pas exclure définitivement une activité de l'application du droit du marché. En cela, l'on peut constater une certaine filiation entre les jurisprudences nationales relatives à la nature du service public, d'une part, et celles du Tribunal et de la Cour de Justice de l'Union européenne relatives à la notion d'entreprise, d'autre part. Si selon une jurisprudence bien établie par la Cour, la notion d'entreprise, révélatrice au demeurant de l'état de « *l'ordre concurrentiel* »[1347], désigne « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* »[1348], celle-ci s'apprécie selon que l'activité concernée est exercée ou non dans des conditions de marché, comme l'explique l'avocat général aux conclusions de l'arrêt de la CJCE *Fenin c/* Commission du 11 juillet 2006[1349]. Parce la définition d'une entreprise (soit d'une activité économique) dépend d'un examen *in concreto,* une activité longtemps considérée comme n'étant pas économique peut le devenir. Le professeur Karpenschif souligne ainsi que l'utilisation des infrastructures aéroportuaires n'a constitué une activité économique qu'à compter des années 2000, alors qu'avant leur financement

---

collecte et l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs, doit être qualifié d'aide d'État. », CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO,* aff. C-126/01, *Rec*. CJCE I-13769.

[1347] L. IDOT, « La notion d'entreprise, révélateur de l'ordre concurentiel », *in Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 253.

[1348] CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, point 21.

[1349] « *Ce n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement être exercée dans des conditions de marché, mais le fait que l'activité est exercée dans des conditions de marché* […] *C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un* marché […], » conclusions présentées le 10 novembre 2005, sous CJCE, 11 juillet 2006, *Fenin c/Commission*, aff. C-205/03, point 13.

était exonéré du respect des règles du traité[1350]. La casuistique de la jurisprudence communautaire autorise donc une acceptation toujours plus large de la notion d'activité économique, mais le raisonnement suivi par les organes communautaires est similaire à celui des juges nationaux relatif à la nature industrielle et commerciale du service public. Le néo-libéralisme du juge communautaire prolonge celui du juge national.

Conçue à l'aube des années 1930, la théorie des SPIC ne consacre pas l'existence de deux catégories immuables de services publics. En revanche, elle impose à la puissance publique d'agir conformément aux lois du marché dans les secteurs où celui-ci est suffisamment établi pour que l'application du droit administratif favorise la puissance publique au détriment des autres acteurs économiques. Le caractère à la fois contingent et empirique de la qualification industrielle et commerciale du service ouvre « *une brèche* »[1351] dans « *la théorie libérale classique des deux mondes* » susceptible d'entraîner, à terme, la soumission de l'ensemble des affaires publiques au droit du marché, conformément au vœu des néo-libéraux et à l'inspiration du droit de l'Union européenne.

B. L'accès concurrentiel de la puissance publique au marché par le service public

En amont de l'application du droit commun aux activités industrielles et commerciales des collectivités publiques, un intérêt public doit justifier l'immixtion publique sur le marché, et le droit de la commande publique garantir le caractère concurrentiel de celle-ci. Alors que le principe de l'intervention publique sur le marché est souvent admis par l'intermédiaire de la mission de service public qui incombe aux personnes publiques (I), les collectivités publiques sont d'autant plus contraintes par les procédures de mise en concurrence que l'activité qu'elles assument est qualifiée de service public (II).

[1350] « *Au demeurant, l'évolution des besoins des consommateurs, le changement des comportements des agents sur un marché donné, la libéralisation d'un secteur,* […] *peuvent conduire à ce qu'une activité longtemps considérée comme n'étant pas économique le devienne. Topique à cet égard est l'utilisation des infrastructures portuaires […] jugée à partir des années 2000, comme constitutive d'une activité économique* […] », M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'Etat*, *op.cit*., n°34, p. 24.
[1351] G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *op.cit.*, p. 114.

I. L'accès au marché par la mission de service public

368. En vertu du principe traditionnel de liberté du commerce et de l'industrie, quand un secteur d'activité s'apparente à un marché à raison de la concurrence des initiatives privées, il n'est pas susceptible d'être investi par les personnes publiques, à moins que la compétence publique soit prévue par la loi. Néanmoins, depuis le milieu des années 1930, le Conseil d'Etat admet la prise en charge d'une activité économique par une collectivité publique si elle constitue « *l'accessoire* »[1352] ou « *le complément* »[1353] d'une mission de service public légalement conférée à la personne publique concernée. Depuis, les entreprises de la puissance publique dans les domaines industriels et commerciaux sont nombreuses si elles ne sont pas dénuées de tout lien avec un service public assumé par les collectivités publiques, même quand ce lien se réduit à l'équilibre financier du service public[1354]. Au-delà de toute carence de l'initiative privée ou de toute compétence octroyée par la loi, la mission de service public est bien l'élément juridique qui justifie que les personnes publiques entreprennent des activités économiques. La mission de service public ouvre dès lors l'accès de la puissance publique à des marchés concurrentiels tout en préservant la spécificité de l'action des personnes publiques. En effet, depuis l'avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000 selon lequel « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* »[1355] et malgré les recommandations de *la section du rapport et des études* pour qui « *l'intervention économique des personnes publiques sur un marché ne peut être régie par le seul principe de libre concurrence* »[1356], le risque de banalisation totale de l'intervention publique existait comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*[1357]. En s'appuyant, dans l'arrêt *Société Armor SNC* du 30 décembre 2014, sur le prolongement de la mission de service public, constitutif de l'intérêt public, auquel doit

[1352] CE, 29 mai 1936, *Société des entrepreneurs de couverture contre Ville de Bordeaux*, *Rec*., p. 622.
[1353] CE, 12 avril 1935, *Société des glaceries toulousaines et du Bazacle contre Ville de Toulouse, Rec*., p. 512.
[1354] CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes d'Artois-Lys*, n°249995.
[1355] CE, avis du 8 novembre 2000, *Société J-L. Bernard Consultant*, n°222208.
[1356] CE, *Collectivité publiques et concurrence. Rapport public 2002*, La Documentation française, Paris, 2002, p. 264.
[1357] CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, *AJDA* 2009, p. 2006, note Dreyfus.

répondre la prise en charge d'une activité économique par une collectivité publique[1358], le Conseil d'Etat neutralise le risque de délitement du sens de l'action publique. Au travers de cette jurisprudence, le lien entre l'accès des personnes publiques aux marchés et la mission de service public est indéniablement renforcé et l'interprétation traditionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie préservée[1359]. L'intervention des personnes publiques dans l'économie est donc toujours subordonnée à l'existence d'un intérêt public, même s'il convient de veiller au contenu que cette notion tend à recouvrir[1360].

II. La subordination de la puissance publique au droit de la commande publique par la mission de service public

369. L'harmonie entre l'intervention publique et l'ordre concurrentiel ne résulte pas seulement de l'application du régime de droit commun aux activités industrielles ou commerciales des collectivités publiques. Au-delà des règles de fond, elle exige le respect de procédures de mise en concurrence des collaborateurs de la puissance publique dans l'exécution des affaires publiques. Le respect du principe d'égalité entre les différents partenaires potentiels de l'administration, par la mise en place d'un appel d'offre et d'une publicité préalable au choix des collectivités publiques, renforce l'intégrité de l'ordre concurrentiel. Partie intégrante du droit du marché, le droit de la commande publique s'impose à l'intervention des collectivités publiques au travers du droit communautaire[1361] et de dispositions de droit interne. Cependant toutes les interactions de la puissance publique dans la vie économique ne sont pas soumises aux règles procédurales contraignantes qui encadrent principalement la passation des marchés publics et des délégations de service public. Par exemple, afin de valoriser leur patrimoine et de contribuer au développement économique de leur territoire, les

[1358] « […] *les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local ; que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge* […] », CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, *AJDA* 2015, p.7.
[1359] Voir *supra*, n°335.
[1360] Voir *infra*, n°376.
[1361] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98.

collectivités publiques proposent aux personnes privées ou publiques d'occuper une partie de leur domaine public afin qu'elles y exercent des activités économiques. Les concessions domaniales des collectivités publiques ont potentiellement des effets sur le marché puisque leurs bénéficiaires sont susceptibles d'être des opérateurs économiques « *sur un marché concurrentiel* »[1362]. Or, tant que l'occupation privative n'emporte pas l'exécution de missions de service public, elle échappe à la qualification de délégation de service public et donc aux procédures de mise en concurrence, comme l'illustre une jurisprudence établie du Conseil d'Etat depuis le début des années 2000[1363]. Dans la conduite de leurs affaires, les collectivités publiques tentent donc de contourner la qualification de délégation de service public pour s'exonérer du respect des règles de la commande publique[1364]. L'occupation d'un bâtiment situé sur le domaine public de la Ville de Paris par la *Société Nouvelle du Théâtre de Marigny* ne constitue pas une délégation de service public dans la mesure où la convention d'occupation ne prévoit pas de droit de regard de la collectivité publique sur la programmation de la société privée[1365]. L'exploitation du domaine de la Croix-Catelan par la société Lagardère SCA Paris Racing résulte d'une occupation privative du domaine public sans obligation de service public, en dépit de la fréquentation du club sportif par les élèves des écoles de la commune[1366]. *A contrario*, ce n'est que quand le juge administratif identifie une mission

---

[1362] « *Considérant, en troisième lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel* », CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris* et *Association Paris Jean Bouin*, n°338272.

[1363] « […] *vous avez jugé que l'activité du restaurant L'Orée du bois à Paris n'était pas un service public, qu'il ne pouvait, dès lors, constituer une délégation de service public. Vous en avez déduit que la convention d'exploitation de ce restaurant sur le domaine public constituait une simple concession domaniale échappant aux obligations de la loi Sapin* », C. BERGEAL, conclusions sur l'arrêt CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph », RFDA*, juillet-août 2000, p. 798 ; CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, op.cit.* ; « *Le Conseil d'Etat a cependant jugé que les autorisations d'occupation du domaine public ne sont pas soumises à une procédure de mise en concurrence même lorsque l'occupant est un opérateur agissant sur un marché concurrentiel.* », S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op.cit.*, p. 515.

[1364] « *Au final, par ce montage qui évite la requalification en DSP, la ville de Paris obtient d'excellentes conditions de valorisation de son patrimoine via la convention d'occupation domaniale* […] », P-E. SPITZ, « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA*, 2007, p. 954.

[1365] TA Paris, 10 mai 1995, *Société Nouvelle du Théâtre de Marigny*, req. n°93-14100/3.

[1366] « […] *qu'il ne ressort pas de l'instruction que la ville de Paris ait eu la volonté, en autorisant la société Lagardère SCA à occuper le site de la Croix-Catelan, de lui confier une mission de service public ; que, d'une part, la ville de Paris n'a pas entendu encadrer la gestion du complexe sportif implanté sur cette dépendance de son domaine public, et n'a pas assigné à son cocontractant des objectifs ou obligations en matière sportive relevant d'une mission de service public, notamment par des prescriptions relatives aux horaires d'ouverture ou aux tarifs, par la définition des activités sportives à y accueillir, ou*

de service public qu'il requalifie les occupations privatives du domaine public en délégation de service public afin de faire droit aux obligations de la commande publique. Les obligations d'encadrement de la baignade confiées à la *SARL plage « Chez Joseph »* justifient ainsi le caractère de délégation de service public de l'occupation privative d'une plage publique et impliquent donc le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence[1367].

370. Ce lien entre mission de service public et respect de la concurrence conduit à une jurisprudence peu lisible de la part du Conseil d'Etat. Alors que la Cour d'appel administrative de Paris a considéré que la convention d'occupation d'installations sportives municipales conclue entre la Ville de Paris et une association sportive a le caractère d'une délégation de service public[1368], le Conseil d'Etat annule étonnamment ce jugement[1369]. En effet, au regard de l'existence du service public du sport, d'une part, et de la contribution importante des associations à ce service public tant au niveau national que local, la solution des juges d'appel est intuitive[1370]. En revanche, le refus du Conseil d'Etat de reconnaître la mission de service public semble davantage motivé par les conséquences d'une solution opposée que par la logique du droit et l'intégrité de l'ordre juridique. Les collectivités publiques et le Conseil d'Etat semblent nier l'existence juridique d'une mission de service public, pourtant socialement vraisemblablement effective, dans le seul but de contourner les règles concurrentielles qui enserrent les collectivités publiques. Inversement, le Conseil d'Etat, pour introduire de la concurrence dans un secteur lucratif et exposé aux risques de conflits d'intérêt, retient la qualification de délégation de service public pour l'exploitation d'un casino[1371], quand bien même l'organisation de jeux d'argent ne constitue pas un service public selon une jurisprudence, par ailleurs, bien établie[1372]. Il n'en demeure pas moins

---

par l'obligation de fréquentation par des publics spécifiques ou d'accueil d'un club résident », CAA Paris, 11 avril 2013, *Association Racing Club de France*, n°12PA01504.

[1367] CE, 21 juin 2000, *SARL plage chez joseph*, n°212100.

[1368] « […] *qu'est ainsi caractérisée la volonté de la ville de confier à l'occupant des installations cette mission de service public, dont elle entendait veiller à la continuité* », CAA de Paris 25 mars 2010, Association Paris Jean Bouin, n°09PA01920.

[1369] CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris - Association Paris Jean Bouin*, n°338272.

[1370] « […] *en écartant la délégation de service public (DSP) dont la ville ne voulait pas alors qu'elle pouvait sembler naturelle s'agissant d'un centre sportif et d'un parc de loisirs* […] », P-E. SPITZ, *op.cit.*, p. 957.

[1371] G. PELLISSIER, « Les conventions d'exploitation des casinos : des délégations de service public sans services publics », note sous l'arrêt CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, *RJEP*, n°700, août 2012, commentaire 41.

[1372] CE, 12 mai 1922, *Ville de Saint-Malo*, *Rec*., p. 413 ; CE, 18 janvier 1924, *SA du Grand casino municipal de Saint-Malo*, *Rec*. p. 58.

que si la mission de service public permet l'accès des personnes publiques à la commande publique, la délégation de service public emporte également le respect des procédures de mise en concurrence, contrairement aux simples occupations privatives du domaine public.

371. Le contentieux des concessions domaniales n'est pas le seul qui prouve que la mission de service public attire l'application du droit de la concurrence. La création d'un groupement d'intérêt public (GIP) permet à au moins une collectivité publique de s'associer avec une ou plusieurs personnes morales de droit privé en vue d'exercer une activité. L'existence d'un intérêt public à la poursuite de cette activité est indispensable, mais rien n'interdit au GIP d'intervenir sur un marché. La soumission de la création d'un GIP aux procédures de publicité et de mise en concurrence est donc légitime. Or, le Conseil d'Etat par l'arrêt du 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé environnement*, exonère la création d'un GIP du respect des dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT, au motif que l'activité que le groupement est destiné à reprendre constitue une mission de service public exercée jusqu'alors seulement à titre facultatif par le Département de l'Allier[1373]. Autrement dit, s'il s'était agi d'un service public obligatoire assuré par la collectivité publique, la création du GIP aurait été soumise à la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par la loi[1374].

L'analyse de la jurisprudence invite donc à affirmer que c'est bien au travers du service public, que la concurrence s'impose à la puissance publique. Un néo-libéral au Conseil d'Etat puiserait donc dans la notion de service public et, plus particulièrement, dans la mission de service public, tant pour justifier l'intervention des personnes publiques sur un marché que pour s'assurer de la conformité de leurs incursions au droit du marché.

[1373] « […] *le département de l'Allier, qui a ainsi renoncé à mettre en œuvre de telles activités dans le cadre de ses missions de service public exercées à titre facultatif, ne peut être regardé comme ayant confié la gestion d'un service public dont il a la responsabilité à un délégataire public ou privé ; que, par suite, le moyen de la Société Carso-Laboratoire santé hygiène environnement tiré de ce que la conclusion de la convention constitutive de ce groupement devait être précédée de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales doit être écarté* », CE, 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé*, *AJDA*, 2010, p. 2380, conclusions F. LENICA.

[1374] « *Ici en effet, l'opération de transfert d'activité au profit du GIP ne peut en rien être qualifiée de délégation de service public (DSP). Cette qualité aurait été automatiquement acquise, selon nous, si l'activité en cause avait revêtu le caractère d'un service public obligatoire à la charge du département*. », F. LENICA, conclusions sous l'arrêt CE, 10 novembre 2010, *id.*, p. 2382 ; « A contrario, *il semble possible de déduire de l'arrêt Société Carso que dans l'hypothèse où un GIP serait chargé d'une mission de service public, il n'échapperait pas à l'application de la loi Sapin* […] », S. BERNARD, « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », *RJEP*, mai 2011, p. 31.

§2 - L'assujettissement de l'intervention publique à l'ordre concurrentiel par le service public

Le rejet de la distinction entre les activités marchandes et non marchandes par les néo-libéraux bouleverse de manière fondamentale les relations entre le droit de la puissance publique et le droit de la concurrence. En effet, les auteurs néo-libéraux ne peuvent se satisfaire du respect des procédures de mise en concurrence et de l'application du régime de droit commun aux interventions de la puissance publique seulement quand celle-ci décide d'entreprendre directement ou indirectement des activités économiques. Cette proposition suppose littéralement qu'il existe des activités économiques par nature et que le marché ne recouvre pas l'ensemble des fonctions susceptibles d'être assumées par la puissance publique. Or, pour les néo-libéraux, l'ensemble de l'action administrative doit se soumettre à un ordre concurrentiel même si celui-ci est plus ou moins effectif. Le marché est un concept dynamique dont l'état résulte d'un processus de découverte et c'est la raison même de l'économie de marché que d'absorber un nombre toujours plus important d'activités, de services, de relations humaines et sociales. Les collectivités publiques sont légitimes à intervenir dans les domaines où le développement du marché n'est pas maximal ou en vue d'atteindre des objectifs d'intérêt général déterminés par la procédure démocratique. Cependant, parce que le marché est susceptible de se développer partout, l'acte de puissance publique, c'est-à-dire l'acte administratif, doit toujours veiller à ne pas perturber ou condamner la progression du marché.

A partir de la fin du XXème siècle, puisque l'acte administratif est subordonné à l'ordre économique au travers de la dévolution de service public (A), la puissance publique est destinée à rétablir l'ordre concurrentiel par la compensation de service public (B).

A. *La soumission de l'acte administratif à l'ordre concurrentiel par la dévolution de service public*

Jusqu'à l'arrêt du Conseil d'Etat *Million et Marais* du 3 novembre 1997, l'application du droit de la concurrence est cantonnée par la juridiction administrative aux activités économiques des collectivités publiques en vertu de la distinction libérale entre les comportements marchands et non marchands de la puissance publique. La déconstruction de ce postulat par le Commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl aux conclusions de l'arrêt *Million et Marais* (I) permet au Conseil d'Etat de soumettre l'acte de puissance publique à l'ordre économique conformément à la logique néo-libérale (II).

I. La déconstruction du postulat libéral par les conclusions néo-libérales du Commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl

372. Consacré par les traités communautaires[1375] et affiné par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes[1376], le droit de la concurrence s'impose aux autorités publiques également en vertu des dispositions législatives de l'Ordonnance de 1986 et des règles de la commande publique contenues dans la loi Sapin de 1993. Au regard de l'article 53 de l'Ordonnance de 1986 qui dispose que « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* », la jurisprudence du Tribunal des conflits et des juridictions administratives réserve, jusqu'à la fin de l'année 1996[1377], l'application du droit de la concurrence à l'intervention des collectivités publiques pour autant qu'elles se comportent comme des opérateurs économiques sur un marché. Le Tribunal des conflits, à propos de la répartition du contentieux des actes du Conseil de la concurrence entre la Cour d'appel de Paris et les juridictions administratives[1378], comme le Conseil d'Etat, quant à

[1375] Art. 101 *TFUE*.
[1376] CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72 ; CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed*, aff. 66/86 ; CJCE, 13 février, 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76.
[1377] TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport c. Ligue nationale football*, *AJDA*, 1997, p. 142 ; CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances, AJDA*, 1997, p. 204.
[1378] « *Considérant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services ; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau*

l'application des règles de fond, distinguent, parmi les actes pris par les personnes publiques, ceux qui sont la manifestation « *d'agissements* »[1379] sur le marché, des actes de puissance publique proprement dit pris en amont de toute intervention dans l'économie. Ces derniers, en raison de leur nature, ne sont pas susceptibles, par eux-mêmes, de fausser le jeu de la concurrence puisqu'ils agissent en dehors de la sphère économique[1380]. Ils sont donc exonérés du respect des règles de concurrence. Cette jurisprudence reflète la conception libérale de l'économie qui consiste à distinguer la sphère marchande, d'une part, des fonctions qui relèvent de la puissance publique, d'autre part. La progression du marché dans la société n'est pas exclue pour autant. Le respect du droit de la concurrence par le droit de la puissance publique dépend de l'interprétation plus ou moins extensive de la notion « *d'activité de production, de distribution et de service* ». Ainsi, la précision du champ d'application de l'article 53 de l'Ordonnance de 1986, par la disposition de la loi du 8 février 1995 « *notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* »[1381], confirme que le cocontractant de l'administration, délégataire d'une mission de service public, doit être considéré comme un opérateur ordinaire sur un marché dont les actes sont soumis au droit de la concurrence. Au travers de la jurisprudence ou de la loi, l'étendue des activités économiques des collectivités publiques croît, mais la puissance publique demeure asservie au droit du marché en tant qu'opérateur économique. Une ouverture potentielle de l'intervention publique au droit de la concurrence est possible au regard de l'Ordonnance de 1986 mais nécessairement limitée, dans la mesure où elle ne s'applique qu'à la puissance publique prestataire de service.

373. Aux conclusions des arrêts du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, *Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres et Sociétés Million et Marais*, le Commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl s'attaque à cette conception libérale qui repose

---

à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité ; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et qu'il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance susvisée. », TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, *Rec*., p. 293.

[1379] « *La cour d'appel de Paris n'est juge, de par la loi, que des décisions du Conseil de la concurrence, dont le contrôle ne porte que sur des agissements ou des pratiques anticoncurrentielles auxquels se livrent des opérateurs économiques, qu'ils soient de droit public ou de droit privé.* », J-H. STAHL, Conclusions sur les arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*, *RFDA*, 1997, p. 1228.

[1380] « […] *que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* […] », CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, *Rec*., p. 225.

[1381] Loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, art. 6.

sur « *un postulat fragile* »[1382] consistant à nier les conséquences de l'acte de dévolution d'un service public sur l'ordre concurrentiel. Afin de mettre, de manière très transparente et explicite, la juridiction suprême devant « *un véritable choix de politique jurisprudentielle* »[1383], le Commissaire du gouvernement invite le Conseil d'Etat à ne pas traiter le litige sur le plan de l'interprétation de l'article 53 de l'Ordonnance de 1986 mais à répondre à une question « *d'essence presque philosophique* »[1384] relative aux relations entre l'acte de puissance publique proprement dit et l'environnement concurrentiel. Pour Jacques Henri Stahl, la vision traditionnelle du service public déployée par le Conseil d'Etat ne prend pas suffisamment en compte les effets des modalités d'organisation du service public sur « *le milieu économique extérieur* »[1385]. L'acte de dévolution du service public, susceptible de confier à un opérateur des privilèges comme des droits exclusifs, doit être considéré comme pouvant en lui-même fausser le jeu de la concurrence. Derrière le droit de l'organisation du service public, « *se cache* »[1386] la règle qui interdit aux collectivités publiques de mettre une entreprise en situation d'abuser d'une position dominante, car au-dessus de l'intervention publique, domine l'ordre concurrentiel auquel est assujettie la puissance publique.

II. La logique néo-libérale clairement adoptée par le Conseil d'Etat à partir de l'arrêt *Million et Marais*

374. Le raisonnement développé par le Commissaire du gouvernement et suivi par le Conseil d'Etat est néo-libéral. En effet, la subordination de l'organisation du service public par les collectivités publiques au droit de la concurrence suppose qu'il existe un ordre concurrentiel que la puissance publique est tenue de respecter dans toutes ses manifestations. L'intégration du droit de la concurrence à la légalité administrative ne

[1382] « *Plus fondamentalement, et au-delà de l'interprétation de l'article 53, le postulat selon lequel l'acte juridique de dévolution d'un service public ne serait pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, nous semble fragile dans sa généralité.* », J-H. STAHL, Conclusions sur les arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*, *op.cit.*, p. 1233.
[1383] « *Nous avons conscience que notre proposition déborde le cadre de la simple technique juridique et qu'elle engage un véritable choix de politique jurisprudentielle.* », *id.*, p.1234.
[1384] « *Votre raisonnement peut sans doute se recommander de deux arguments techniques, et aussi d'une inspiration plus générale, d'essence presque philosophique.* », *ibid.*
[1385] « *Mais là n'est pas l'essentiel de votre vision du service public, qui est d'abord centrée sur l'usager et qui ne prend qu'accessoirement en considération l'impact que peuvent avoir les modalités d'organisation du service sur le milieu économique extérieur.* », *ibid.*
[1386] « *Pour autant, nous pensons que ces dispositions cachent en réalité une autre règle* […] », *ibid.*

concerne pas seulement l'organisation du service public mais bien l'ensemble des actes administratifs comme l'annonce Jacques Henri Stahl, à plusieurs reprises, dès ses conclusions de 1997[1387] et comme le confirme la jurisprudence du Conseil d'Etat à la suite de l'arrêt *Million et Marais*[1388]. L'acte de dévolution du service public a servi de pont entre les activités économiques de la puissance publique et les actes administratifs proprement dits. C'est à travers la notion de service public que le droit de la concurrence a intégré irrémédiablement la légalité administrative. Comme le reconnaissent les auteurs des GAJA, « *c'est l'autorité administrative qui est elle-même abusive dans l'adoption d'une mesure qui lui est propre* » avant de saluer la « *réconciliation du droit administratif et du droit de la concurrence* » par ce revirement qui assujettit pourtant explicitement l'acte administratif à l'ordre concurrentiel[1389]. L'intervention publique jouit à partir des années 2000 d'une nouvelle légitimité de nature néo-libérale qui justifie la transformation du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Aucune raison juridique n'est opposable à l'égale concurrence entre les personnes publiques et les personnes privées, dès lors que l'intervention de la puissance publique, en tant qu'opérateur économique comme en tant que puissance ordonnatrice et organisatrice, est soumise au droit de la concurrence. La nouvelle interprétation du principe de liberté du commerce et de l'industrie à la suite de l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de* Paris est une conséquence logique du revirement de jurisprudence néo-libéral de 1997[1390]. L'intervention de la puissance publique est désormais intégralement

---

[1387] « *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.* » et « […] *il visera à garantir que les actes administratifs, notamment ceux de dévolution ou d'organisation d'un service public, n'ont pas pour effet, en eux-mêmes et par principe, de placer un opérateur économique en situation de méconnaître les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986, notamment celles qui prohibent l'abus de position dominante*. », *ibid.*

[1388] CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec*. p. 446, conclusions Stahl.

[1389] « […] *c'est l'autorité administrative qui est elle-même abusive dans l'adoption d'une mesure qui lui est propre. Ainsi, avec et depuis l'arrêt* Société Million et Marais*, se réalise ce qu'on peut appeler une* "réconciliation" *du droit administratif et du droit de la concurrence.* », M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *GAJA*, *op.cit.*, p. 735.

[1390] « *On assisterait alors à une nouvelle conception de l'interventionnisme public et de son contrôle par laquelle la surveillance de l'administration s'exercerait moins par rapport au marché sur le fondement d'une directive de* "non concurrence", *qu'à l'intérieur du marché sur le fondement d'une directive* "d'égale concurrence". *Ce faisant, l'administration sera appelée à revoir ses privilèges d'intervention (fiscaux, financiers, juridiques...) plutôt que le principe même de son intervention. Mais, sur cette nouvelle base, faut-il regarder la jurisprudence administrative sur les conditions d'une égale concurrence à partir de la jurisprudence Million et Marais comme une jurisprudence substitutive, vouée à remettre en cause l'interprétation classique de la liberté du commerce et de l'industrie devenue anachronique, et développer une justice commune à tous les acteurs ?* », B. FAURE, « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », note sous CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, *RFDA*, 2004, p. 299.

conçue au service de l'économie de marché[1391]. Puisque l'acte de puissance publique proprement dit ne peut plus méconnaître le droit de la concurrence, la notion même d'intérêt public (c'est-à-dire l'objectif poursuivi par l'action publique) est altérée. En effet, alors que le Conseil d'Etat fait preuve d'un certain utilitarisme benthamien[1392] en soumettant une déclaration d'utilité publique à un bilan coûts / avantages par la jurisprudence *Ville nouvelle Est* du 28 mai 1971[1393], il décline, depuis l'arrêt *Million et Marais*, une conception néo-libérale de l'intérêt public indissociable de la notion d'ordre concurrentiel.

B. Le rétablissement de l'ordre concurrentiel par la compensation de service public

Au début des années 2000, le droit de la concurrence est pleinement intégré à la légalité administrative. Ce tournant néo-libéral majeur autorise l'autorité publique à poursuivre des objectifs d'intérêt général sans perturber le jeu concurrentiel. En quoi consistent ces objectifs d'intérêt général ? L'effectivité de la concurrence n'est jamais maximale. Des réalités géographiques, sociales et historiques génèrent certaines discontinuités sur un marché. Dans le cadre de la libéralisation des activités de réseaux, par exemple, la difficulté d'accès de certaines zones, la précarité de certaines populations, ou la présence d'un opérateur historique s'apparentent à des entorses à la concurrence libre et non faussée. Les zones éloignées comme les populations démunies sont des désavantages comparatifs qui limitent le développement du jeu concurrentiel entre différents opérateurs économiques. L'existence d'installations de réseaux et de moyens publics à disposition d'un opérateur historique constitue, à l'inverse, un avantage qui fausse également le jeu concurrentiel. Or, le rôle des autorités publiques en

[1391] L'expression « économie de marché » est d'ailleurs pour la première fois utilisée au sein du Conseil d'Etat par le Commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl aux conclusions de l'arrêt *Million et Marais* : « *La seconde raison qui milite à nos yeux pour que vous infléchissiez votre jurisprudence tient à ce que nous souhaitons que vous puissiez continuer de jouer votre rôle dans l'élaboration du droit des services publics. 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.* », J-H. STAHL, Conclusions sur les arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais, op.cit.,* p. 1235.

[1392] Voir E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, t. 2, *L'évolution de la doctrine utilitaire de 1789 à 1815*, puf, Paris, 1995.

[1393] CE, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, *Rec*., p. 409, concl. Braibant.

économie de marché consiste à identifier et à surmonter les obstacles au développement de la vie économique et à l'équilibre concurrentiel.

Le recours à la mission de service public permet à la puissance publique de rétablir l'intégrité de l'ordre concurrentiel (I) par des interventions dont la mesure est contenue dans la notion de compensation de service public (II).

I. Le rétablissement de l'intégrité du marché par la mission de service public

La mission de service public assumée par la puissance publique permet de combler le déficit concurrentiel présenté par les agents économiques exclus du marché (a) ou au contraire, de compenser des externalités positives créées par les acteurs du marché (b).

a. Le déficit concurrentiel comblé par le service public

375. En raison de la situation anticoncurrentielle qui les caractérise, certains acteurs économiques potentiels sont situés en dehors du cadre du marché. Les missions de service public assumées par les collectivités publiques ont pour fonction de les réintégrer à l'économie de marché. La notion communautaire de service d'intérêt économique général traduit d'ailleurs la finalité économique des objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités publiques. Ainsi, quand des consommateurs situés dans des zones difficilement accessibles ne peuvent bénéficier de l'offre concurrentielle des différents opérateurs économiques, la puissance publique est légitime à définir et financer des obligations de services publics destinées à leur réinsertion dans la vie économique. De même l'exclusion de certains actifs du marché de l'emploi en raison de leur qualification insuffisante ou inadaptée justifie les obligations de service public des organismes chargés de la formation professionnelle, ou de l'insertion sur le marché du travail. Destinée à réintégrer des agents économiques dans l'ordre concurrentiel, la mission de service public s'apparente à une intervention positive des pouvoirs publics.

376. Ainsi au regard des dispositions générales[1394] ou spéciales[1395] des Traités communautaires comme des instruments de droit dérivé[1396], la puissance publique peut intervenir dans l'économie pour combler un désavantage concurrentiel auquel sont exposées certaines parties du territoire de l'Union ou de la population au travers des notion de service public d'intérêt économique général (SIEG) ou de mission de service public. Afin de poursuivre la réalisation d'un espace de concurrence, les autorités publiques sont donc fondées à investir les entités publiques ou privées d'obligations de service public, selon la définition donnée par le Conseil dans le règlement du 26 juin 1969[1397]. Les notions de construction, d'entretien et d'expansion de l'espace de concurrence européen sont constitutives de l'intérêt public communautaire que sert le financement des services de la puissance publique au sein de l'Union européenne. En ce qu'il illustre le caractère indissociable entre l'objectif de libéralisation des activités de transport dans l'Union et le besoin de financement, par la puissance publique, de certaines obligations de service public, le règlement du Conseil de l'Union européenne du 23 octobre constitue ainsi « *le point d'orgue* » de la symbiose entre l'ouverture à la concurrence de certaines activités et la notion de compensation d'obligation de service public[1398].

[1394] Art. 107 § 3, TFUE ; « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* », art. 106, § 2 *TFUE*.

[1395] « *Sont compatibles avec les traités les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* », art. 93, *TFUE*.

[1396] CEE, règlement n°1191/69 *relatif à l'action des Etats membres en matières d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route, par voie navigable* ; règlement n°1893/ 91 du 20 juin 1991 ; règlement n°2408/1992 *concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires*.

[1397] « *Par obligation de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions.* », CEE, règlement n°1191/69, *op.cit.*

[1398] « *Ces législations spéciales, dont le point d'orgue est sans conteste le règlement OSP (CE) n°1370/2007 du 23 octobre 2007 en ce qu'il fait le lien entre les objectifs de libéralisation des activités de transport et le financement des obligations de service public* […] *Partant, la question de la pertinence de l'application du droit des aides d'Etat à l'ensemble des moyens financiers alloués par les autorités nationales aux entreprises soumises à des obligations de service public s''est posée avec une acuité de plus en plus grande…au rythme de l'ouverture à la concurrence de ces activités !* », M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'Etat*, *op.cit.*, p. 89, n°109.

b. Les externalités positives intégrées au fonctionnement du marché par le service public

377. Au-delà d'une intervention matérielle des autorités publiques destinées à compenser un déficit concurrentiel qui exclut certains acteurs de l'économie de marché, la mission de service public peut se traduire par le financement d'un manque à gagner alloué à un opérateur économique en raison des externalités positives qu'il crée sur un marché. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis la légalité d'une subvention publique conférée à un concessionnaire chargé de construire et d'exploiter l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes car l'exploitation de l'ouvrage public ne saurait lui garantir « *une rentabilité normale* » de son activité économique[1399]. Le Conseil d'Etat invoque dès lors directement, et pour la première fois dans les motifs de sa décision, le fonctionnement de l'économie de marché[1400]. En effet, en raison « *des externalités positives sur l'économie et son environnement* »[1401] de l'exploitation d'un aéroport, « *aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer la construction de cet ouvrage en se finançant uniquement par son exploitation* »[1402]. Parce qu'elle rétablit l'intégrité du fonctionnement de l'économie de marché, la subvention échappe donc à la qualification d'aide d'Etat. Sa légalité n'est donc pas contestée. Le Conseil d'Etat fait ainsi, dans l'arrêt du 13 juillet 2012 *Communautés de communes d'Erdre et Gesvres* une stricte application d'une notion néo-libérale : la compensation d'obligation de service public.

378. Qu'elle s'apparente à une intervention de la puissance publique ou à la compensation d'obligation de service public supportée par un opérateur privé sur un marché, la mission de service public sert l'intégrité du fonctionnement de l'économie de

[1399] CE, 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres*, n°347073, 347170, 350925.
[1400] Il est à cet égard intéressant d'observer l'évolution des références à « l'économie de marché » depuis 1997 par le Conseil d'Etat : elle est d'abord évoquée par le commissaire du gouvernement J-H Stahl dans ses conclusions sous l'arrêt *Million et Marais*, puis elle figure ensuite dans les visas des décisions du Conseil d'Etat et enfin depuis l'arrêt de 2012 précité dans l'exposé des motifs.
[1401] CE, 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvre*, *op.cit.*
[1402] « […] *qu'aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer la construction de cet ouvrage en se finançant uniquement par son exploitation sur longue durée, sans obtenir un complément de fonds publics seul à même de lui permettre de bénéficier d'une rentabilité normale pour le secteur d'activité, sous condition d'atteindre les prévisions d'exploitation ; qu'ainsi, la subvention ayant pour objet de compenser le coût de la construction imposée par les pouvoirs publics à raison d'externalités positives que l'exploitant ne pourra valoriser, la première des conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice tenant en la compensation d'obligations de service public clairement définies doit être regardée comme satisfaite* », *id.*, cons. 21.

marché. Elle est l'instrument privilégié du « *capitalisme d'Etat* »[1403] déployé par les institutions communautaires.

II. La mesure de l'intervention publique déterminée par la compensation de service public

379. Si le principe de l'intervention publique par les obligations ou les missions de service public est justifié dans les Etats de l'Union européenne par la notion de service d'intérêt économique général, la mesure de l'intervention est précisément déterminée au travers de la grille de calcul de la compensation de service public dessinée par les arrêts *Ferring*[1404] et *Altmark*[1405] de la CJCE. Les soutiens publics accordés aux organismes chargés de missions de service public échappent à la qualification d'aide d'Etat à la double condition que ces mesures soient strictement requises pour couvrir les coûts des obligations de service public[1406] imposées et qu'elles soient attribuées selon une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire[1407]. La compensation d'obligation de service public permet d'intégrer le financement des SIEG au fonctionnement normal du marché. A partir du moment où la compensation de service public correspond scrupuleusement à la charge de service public et qu'elle est calculée au moyen d'une procédure aussi transparente que le serait le marché s'il fonctionnait de manière optimale – s'il avait permis d'allouer la ressource nécessaire au besoin de service public concerné –, le soutien public est une simple et stricte compensation d'obligation de service public qui rétablit le fonctionnement concurrentiel du marché. Dans ces

---

[1403] « *Le « capitalisme d'Etat »* […] *: le droit pour les Etats membres d'intervenir dans la vie économique par le biais de nationalisation, de privatisations, de création d'entreprises publiques ou de prises de participations, etc., sans que les règles libérales du traités ne s'y opposent.* », M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'Etat, op.cit*., p. 71, n°88.

[1404] CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, I-9067.

[1405] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, I-7747.

[1406] « *Le financement public doit répondre à un principe de nécessité, c'est-à-dire qu'il doit s'élever à ce qui est strictement requis pour couvrir les coûts des obligations de service public* […] », C. BOUYATEB, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, LGDJ, 3ème éd., Issy-Les-Moulineaux, 2014, p. 328

[1407] M. KARPENSCHIF, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligation de service public ? », *Petites affiches*, 30 mars 2004, n°64, p. 4 ; « […] *la Cour va confirmer l'approche compensatoire dans son arrêt Altmark en ne suivant pas son avocat général et en donnant naissance à une nouvelle notion, distincte de celle d'aide d'Etat : la notion de compensation de service public.* », C. BOUYATEB (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne. Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne,* Lextenso, Issy-Les-Moulineaux, 2014, p. 725.

conditions, la compensation de service public n'est donc pas une aide d'Etat – qui par définition porte atteinte au fonctionnement du marché – et ne doit pas être notifiée à la Commission. En intégrant les missions de service public au fonctionnement normal du marché, la jurisprudence *Altmark* « *engendre une dynamique normative* »[1408] reflète l'orientation néo-libérale de l'Union européenne au sein de laquelle les activités d'intérêt général sont financées par les personnes publiques dans des conditions strictement définies par le marché et dans le but de rétablir le fonctionnement optimal de celui-ci[1409]. Le financement des SIEG prescrit en droit communautaire rétablit le fonctionnement concurrentiel du marché. La sphère des activités d'intérêt général soutenues par les personnes publiques n'est plus extérieure au marché mais intégrée à celui-ci. Dégagée par la jurisprudence communautaire, le calcul de la compensation d'obligation de service public est appliqué par le Conseil d'Etat conformément à la jurisprudence *Altmark*[1410]. Il dicte le financement des services publics assumés par les collectivités publiques en droit interne selon le cadre juridique rappelé par l'instruction du Ministre de l'Intérieur en date du 28 mars 2014[1411].

380. Au travers de la notion de service public (mission, obligation, compensation), le financement européen des services d'utilité publique est donc très clairement néo-

---

[1408] *« Favorable en apparence aux services publics, la jurisprudence Altmark a ainsi engendré une dynamique normative restrictive de la part de la Commission »,* A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 264, Paris, 2010, n°254, p. 434.

[1409] « […] *la Cour tranche une question fondamentale et toujours débattue : celle des modalités de financement des « services publics » dans une Europe Libéralisée.* », M. KARPENSCHIF, in M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, puf, 2ème éd., Paris, 2014, n°68, p. 324.

[1410] « *Considérant, en deuxième lieu, que le montant de la subvention accordée à la société Aéroports du Grand Ouest a été déterminé dans le cadre d'une procédure transparente de publicité et de mise en concurrence* […] *sur la base de données objectives, le niveau de subvention sur lequel ils pouvaient prendre le risque de s'engager afin d'atteindre un niveau de rentabilité satisfaisant sur la durée de la concession, dans l'hypothèse où les prévisions d'exploitation seraient atteintes* », CE, 13 juillet 2012, *op.cit* ; « […] *toutefois, que, pour les raisons exposées ci-dessus, il appartient au juge saisi d'un litige relatif à une convention de délégation de service public conclue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, de s'assurer que* […] *la durée désormais légalement limitée en fonction de la nature des prestations ou, dans le cas où les installations sont à la charge du délégataire, en fonction de l'investissement à réaliser,* […] », CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux* ; « *Il ressort de ces décisions que la prolongation de durée n'est possible que si elle correspond à la durée d'amortissement des investissements et qu'elle garantit que le bénéfice du délégataire est* "raisonnable" *(conformément au critère dégagé par la CJCE dans son arrêt du 24 juillet 2003,* Altmark […] *)* », E. GEFFRAY, conclusions sur l'arrêt CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, RFDA,* 2009, p. 456.

[1411] *Note d'information : instruction relative aux obligations de rapport sur l'application par les collectivités territoriales du droit de l'Union européenne relatif aux aides publiques octroyées aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG),* NOR : INT/ B/ 14/ 04669/N ; « *Il faudra en effet attendre la circulaire du 4 juillet* 2008 […] *et, tout dernièrement, la publication d'une instruction le 28 mars 2014* […] *pour que les potentialités qu'offre l'arrêt du 24 juillet 2003 soient enfin clairement posées aux collectivités locales.* », M. KARPENSCHIF, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, op.cit.,* n°368, p. 328.

libéral. Cela étant l'orientation de l'Union européenne ne bouleverse pas la jurisprudence du Conseil d'Etat qui en convient sans aucune résistance (voire parfois l'anticipe), ce qui, au demeurant et parvenu au terme de cette étude, n'est guère étonnant puisque l'emprise libérale (puis néo-libérale) de la notion de service public sur le droit public français précède très largement la construction communautaire.

Conclusion du chapitre 2

381. Corrélativement au renouveau de la pensée libérale, le Conseil d'Etat développe depuis les années 1930 un droit de l'intervention publique dont l'essence peut être qualifiée, à certains égards, de néo-libérale. Il est relayé et systématisé, par les institutions communautaires dans la seconde partie du XXème siècle, notamment en ce qui concerne l'encadrement du financement des services publics au sein de l'Union européenne. Autorisées à s'immiscer dans la vie économique, les collectivités publiques sont tenues par l'objectif d'entretenir ou de rétablir le fonctionnement du marché. La remise en cause du principe de non concurrence traditionnellement invoqué à l'égard des personnes publiques s'explique par leurs prédispositions à servir l'économie de marché[1412]. Voué à se développer, le service du marché par les pouvoirs publics n'est pas pour autant libéré. Il est contraint par le processus concurrentiel. Alors que la théorie des SPIC assure une gestion concurrentielle des affaires publiques, l'acte de dévolution de service public a permis d'assujettir la prérogative de puissance publique au droit de la concurrence. Soumises à un régime juridique respectueux de la concurrence, les personnes publiques sont susceptibles d'intervenir dans l'économie dans une mesure strictement nécessaire au rétablissement de l'intégrité de l'ordre concurrentiel. Déterminée par la notion de compensation de service public, déclinée par les institutions européennes depuis l'arrêt *Altmark*, l'intervention publique est strictement subordonnée au modèle du marché.

382. L'infléchissement néo-libéral du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, confirmé par la jurisprudence *Ordre des avocats au Barreau de Paris* de 2006, découle de l'intégration du droit de la concurrence à la légalité administrative depuis l'arrêt *Million et Marais* de 1997. Cette évolution est concomitante à la remise en cause de la dichotomie libérale classique entre les activités marchandes et non marchandes. Ainsi la distinction encore établie par le Conseil d'Etat entre les activités de marché et celles situées « hors commerce » perd de son sens. L'activité de conseil juridique auprès des collectivités publiques[1413] et l'agrégation d'informations sur le prix

[1412] G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Paris, 2006.
[1413] CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, op.cit.*

de l'essence à destination des consommateurs[1414] peuvent nécessairement faire l'objet d'un commerce. Pourtant, le Conseil d'Etat les considère « hors marché » afin d'autoriser les personnes publiques à les entreprendre sans violer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'on constate dès lors un décalage entre le sens des décisions du Conseil d'Etat et la nature des motifs qu'il emploie. Les solutions des arrêts *Ordre des avocats au barreau* de Paris du 31 mai 2006 et *Sigmalis* du 16 juillet 2014 sont profondément hayékiennes : tant que l'intervention publique renforce le cadre juridique et cognitif nécessaire au bon déroulement de l'échange économique, elle est bienvenue. Contrairement à la lettre des arrêts, les initiatives du gouvernement ne sont pas justifiées par la nature des activités mais par leur fonction en économie de marché. Les services publics en cause dans les arrêts précités ont vocation à améliorer les connaissances des agents économiques, tant en ce qui concerne le droit en vigueur que le prix des biens. Ainsi l'intervention de l'Etat renforce le cadre institutionnel du déroulement de l'échange économique. Plus les informations sur les prix sont nombreuses et les modalités de passation des contrats maîtrisées, plus l'activité économique est intense. Selon les néo-libéraux, le marché ne jouxte pas le domaine non marchand, mais le cadre juridique, sur lequel peuvent agir les autorités, englobe et façonne le marché. Toute activité humaine est susceptible d'être régie par l'échange économique à condition que le cadre institutionnel le permette. Plus les pouvoirs publics affûtent ce cadre, plus le marché prospère. Ce n'est donc pas parce que la mission d'appui aux contrats de partenariats ou le portail des prix créés par le gouvernement sont « hors commerce » qu'ils sont autorisés, mais parce qu'ils servent au fonctionnement de l'économie de marché.

383. Pour que les motifs du Conseil d'Etat correspondent au sens de ses solutions, il devra cesser de distinguer les activités « dans » et « hors » marché pour lui substituer une définition de l'intérêt public à l'action économique des personnes publiques : susceptible de favoriser l'ordre concurrentiel (intérêt public) ou pas. La création d'une mission d'appui à la passation de contrats particulièrement technique, ou la mise en place d'un portail d'agrégation des prix pourront dès lors être justifiées par leur contribution au développement économique. Le néo-libéralisme du Conseil d'Etat gagnera alors en cohérence et en lisibilité. Car le malaise certain qui caractérise sa conception du rôle des personnes publique en économie de marché est confirmé par la

[1414] CE, 16 juillet 2014, *Sigmalis*, *op.cit.*

lecture des pages 78 à 80 de son rapport public consacré à *l'action économique des personnes publiques* de septembre 2015[1415]. Le Conseil reconnaît qu'il s'agit d'une *« question conceptuelle des plus difficiles »*[1416] et trace une cartographie de cette action à partir de cercles concentriques qui révèlent que, selon lui, les activités sont plus ou moins économiques. Cependant ce flou théorique contraste avec les directives opérationnelles contenues dans le rapport à destination des personnes publiques. Or, devant la cohérence des objectifs néo-libéraux et au sein de l'Union européenne dont l'idéologie est clairement affichée et assumée[1417], appliquer sans comprendre peut être source des plus grands tourments[1418].

[1415] Voir CE, *L'action économique des personne publiques, op.cit*. pp. 78 à 80.
[1416] « *La question conceptuelle la plus difficile à appréhender est celle des actions* mixtes […] », *id*., p.77.
[1417] A titre d'exemple : « *Si un pays refuse intellectuellement cette économie de marché, il n'est pas improbable qu'il soit alors mal à l'aise dans la mise en œuvre concrète de ce principe de politique de concurrence* […] », M. MONTI, « Discours d'ouverture » *in Les aides d'Etat. Les entretiens du Palais Royal* du 14 mars 2008.
[1418] « […] *Un certain nombre d'expériences ont dû convaincre que l'idéal, la bonne volonté, le désir de construire un monde meilleur ne suffisent pas s'ils ne s'appuient sur cette technique à fondements scientifiques, à défaut de laquelle les meilleures intentions restent vaines. De ces idées il importe évidemment que les dirigeants soient pénétrés. Mais dans un monde démocratique, on ne peut convaincre les chefs si l'on ne persuade pas d'abord ceux dont ils dépendent.* », P. MENDES-FRANCE et G. ARDANT, *La science économique et l'action*. Unesco-Julliard, Liège, 1954, p. 230.

Conclusion du titre 2

Les origines économiques et le potentiel juridique de la notion de service public la prédestinent à instituer les conceptions libérale et néo-libérale de la puissance publique.

385. Selon « *le système Blanco* », les fonctions publiques sont d'abord limitées au domaine régalien. L'existence du marché confère à la puissance publique un rôle subsidiaire prescrit par le service public et régi par un droit exorbitant, conformément au paradigme classique de l'Etat minimum. Au début du XXème siècle, la remise en cause du dogme du laisser-faire oblige les juristes à adapter le droit de la puissance publique pour préserver les vertus du régime libéral. L'interventionnisme public impose *la grande transformation*[1419] libérale du droit de la puissance publique. Les juristes la réalisent au travers de la notion de service public.

386. Le Conseil d'Etat et la doctrine édifient en effet une structure dualiste du régime de la puissance publique respectueuse de la distinction libérale entre les activités marchandes et non marchandes. Imprégné du droit spontané, le régime juridique de la puissance publique autorise celle-ci à investir le marché. L'intervention de la puissance publique ne fait plus l'objet d'une limite extérieure mais elle est justifiée et déterminée de l'intérieur, par le fonctionnement du marché. Permise par le service public, la reconfiguration des rapports entre le règne du marché et les manifestations étatiques est au cœur de la révolution néo-libérale du XXème siècle.

[1419] K. POLANYI, *La Grande Transformation*, Gallimard, Paris, 1983.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

387. Qu'il soutienne l'autonomie des individus dans la société ou la réalisation du marché, le service public organise la maîtrise du pouvoir. La fonction du service public est nécessairement libérale car il a vocation à déposséder les gouvernants de toute volonté commandante sur le devenir des individus et sur la dynamique de la société de marché.

388. Le déploiement des services publics œuvre ainsi à l'effectivité des droits et libertés mais également à leur régulation pacifique au sein de la société de droit. Par ailleurs, le champ de l'intervention publique et son régime juridique respectent, voire servent le fonctionnement du marché selon les époques. Au libéralisme du XIXème siècle correspondent des services publics à la fois subsidiaires et dérogatoires au marché libre. Depuis le tournant des années 1930, le service public accompagne les mutations de l'ordre libéral et convertit l'intervention publique au droit du marché. L'assujettissement de la puissance publique à l'ordre concurrentiel est cependant relativement récent. En effet, au tournant du XXIème siècle, le régime néo-libéral de l'intervention publique est scellé par l'intégration du droit de la concurrence à la légalité administrative, et par la subordination du recours aux prérogatives de puissance publique au strict rétablissement de l'ordre concurrentiel. Depuis les jurisprudences *Million et Marais* de 1997 et *Altmarck* de 2003, la dévolution et la compensation de service public ont forgé le régime juridique de l'intervention publique en économie de marché.

389. Le service public justifie donc à la fois le développement de l'intervention publique et son asservissement. La quête de l'autonomie individuelle dicte l'organisation et le fonctionnement des services publics et le marché est le nouveau principe régulateur de l'intervention publique. La limitation de la puissance publique par le service public n'est pas extérieure mais interne. Le service public ne circonscrit pas l'intervention publique, il introduit en son sein un principe limitatif ou régulateur. Dans la société libérale et, *a fortiori,* néo-libérale, la sphère publique peut croître sans commander car elle est assujettie de l'intérieur. Le service public est donc l'institution libérale par excellence.

CONCLUSION GENERALE

Première allégorie du devoir divin[1420], le service renvoie, paradoxalement, à une conception désacralisée du pouvoir dépossédé de toute sa souveraineté. Le service renverse la relation de pouvoir, il la transforme en devoir[1421]. Ainsi la puissance instituée par le service public est libérale car la raison du libéralisme consiste en la dénégation de tout pouvoir sur l'individu. Le service public est avant tout un service, il opère le renversement libéral de la puissance publique. Et tout au long du XXème siècle, le premier convertit l'organisation et le régime juridique de la seconde aux exigences du libéralisme. Mais le service public n'est pas simplement voué au maintien de l'ordre libéral. Disposé à soumettre les manifestations de la puissance publique aux principes du droit de la liberté, il infléchit, en retour, la théorie de l'Etat au sein de la doctrine libérale. Ainsi les vertus libérales de la notion de service public transforment la doctrine de l'Etat limité revendiquée par le libéralisme.

I. Le service public, pierre angulaire de l'ordre libéral

Fondée sur la notion de service public, l'institution de la puissance publique répond aux canons de la pensée libérale.

Tout d'abord, son organisation procède de la constitution de la société civile. La décentralisation et la privatisation de l'Etat administratif subordonnent la reconnaissance des autorités administratives et le déploiement de leurs fonctions aux initiatives et aux besoins des individus dans la société. La « *coopération de services*

[1420] Voir J. DALARUN, *Gouverner c'est servir. Essai de démocratie Médiévale*, Alma, Paris, 2012. Par ailleurs, la première définition du service renvoie au devoir divin : « *1. (Obligation et action de servir) relig. Ensemble des devoirs envers la divinité. Le service de Dieu. – Service divin (messe, office).* », *Le Robert. Dictionnaire pratique de la langue française*, France Loisirs, Paris, 2004, p. 1551.

[1421] « *Au même titre que le service divin, elle* [l'expression être au service de quelqu'un] *implique d'être totalement dévoué, d'être placé volontairement dans une situation de subordination* […] *certains théoriciens du service public estimeront en effet que l'Etat doit être dévoué à la collectivité*. », D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, *op.cit*., p. 16.

publics »[1422] scelle ainsi l'articulation libérale entre l'autodétermination de la société et l'autonomie individuelle. Ensuite, le service public adapte le spectre des activités entreprises par les collectivités publiques à la conception du marché énoncée par les libéraux depuis la fin du XVIIIème siècle. D'origine économique, l'expression « service public » cantonne l'Etat à ses fonctions régaliennes, selon la doctrine libérale classique, avant d'asservir la puissance publique à l'entretien de l'ordre concurrentiel, conformément au paradigme néo-libéral, développé en France depuis les années 1930 et adopté par la Construction européenne.

Enfin, le régime juridique de la puissance publique emprunte, par le service public, les principes du droit spontané qui gisent dans le droit privé. Traditionnellement conçu comme un ensemble de règles exceptionnelles, le droit administratif conquiert son autonomie par un rapprochement vers le droit dit de la liberté. Au fil du contentieux des services publics, le Conseil d'Etat bâtit un régime administratif respectueux de l'échange et des patrimoines économiques ; et la doctrine puise, dans la notion de service public, les théories du contrat et de la responsabilité administratifs. Le droit administratif défini par le « *système Blanco* » devient un droit en soi sous le contrôle d'un juge indépendant, conformément à l'idée libérale de l'Etat de droit. En outre, le droit applicable aux autorités administratives ne se réduit pas uniquement à des « *déformations* » des principes civilistes. Le droit dit de la liberté s'applique directement à l'administration. Par la double duplication du service public, les notions de gestion privée des services publics, d'une part, et de SPIC, d'autre part, confèrent au droit de la puissance publique une structure dualiste conforme à la théorie libérale des deux mondes. L'emprise du droit du marché sur le droit de la puissance publique réside dans la notion de service public.

La pérennité de l'ordre libéral est garantie par la structure, les missions et le régime juridique de la puissance publique prescrits par le service public. Au cours du XXème siècle, le déploiement de la notion suit les contestations des idées libérales. Consacré au tournant des XIX et XXème, l'avènement de la notion de service public répond à la remise en cause de « *l'ordre libéral de 1900* ». Par la suite, les bouleversements des années 1930 et de la fin du XXème siècle attisent la notion de service public. Les « crises » du service public restaurent l'accalmie de l'ordre libéral.

[1422] « […] *l'État est une coopération de services publics organisés et contrôles par les gouvernants* […] », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, Paris, 3e éd., 1928, tome 2, p. 59.

Si le service public perpétue l'emprise du libéralisme sur l'organisation de la société, il ordonne en retour la nébuleuse libérale. Alors que la traduction juridique des idées libérales permet de souligner les principales contradictions du libéralisme, la notion de service public oblige à l'inventaire des influences libérales.

II. Le service public, coutre[1423] circulaire de la société libérale

Le libéralisme est une doctrine de la limitation du pouvoir. Or, au sein du courant libéral, coexistent plusieurs principes susceptibles de limiter le pouvoir. Schématiquement, il convient soit de limiter la sphère d'intervention du pouvoir, soit d'assujettir cette intervention à un principe régulateur. L'institution d'une puissance publique libérale par le service public modifie profondément la théorie du pouvoir limité dispensée par les libéraux classiques. Il n'est plus absolument indispensable de cantonner l'intervention de l'Etat à un périmètre restreint, à partir du moment où celle-ci est assujettie à l'Etat de droit ou au fonctionnement du marché. Dans les deux cas, le droit ou le marché empêche l'emprise d'une volonté gouvernante sur la destinée des individus. En privilégiant un libéralisme à un autre, l'institution du service public trace ainsi la dynamique de la société libérale. Puisque la puissance publique est disposée à servir l'individu et le marché, le libéralisme n'est plus condamné à prospérer contre l'Etat.

Initialement cantonné par la doctrine libérale classique, le spectre des fonctions publiques tolérées par les libéraux s'élargit à mesure que s'affirme le droit administratif. La sujétion à l'Etat procède moins du nombre de ses services que de l'exorbitance de son régime. Or, régies par les principes de l'Etat de droit, les fonctions administratives ne sont plus anti-libérales. En effet, le recours au service public permet d'écarter les doctrines économiques de limitation des fonctions de l'Etat et de leur substituer la

[1423] « *Coûtre : les coûtres, parfois appelé custodes, font partie au Moyen Âge, du personnel intérieur de communauté ecclésiastique des cathédrales et collégiales, principalement chargé de garder l'église pendant la nuit et le trésor de la cathédrale […] Les coûtres prêtaient serment de fidélité au chapitre : leur devoir consistait à veiller nuit et jour à la garde de l'église, en se relayant trois par trois, car ils étaient personnellement responsables des vols; aussi étaient-ils tenus, en prenant possession de leurs coûtreries, de fournir une caution.* […]; *« Coutre: Fer tranchant et vertical de la charrue, disposé en avant du soc. »*, P. AUGE (dir.), Larousse universel, dictionnaire encyclopédique en deux volumes, tome 1, p. 461. Le coutre permet de tracer un sillon dans la terre et donc à la société d'avancer. Les coûtres gardent le trésor de la communauté, ils sont ainsi garants de l'unité et de la continuité de la société.

théorie publiciste de la soumission de l'Etat au droit. Fervents défenseurs de l'Etat-gendarme au XIXème siècle, les libéraux du XXème siècle comptent sur l'indépendance et la vigilance du juge administratif pour s'accommoder de l'Etat-providence tant qu'il sert l'individu et respecte le marché.

L'autonomie de l'individu libéral consacrée à la Révolution par la théorie des droits naturels est infléchie au XXème siècle par la notion de service public. L'émancipation de l'individu ne se fait pas contre l'Etat mais soutenue par une puissance publique prestatrice de services. Et la pluralité des droits et libertés suscitée par la marche de la société libérale provoque la création de nouveaux services publics de régulation des libertés publiques. Loin de s'opposer au règne de la liberté, le développement des services publics est un mouvement corrélatif de la dynamique du libéralisme au XXème siècle.

La conception du marché prônée par les libéraux se transforme également au cours du XXème siècle au gré des mutations de la notion de service public. Le régime juridique de l'interventionnisme libéral, élaboré par la doctrine des années 1930 et forgé par les Commissaires du gouvernement dès le début du siècle à partir de la notion de service public, est principalement teinté de droit privé. Imprégnée du droit spontané, l'intervention publique dans l'économie n'est plus à proscrire. Cette évolution annonce le tournant néo-libéral engagé à Paris en 1938. Les vicissitudes de la notion de service public donnent une explication juridique au glissement du libéralisme vers le néo-libéralisme.

Au début du XXIème siècle les différentes logiques libérale et néo-libérale animent la jurisprudence du Conseil d'Etat. L'éventuelle fragmentation du droit des contrats administratifs, l'alignement possible du droit de la responsabilité administrative sur la logique civiliste et la probable indistinction entre les activités marchandes et non marchandes seront justifiées d'une manière ou d'une autre par la notion de service public. Ces évolutions révèleront « *le véritable choix de politique jurisprudentielle* » [1424] du Conseil d'Etat. Elles scelleront également l'avenir du libéralisme en France. Que la marche du monde repose sur les transformations des *infra* structures économiques ou

[1424] « *Nous avons conscience que notre proposition déborde le cadre de la simple technique juridique et qu'elle engage un véritable choix de politique jurisprudentielle.* », J-H. STAHL, Conclusions sur les arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*, *RFDA*, 1997, p. 1234.

qu’elle soit suspendue à la vie des idées, elle doit compter également avec celle des notions et des techniques juridiques.

BIBLIOGRAPHIE[1425]

I. Bibliographie juridique

A. Dictionnaires, répertoires et recueils d'arrêts et de décisions commentés

D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.

P. ARABEYRE, J-L. HALPERIN, et J. KRYNEN, Dictionnaire historique des juristes français. XIIème-XXème siècle, Puf, 2ème éd., 2014.

A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1993.

C. BOUYATEB (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne. Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne,* Lextenso, Issy-Les-Moulineaux, 2014.

Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3ème éd., Paris, 2008.

M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2ème éd., Paris, 2014.

J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Thémis droit, 16ème éd., Paris, 2014.

E. LAFERRIERE (dir.), *Répertoire du droit administratif*, Paul Dupont, Paris, 1897.

M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, *GAJA*, Dalloz, 20ème éd., Paris, 2015.

[1425] Même s'il peut paraître artificiel de distinguer les sources juridiques des autres sciences humaines et sociales, il nous a semblé que pour s'y retrouver dans la bibliographie, il convenait de procéder ainsi. En outre, ceci est également révélateur de la méthode suivie : lire les œuvres de la pensée libérale avec l'œil du juriste et parcourir les sources du droit à la recherche de traces du libéralisme. Enfin, sur un tel sujet, la bibliographie ne pouvait pas être exhaustive. Sont mentionnées les sources essentielles à la démonstration.

B. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

J-F. AUBY et O. RAYMUNDIE, *Le service public*, Le Moniteur, Paris, 2003.

L. AUCOC, *Introduction à l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'Ecole des ponts et Chaussées*, Imprimerie Paul Dupont, Paris, 1865.

J.-BARTHELEMY, *Précis de droit public*, Dalloz, Paris, 2006.

A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif : contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence, la comparaison de notre législation*, Larose et Forcel, Paris, 2ème éd., tome 2, 1885.

G. BIGOT, *L'administration française. Politique, droit et société, tome 1, 1789-1970*, LexisNexis, Manuel, 2ème éd., Paris, 2014.

G. BIGOT et T. LE YONCOURT, *L'Administration française. Politique, droit et société, tome 2, 1870-1944*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2014.

C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, J-F LACHAUME, et H. PAULIAT, *Droit des services publics*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2015.

C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, LGDJ, 3ème éd., Issy-Les-Moulineaux, 2014.

S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, Thémis, 2ème éd., Paris, 2007.

G. BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, Paris, 1987.

F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Thèmis, Paris, 1995.

E. CADEAU, D. LINOTTE, R. ROMI, *Droit du service public*, LexiNexis, Paris, 2014.

R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Domat, 15ème éd., Paris, 2001.

P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, M. TOURBE, *Droit administratif*, Sirey, Dalloz, 14ème éd., Paris, 2014.

J-Y CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2ème éd., Paris, 2007.

J-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, Lextenso, Paris, 2014.

C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, 11ème éd., Paris, 2014.

P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998.

N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015. Commentaire article par article*, Dalloz, Lonrai, 2015.

L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne,* LGDJ, 7ème éd., Issy-Les-Moulineaux, Paris, 2015.

L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Alcan, Paris, 1908.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, tome 1, Théorie générale de l'Etat*, Fontemoing, Paris, 1ère éd., 1911 ; 3ème éd., 1928.

L. DUGUIT, *Souveraineté et Liberté. Leçons faites à l'université de Columbia (New-York) 1920 - 1921*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1922.

L. DUGUIT, *Leçons de droit public général*, Boccard, Paris, 1926.

C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Lextenso, Anthologie du droit, Issy-les-Moulineaux, 2014.

P. ESPLUGAS, *Le service public*, Dalloz, 3ème éd., Paris, 2012.

E-V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*, Videcoq, 3ème ed., Paris, 1843.

Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 21ème éd., Paris, 2015.

J-M. de GERANDO, *Institutes du droit administratif, ou éléments du Code administratif*, Nève, Paris, 1829.

J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de L'Union européenne*, Dalloz, 8ème éd., Paris, 2015.

G. JEZE, *Les principes généraux du droit*, tome 3, *Le fonctionnement des services publics*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 2011 (réimpression de l'édition de 1926).

J. GICQUEL, J-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Lextenso, Issy-les Moulineaux, 2015.

P. GONOD, F. MELLERAY, et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011.

C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Dalloz, Cours, 5ème éd., Paris, 2010.

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 3ème éd., Paris, 2011.

G.J. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Lextenso, Montchrestien, 3ème éd., Paris, 2011.

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 2002.

J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, et C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, Manuel, Paris, 2012.

E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 2ème éd., Paris, 1896.

A. de LAUBADERE et P. DELVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, 5ème éd., Paris, 1986.

A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, thémis droit, 3ème éd., Paris, 2012.

G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, Cours, 8ème éd., Paris, 2015.

P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration à nos jours*, PUF, Thèmis, Paris, 1968.

P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'Etat en France. L'Administration classique*, Fayard, Les savoirs, Paris, 1992.

D. LINOTTE et R. ROMI, Droit public économique, Litec, 7ème éd., Paris, 2013.

E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2ème éd, Paris, 2008.

B. du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po, Paris 2004.

N. MARCON, *Service public et droit de la concurrence*, thèse, Université Paris 12, 1999.

R. MOULIN et P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, Paris, 2007.

A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, coll. droit fondamental, Paris, 1997.

S. NICINSKY, *Droit public des affaires*, Lextenso éditions, Domat, 4ème éd., Issy-les-Moulineaux, 2014.

R. ODENT, *Contentieux de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2007.

L. RAPP et P. TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Lamy, Rueil-Malmaison, 2014.

L. RICHER, *Droit des contrats administratif*, LGDJ, coll. « Manuels », n°164, Paris, 2010.

J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2011.

J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2ème éd., Paris, 2013.

D. TRUCHET, *Droit administratif*, PUF, 5ème éd., Paris, 2014.

J-P. VALETTE, *Droit des services publics*, Ellipses, 2ème éd., Paris, 2013.

P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Cours, 7ème éd., Paris, 2013.

J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 25ème éd., Paris, 2014.

M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 3ème éd., Paris, 1945.

K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif*, Economica, Paris, 2010.

E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2ème éd., Paris, 2013.

C. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

A.F.D.A, *Le service public*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2014.

L. AUCOC, *Des limites de l'intervention de l'Etat dans la question ouvrière. Extrait du compte-rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, Picard, Paris, 1886.

L. BAHOUGNE, *Le financement des services publics*, LGDJ, thèses, t. 289, Paris, 2015.

H. BAILBY, *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, thèse, Bordeaux, 1901.

O. BEAUD, *La puissance de l'Etat,* PUF, Paris, 1994.

R. de BELLESCIZE Les services publics constitutionnels, LGDJ, Thèses, t. 244, Paris, 2005.

C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Arthur Rousseau, Paris, 1891.

X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 2001.

N. BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, Paris, 2012.

F. BURDEAU, *Liberté, libertés locales chéries !*, Cujas, Paris, 1984.

C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009.

L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 259, Paris, 2008.

A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 264, Paris, 2010.

R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1957.

R. CHAPUS, *L'administration et son juge. Ce qui change, in L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999.

R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Editions La Mémoire du Droit, Paris, 2010.

J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, Que sais-je ?, 10ème éd., Paris, 2015.

N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, Paris, 2009.

G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Paris, 2006.

A. CLAEYS, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoirs*, thèse, Poitier, 2005.

L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2006.

G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Edition Matot-Braine, Reims, 1951.

M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1994.

J-L. DE CORAIL, *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1954.

J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, Paris, 1974.

P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, Paris, 2012.

G. DUMONT, La citoyenneté administrative, thèse, Paris II Assas, 2002

L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913.

H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute du service public*, thèse, Paris, 1922.

D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la sociologie et du droit*, L'épitoge-Lextenso, Condé-sur-Noireau, 2013.

D. ESPAGNO, *Essai de refondation de la notion de service public en droit administratif français*, thèse, Université Toulouse 1, 1998.

P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, Thèses, t. 80, Paris, 1994.

N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème siècle au XXème siècle*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2003.

F. FOURNIE, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 2005.

M. HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Dalloz, Paris, 2012.

J. GICQUEL et L. SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, PUF, Paris, 1965.

M. GUENAIRE, *La fonction unificatrice de la notion de service public*, thèse, Lille, 1985.

C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, coll. « Thémis Droit public », 3ème éd., Paris, 2011.

G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, LGDJ, Paris, 1991.

M. HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Centre de Philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1990.

M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

J. LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, thèse, LGDJ, Paris, 1960.

D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Paris, 1972.

J. LUCHET, *L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, thèse, Nancy, 1935.

L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2010.

F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Actes du colloque commémoratif du 150ème anniversaire du doyen Léon Duguit, Bordeaux, 29 et 30 mai 2009, Bruylant, Bruxelles, 2011.

F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français.* LGDJ, Thèse, t. 212, Paris, 2001.

Y. MENY, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, LGDJ, Paris, 1974.

J-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français,* PUF, Paris, 1985.

J-P. NEGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, Paris, 1971.

M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1980.

B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Edition Panthéon Assas, Paris, 2003.

G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, Paris, 1945.

E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, Paris, 1972.

G. QUIOT, *Aux origines du couple « gestion publique-gestion privée »*, thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 1992.

M-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, Paris, 1992.

L. RICHER, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, Paris, 1978.

B. ROY, *Libéralisation et service public. Economie postale*, Economica, Paris, 2010.

E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, volume 109, Paris, 2011.

L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1966.

M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris, 1994.

G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Edition La Mémoire du Droit, Paris, 2009.

S. TRAORE, *L'usager du service public*, LGDJ, Systèmes, Paris, 2012.

M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, La Mémoire du Droit, Mayenne, 2009.

M. TOUZEIL-DIVINA, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860),* LGDJ 2007.

V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Paris, 2002.

J. WALINE, *Recherche sur l'application du droit privé par le juge administratif,* thèse, Paris, 1962.

M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2ème éd., Paris, 2007.

S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, Thèses, t. n°285, Paris, 2015.

D. Articles

J. BARTHELEMY, « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *RDP*, 1909.

H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *APD*, n°13, 1968.

P. BAUBY, « Service public : de la tutelle à la régulation », *Flux*, n°31-32, 1998, pp. 25-34.

F-P. BENOIT, « Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique », *JCP*, 1954, I, n°1178.

F-P. BENOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP*, 1963, I n°1775.

G. BERLIA, « Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit français », *RDP*, 1951, pp. 685-704.

S. BERNARD, « Le GIP à l'abri de la commande publique et de la liberté du commerce et de l'industrie ? », *RJEP*, 2011, p. 31.

H. BERTHELEMY, « Défense de quelques vieux principes », *in Mélanges Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, pp. 811-830.

J-J. BIENVENU, « Le droit administratif : le droit sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986.

J-J. BIENVENU et L. RICHER, « Le socialisme municipal a-t-il existé ? », *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, n°2, 1984.

G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, pp. 527-536.

G. BIGOT, *« Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », RFDA*, 2008, p. 1.

G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, n°2, 2012.

F. BOTTINI, « L'impact du *New Public Management* sur la réforme territoriale », *RFDA*, 2015, à paraître.

F. BOTTINI, « L'évolution des modes de financement des spa et des spic », *in* F. BOTTINI (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan, Paris, 2014.

S. BOUSSARD, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public par nature" », *RFDA*, 2008, p. 43.

S. BRACONNIER, « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *RDI*, 2015.

S. BRACONNIER, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », *RDP*, 2012, pp. 731-741.

F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », *AJDA*, 2003, pp. 919-924.

F. BURDEAU, « Les crises du principe de dualité de juridiction », *RFDA*, 1990, p. 724

J. CAILLOSSE, « La révision générale des politiques publiques et la question de l'usager », *RFDA*, 2013, p. 499.

A. CARTIER-BRESSON, « La carence de l'initiative privée », *in L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 67-81.

P. CAYE, « Généalogie républicaine pour la modernisation du service public », *in* F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE (dir.), *La privatisation de l'Etat*, CNRS, Paris, 2013, p. 12.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effet et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n°5, 2010, pp. 1-16.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA*, 1999, p. 959.

R-E. CHARLIER, « Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative », *JCP*, 1947, I, n°7.

R-E. CHARLIER, « La puissance publique et son Droit face à la question sociale », *in Evolution du droit public. Etudes offertes à A. Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 73-94.

B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, Paris, 1950.

J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA* 1990, p. 712.

J. CHEVALIER, « Figures de l'usager », *in Psychologie et science administrative*, PUF 1985, pp. 35-69.

N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *in La puissance publique, AFDA*, LexisNexis, Paris, 2012, p. 173.

L. COHEN-TANUGI, « L'avenir de la justice administrative », *Pouvoirs*, n°46, 1988, pp. 13-20.

L-J. CONSTANTINESCO, « La constitution économique de la C.E.E », *RTDE*, 1977, pp. 244-281.

J-L. de CORAIL, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, p. 20.

P. COUZINET, « La théorie de la Gestion Publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *AFDT*, 1969, pp. 157-178.

M. DEGUERGUE, « Responsabilité administrative », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003.

M. DEGUERGUE, « La garde dans les dommages de travaux publics », *AJDA*, 2007, p. 204.

M. DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179.

A. DE LAUBADERE, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954, pp. 36-63.

A. DE LAUBADERE, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », *D.*, 1961, I, pp. 591-599.

P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », *RFDA*, 1985, pp. 1-11.

P. DELVOLVE, « Les sociétés publiques locales », *RFDA*, 2012.

R. DENOIX de SAINT MARC, « La question de l'administration contractuelle », *AJDA*, 2003.

P. DIETERLEN, « La réforme des comités d'organisation », *Droit social*, n°10, 1943.

X. DOMINO, E. FATOME, Y. JEGOUZO, F. LOLOUM et O. SCHRAMECK, « Questions sur l'avenir de l'établissement public », *AJDA* 2010, pp. 1238-1245.

V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, p. 1619.

V. DONIER, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, p. 13.

V. DONIER, « Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2012, pp. 393-408.

R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *in Etudes offertes à Jacques Flour*, Défrénois, 1979, pp. 151-162.

R. DRAGO, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n°12, 1990, pp. 117-128.

R. DRAGO, « L'apparition de la notion de service public dans la conception libérale du droit au 19ème siècle », *in* A. MADELIN (dir.), *Aux sources du modèle libéral français*, Paris, Perrin, 1997, pp. 311-321.

R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, p. 130.

P. DUEZ, « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels », *in Mélanges offerts à René Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, pp. 111-133.

G. ECKERT, « Réflexion sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, pp. 238-244.

C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques », *JCP*, 1949, I, n°742 et 751.

F. EWALD, « La faute civile, droit et philosophie », *Droits*, n°5, 1987, pp. 45-50.

E. FATOME, « Les établissements publics à caractère industriel et commercial et la tentation de l'abandon », *JCP A* 2009, n°31, p. 40.

E. FATOME, « Etablissement public et service public », *AJDA* 1997, pp. 96-102.

B. FAURE, « Les deux conceptions de la démocratie administrative », *RFDA*, 2013.

M-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD.civ*., 2004.

S. GARCERIES, « Service public et droit communautaire, une nouvelle crise de la notion de service public en droit administratif français », *Sociétés Contemporaines*, n°32, 1998, p. 37-56.

Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, pp. 314-326.

J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, n°12, 1990, pp. 7-24.

S. GILBERT, « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », *RFDA*, 2007, p. 1115.

M. GUENAIRE, « Le service public au cœur du modèle de développement français », *Le Débat*, n°134, 2005, pp. 52-62.

C. GUETTIER, « Quel régime de responsabilité administrative en cas de dommages causés aux tiers par un mineur placé au titre de l'assistance éducative ? », *AJDA*, 2002, p. 1378.

C. GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA*, 2005, p. 1499.

G. J. GUGLIELMI, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la constitution de la distinction entre droit public et droit privé », *RFDA*, 1996, pp. 305-312.

M. GUIBAL, « La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie. Réflexion sur l'état actuel de la jurisprudence administrative », *AJDA*, 1972, pp. 330-344.

M. GUIBAL, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCPA*, 1993, n°15, I 3667.

H. HABCHI, « L'inexorable extension du régime de responsabilité sans faute du service départemental de l'aide sociale à l'enfance », *JCP A*, 2016, n°35, 2230.

M. HAURIOU, « Décentralisation », in L. BEQUET et P. DUPRE, *Répertoire du doit administratif*, Paul Dupont, Paris, 1892.

M. HAURIOU, « Droit administratif », *in* E. LAFERRIERE (dir.), *Répertoire du droit administratif*, Paul Dupont, Paris, tome XIV, 1897.

G. HOUILLON, « Jean Rivéro, Démocratie et administration », *RFDA*, 2009. P. ?

C. IANNELLO « L'idée de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *AJDA*, 2012, p. 2150.

L. IDOT, « La notion d'entreprise, révélateur de l'ordre concurentiel », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Frison-Roche, Paris, 2003, p. 253.

A. JACQUEMET-GAUCHE, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 275, Paris, 2013.

L. JANICOT, « Le principe d'égalité devant le service public », *RFDA*, 2013, p. 722.

M. JORAT, « Supprimer la justice administrative…deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456.

M. KARPENSCHIF, « Qu'est-ce qu'une compensation d'obligation de service public ? », *Petites affiches*, n°64, 30 mars 2004.

M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public », *RFDA*, 2008.

M. KARPENSCHIF, « Les sociétés publiques locales : passeport pour un véritable PPPI ? », *JCP A*, n°48, 2010.

M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : "Contrat public et Union européenne" », *RFDA*, 2014.

M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *Revue des contrats*, n°3, 2014.

R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD.eur*, 1996, pp. 215-242.

J-P. KOVAR, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Droit administratif*, n°12, 2007, étude 18.

H. LASKI, « La conception de l'Etat de Léon Duguit », *in L'œuvre de Léon Duguit*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932.

X. LATOUR, « La marchandisation de la police et de la gendarmerie à l'épreuve du droit public », JCP A, 2010, p. 2199.

G. LEBRETON, « Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative », *D.*, 2007, pp. 2817-2821.

G. LEBRETON, « Service public et concurrence », *in* F. BOTTINI, *L'Etat interventionniste. Le rôle de la puissance publique dans l'économie*, L'Harmattan, 2012.

P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif français. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France », *Revue historique du droit français et étranger*, 1974.

J. L'HUILLIER, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *D.*, 1953, chronique, pp. 87-90.

G. LIET-VAUX, « La théorie du service public, crise ou mythe ? », *RA*, 1961, pp. 256-263.

F. LLORENS-FRAYSSE, « Le poids de la faute dans la responsabilité administrative », *Droits*, pp. 65-76.

M. LONG, « Service public et réalités économiques du XIXème siècle au droit communautaire », *RFDA*, 2001, p. 1161.

A. LYON-CAEN, « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *in* A. LYON-CAEN et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2001.

G. MARCOU, « Maintenir l'expression et la notion de « service public », *AJDA*, 2008, p. 883.

J-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA*, 2001, p. 589.

F. MELLERAY, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA*, 2015, p. 396.

F. MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », *in* N. HAKIM et F. MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 215-262.

F. MELLERAY, « Le crépuscule d'un paradoxe : vers la fin de l'autolimitation du juge du contrat », *RDC*, 2008, pp. 620-625.

F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit administratif en question », *AJDA*, 2003, p. 1961.

A-S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du Bac d'Eloka. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, pp. 1059-1081.

J-L. MESTRE, « L'emploi de l'expression « service public » sous l'Ancien Régime », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, Politique d'aujourd'hui, Paris, 2004.

J-L. MESTRE « Aux origines du contentieux administratif », *RDFA* 1996, pp. 289-300.

S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », *in Contrats publics, Mélanges GUIBAL*, 2006, pp. 45-62.

L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner », *D.*, chronique, 1964, pp. 147-154.

L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 89- 98.

J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *in Mélanges Jacques Moreau*, Economica, 2003.

B. PLESSIX, « Présentation », *RFDA*, 2013.

S. PUGEAULT, « Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous conditions », *D.*, 2015, p. 145.

G. QUINTANE, « La désinstitutionalisation de l'administration », *in* J-P. BRAS, *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, Paris, 2008.

G. QUINTANE, « Les nouvelles valeurs de l'administration et l'épuisement de l'idée d'institution », in F. ABALLEA (dir.) *Institutionnalisation, désinstitutionnalisation de l'intervention publique*, Octares éd., 2012. pp. 45-54.

B. QUIRINY, « Les droits de l'usager face au marché », *RFDA*, 2008, p. 20.

L. RICHER, « Service public et intérêt privé », *APD*, n°41, 1997, p. 293-300.

L. RICHER, « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 73.

L. RICHER, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics », *in* CE, *Rapport public du Conseil d'Etat 2008, considérations générales : le contrat mode d'action publique et de production de normes, EDCE*, n°59, 2008.

D. RIVAUD-DANSET, « Service public et service universel », *Sociétés Contemporaines*, n°32, 1998, pp. 5-9.

J. RIVERO, « Apologie pour les " faiseurs de systèmes " », *D.*, 1951, chronique, pp. 99-102.

J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chronique, pp. 21-24.

J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, tome II, Paris, 1963.

J. RIVERO, « Syndicalisme et pouvoir démocratique », *Droit social*, n°3, mars 1965.

J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *Etude en l'honneur d'Achille Mestre, Evolution du droit public*, Sirey, Paris, 1965, pp. 461-471.

J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, 1995.

C. ROIG, « Théorie et réalité de la décentralisation », *Revue française de science politique*, 1966, pp. 445-471.

E. SAILLANT, « La clause exorbitante de droit commun », *in* AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, Paris, 2012, pp. 209-222.

G. SAUTEL, « Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif : aux origines du terme « déconcentration » », *in Le Pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau,* LGDJ, 1977, p. 1190.

S. SAVALL ; « *La SPL un nouvel outil de gestion des services publics locaux* », *RDP*, n°3, 2011.

J-F. SESTIER, « L'intervention des collectivités locales entre liberté du commerce et de l'industrie et libre et égale concurrence », *in Les collectivités locales. Mélanges Jacques Moreau,* Economica, 2003.

H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ? », *RTD.civ.*, 1993.

N. SYNCHOXICZ, « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA*, 2015, p. 320.

J. de SOTO, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », *EDCE*, 1952, pp. 64-78.

J. De SOTO, « L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *in Mélanges offerts à Marcel Waline,* LGDJ, Paris, 1974, pp. 759-775.

G. SOULIER, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1969, pp. 1039-1103.

P-E. SPITZ, « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA*, 2007.

K. STOYANOVITCH, « La théorie du contrat selon E.B. Pachoukanis », *APD*, 1968, p. 89.

J. TOUSCOZ, O. DUMONT, « Le service universel dans le secteur des télécommunications en droit communautaire et en droit français (quelques remarques juridique) », *in* R. KOVAR et D. DIMON, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, tome II : approche transversale et conclusions, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996*, 1997, La Documentation française, p. 165.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Relire Duguit en 3D ! », *in* D. ESPAGNO, *Léon Duguit : de la sociologie et du droit*, Lextenso, 2013, pp. 7-14.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Laïcité latitudinaire », *D.* 2011, pp. 2375-2378.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Eloka : sa colonie, son wharf, son mythe… », *in* G. KOUBI et S. KODJO-GRANDVAUX, *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, pp. 309-330.

J. TRAVARD, « Jean Rivero et la notion de service public », *Revue administrative*, 2012, pp. 369-376.

J. TRAVARD, « Jean Rivero et les lois du service public », *AJDA*, 2010, p. 987.

D. TRUCHET, « Label de service public et statut du service public », *AJDA*, n°7/8, 1982.

A. VAN LANG, « La privatisation de l'usager », *RFDA*, 2013, p. 494.

G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *in Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p.

J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public, op.cit.*

G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la réparation des risques », *APD*, 1977, pp. 5-22.

J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *in Etudes offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, Paris, 2001,

J. WALINE, « Collaborateurs bénévoles et collaborateurs occasionnels du service public », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°46, 19 novembre 2012, p. 2370.

Y. WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *in* J-M. AUBY, J-B. AUBY et J-J. BIENVENU, *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, Economica, Paris, 1996.

P. WEIL, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés. », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, Paris, 1974, p. 217.

A. ZARADNY, « Léon Blum, un socialiste au Conseil d'Etat », *RFDA*, 2013.

E. Notes de jurisprudence

R. ALIBERT, note sous CE, 30 mai 1931, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S.*, 1931, III.

R. ALIBERT, note sous CE, 23 juin 1933, *Lavabre, S.*, 1933, III, p. 81.

R. BONNARD, note sous CE, 25 janvier 1931, *Dame et Demoiselle Garcin, S.*, 1931, III.

N. CHIFFLOT, « Le droit de grève est-il encore un droit collectif », note sous l'arrêt CE, 19 mai 2008, *Syndicat Sud-RATP*, *AJDA*, 2008, p. 1718.

B. DELAUNAY, « Attribution par contrat d'une activité de police à une personne privée et responsabilité publique », note sous CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Jonnet*, *RFDA*, 2012.

J. DELVOLVE, note sous CE, 4 décembre, 1932, *Demoiselle Dumy*, et CE, 29 janvier 1932, *Kuhn*, *S.*, 1932, III.

J. DONNEDIEU de VABRES, note sous CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, *D.*, 1944.

L. DUGUIT, note sous C.A. Bordeaux, 19 juin 1917, *Montpillié et autres c/ Maire de Bordeaux*, *S.*, 1918/ 1919, II.

B. FAURE, « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », note sous CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, *RFDA*, 2004.

M. HAURIOU, note sous TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac contre Ducornot*, *S.*, III, p. 49, reproduit *in* M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Librairie du Recueil Sirey, tome 1, 1929.

M. HAURIOU, note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova, Canazzi et autres*, *S.*, 1901, III, p. 75.

M. HAURIOU, note CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, *La jurisprudence administrative 1892-1929*, *op.cit.*, tome 2, p. 183.

M. HAURIOU, note sous CE, 7 juin 1902, *Maire de Néris-les-Bains*, *Recueil Sirey*, tome 2, p. 249.

M. HAURIOU, note sous CE, 6 février 1903, *Terrier*, *S.*, 1903, III, p. 26.

M. HAURIOU, note sous CE, 23 mars 1906, *Dame Chauvin, dite Sylviac*, *S.*, 1908, III, p. 17.

M. HAURIOU, note sous CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *La jurisprudence administrative*, *op.cit.*, tome 2.

M. HAURIOU, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* et CE, 1er mai 1914, *Abbé Didier*, *La jurisprudence administrative, op.cit.*, tome 2, p. 372.

M. HAURIOU, note sous CE, 7 avril 1916, *Astruc et Société du théâtre des Champs-Elysées contre ville de Paris*, *Recueil Sirey*, tome 1, p. 335.

F. MELLERAY, « Vers un nouveau contentieux de la commande publique (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*) », *RDP* 2007, pp. 1383-1401.

G. PELLISIER, note sous CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze, Revue juridique de l'économie publique*, août-septembre 2010.

G. PELLISSIER, « Les conventions d'exploitation des casinos : des délégations de service public sans services publics », note sous CE, 19 mars 2012, *SA Groupe Partouche, RJEP*, n°700, 2012, commentaire 41. P. ?

J. RIVERO, « Le pouvoir réglementaire des Ordres professionnels et la sauvegarde des libertés individuelles », note sous l'arrêt, CE 29 juillet 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables breveté par l'Etat, Droit social*, 1950, pp. 391-396.

F. Conclusions des Commissaires du gouvernement et des rapporteurs publics

C. BERGEAL, conclusions de l'arrêt CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph »*, *RFDA*, juillet-août 2000, p. 798.

D. CASAS, conclusions de l'arrêt CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris, RFDA*, 2006.

DAVID, conclusions de l'arrêt TC, 8 février 1873, *Blanco, S.*, 1873, III.

F. DESPORTES, conclusions de l'arrêt TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD, RFDA*, 2014.

E. GEFFRAY, conclusions de l'arrêt CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux, Rec*. p. 225.

JOSSE, conclusions de l'arrêt CE, 30 mai 1930, *Syndicat professionnel des épiciers en détail et Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, S.*, 1931, III, p. 77.

JOUVIN, conclusions de l'arrêt CE, 4 octobre 1957, *Ville de Charleville, D.*, 1957, jurisprudence, p. 621.

LAGRANGE, conclusions de l'arrêt CE, 2 avril 1943, *Bouguen, D.*, 1944.

M. LAURENT, conclusions de l'arrêt CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques, D.*, 1956, II, p. 761.

ROMIEU, conclusions de l'arrêt CE, *Terrier*, 6 février 1903, *S.*, 1903, III.

RIVET, conclusions de l'arrêt *Lavabre, S.*, 1933, III, p. 88.

J-H. STAHL, conclusions de l'arrêt CE, 28 février 1997, *Commune du Port*, *RFDA*, 1997.

J-H. STAHL, conclusions des arrêts CE, 3 novembre 1997, *Société Yvonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*, *RFDA*, 1997.

SEGALAT, conclusions de l'arrêt CE, 31 juillet 1942, *Monpeurt, D.*, 1943.

F. SENERS, conclusions de l'arrêt CE, 6 avril 2007, *Ville d'Aix en Provence*, *RFDA*, 2007.

TEISSIER, conclusions de l'arrêt TC, 29 février 1908, *Feutry contre département de l'Oise*, *Rec*., p. 212.

G. Rapports et études

Commission des rapports instituée par le décret du 3 août 1922, *Premier rapport*, Journal officiel, 10 décembre 1923, pp. 885-953.

A. SARRAUT, *Régies municipales*, rapport au Président de la République, JO, 31 décembre 1926, p. 13742.

CE, *Réflexions sur l'intérêt général*, EDCE, La Documentation française, Paris, 1999.

CE, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2001.

CE, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2002.

CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2005.

CE, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2008.

CE, *Les établissements publics*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2009.

CE, *Consulter autrement, participer effectivement*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2011.

CE, *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2012.

CE, *Le droit souple*, EDCE, La Documentation française, Paris, 2013.

CE, *L'action économique des personnes publiques*, La Documentation française, Paris, 2015.

Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, *Etre acteurs ensemble de la lutte contre l'exclusion,* juin 2004, https://www.cnle.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_groupe_1_Etre_acteurs.pdf.

H. Textes officiels

1. Textes officiels

Loi du 28 juin 1833 sur l'instruction primaire, dite *loi Guizo*t.

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Loi n°1978-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Loi n°1979-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Loi n°1983-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

Directive n°89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

Directive n°97/67/CE du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

Directive n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative au service dans le marché intérieur.

Directive n°2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

Directive n°2007/66/CE, 11 décembre 2007 portant sur l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

Loi n°2010 -788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Directive n°2014/23/UE, 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

II. Œuvres de la pensée libérale, sciences humaines et sociales

A. Œuvres de la pensée libérale

O. BARROT, *De la centralisation et de ses effets*, Dumineray, Paris, 1861.

F. BASTIA, *Harmonies économiques, in* F. BASTIA, *Œuvres complètes,* Guillaumin, Paris, 1864.

L. BAUDIN, *A l'aube d'un nouveau libéralisme*, Génin, Paris, 1953.

I. BERLIN, *Eloge de la liberté*, Presses Pockets, Paris, 1990.

N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Cerf, Paris, 1996.

B. CONSTANT, *Ecrits politiques*, Gallimard, Paris, 1997.

B. CONSTANT, *Des effets de la Terreur (1797),* Flammarion, Paris, 1988.

J-G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit : étude des principes*, Guillaumin, Paris, 1887.

C. DUPONT-WHITE, *La centralisation : suite de « l'individu et l'Etat »*, Guillaumin, Paris, 1860.

F. GUIZOT, *Essai sur l'histoire et sur l'état actuel de l'instruction publique en France,*Paris 1816.

F.A. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, Litec, Paris, 1994.

F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, PUF, Quadrige, Paris 2007.

E. DE LABOULAYE, *L'Etat et ses limites* (1ère ed., Charpentier, 1863), Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1992.

E. DE LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident,* Paris, 1839.

B. LAVERGNE, *L'Ordre coopératif. Etude générale de la Coopération de Consommation*, Félix Alacan, Paris, 1926.

P. LEMERCIER DE LA RIVIERE, *Canevas d'un code constitutionnel. Œuvres politiques (1787-1789*), présentation et transcription par Bernard Herencia, Satkine Erudition, Genève, 2011.

P. LE MERCIER DE LA RIVIERE, *De l'instruction publique ; ou Considérations morales et politiques sur la nécessité, la nature et la source de cette instruction. Ouvrage demandé pour le roi de Suède*, Paris, 1775.

P. LEROY-BEAULIEU, *L'Administration locale en France et en Angleterre*, Guillaumin, Paris, 1872.

P. LEROY-BEAULIEU, *L'Etat moderne et ses fonctions*, Guillaumin, Paris, 3ème édition, 1900.

W. LIPPMANN, *La Cité libre*, Les Belles Lettres, Paris, 2011.

A. de MONTCHRESTIEN, *Traité de l'économie politique*, 1889, Plon, Paris.

MONTESQUIEU, *De L'esprit des Lois*, Gallimard, Paris, 1995

C. REMUSAT, *Mémoires de ma vie*, Plon, Paris, 1960,

P-P. ROYER-COLLARD, *De la liberté de la presse. Discours*, Librairie de Médicis, Paris, 1949.

L. ROUGIER, *La Défaite des vainqueurs*, La Diffusion du livre, Paris-Bruxelles, 1947.

A. SMITH, *Recherche sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, nouvelle traduction coordonnée par P. Jaudel et sous la direction de J-M. Servet, Economica, livres III et IV, Paris, 2005.

E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat* ?, Editions du Boucher, Paris, 2002.

H. SPENCER, *L'individu contre l'Etat*, Manucius, Houille, 2008.

TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Robert Lafont, Bouquin, Paris, 1986.

TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Lafont, Bouquins, Paris, 1986.

B. Dictionnaires et anthologies

Dictionnaire de l'économie politique, Guillaumin, Paris, 1853.

LAURENT et V. VALENTIN, *Les penseurs libéraux*, Les Belles Lettres, Bibliothèque classique de la liberté, Paris, 2012.

M. LAINE (dir.), *Dictionnaire du libéralisme*, Larousse, Paris 2012.

P. MANENT, *Les libéraux*, Gallimard, Tel, Paris, 2001.

C. Ouvrage généraux, manuels et cours

C. AUDART, *Qu'est-ce que le libéralisme ? Ethique, politique, société,* Gallimard, Paris, 2009.

G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, Paris, 1979.

J-L. CHABOT, *Histoire de la pensée politique. Fin XVIIIème - début XXIème siècle*, Presses universitaires de Grenoble, 2ème éd., 2006.

J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil, Paris, 1994.

E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, PUF, Paris, 1995.

F. FURET, *Penser la Révolution française*, Gallimard, Folio Histoire, Saint-Amant, 2009.

H.J. LASKI, *Le libéralisme européen du Moyen Age à nos jours*, Emile-Paul, Paris, 1950.

P. MENDES-FRANCE et G. ARDANT, *La science économique et l'action*. Unesco-Julliard, Liège, 1954.

P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Hachette Littératures, Pluriel, Paris, 1987.

F. NIETZSCHE, *Œuvres*, Robert Lafont, Paris, 2005.

P. NEMO et J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, Paris, 2006.

J-C. RICCI, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 3ème éd., n°408, Paris, 2014.

P. ROSANVALLON, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, Paris, 1979.

P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris, 1990.

P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours,* Seuil, Paris, 2004.

P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008.

D. SCHNAPPER, *La Démocratie providentielle*, Folio, Paris, 2002.

J. TULARD (dir.), *Dictionnaire du Second Empire*, Fayard, France, 1995.

P. VEYNE, *Le pain et le cirque. Sociologie historique du pluralisme politique*, Seuil, Paris 1976.

D. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, Paris 1967.

S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Grasset, Monde vécus, Paris, 2012.

B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, ENS éditions, Paris, 2008.

A. CHASSAING (dir.), *Histoire du IIème Empire. Documents*, Paleo, Rome, 2012.

J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Lextenso editions, LGDJ, Droit et Société, 4ème éd., Paris, 2014.

J. DALARUN, *Gouverner c'est servir. Essai de démocratie Médiévale*, Alma, Paris, 2012.

H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, PUF, Paris, 1990.

F. DENORD, *Néo-libéralisme version française. Histoire d'une idéologie politique*, Demopolis, Paris, 2007.

L. DUMONT, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Seuil, Paris, 1983.

M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Gallimard, Seuil, Paris 2004.

F. FOURNIE, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Paris 2005.

M. GAUCHET, *La crise du libéralisme 1880-1914*, Gallimard, NRF, Paris 2007.

L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris 1997.

L. JAUME, *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté,* Fayard, Paris, 2008.

L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, Champs Essais, Paris, 2010.

E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, Puf, Paris, 1995.

R. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France. Modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, NRF, Paris, 1984.

F. LORDON, *Imperium. Structures et affects des corps politiques*, La fabrique, Mayenne, 2015.

R. GORI, *L'individu ingouvernable*, Les liens qui libèrent, Mayenne, 2015.

H. MICHEL, *L'Idée de l'Etat : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution*, Hachette, Paris, 1896.

K. POLANYI, *La Grande Transformation*, Gallimard, Paris, 1983.

G. PIROU, *Néo-Libéralisme, Néo-Corporatisme, Néo-Socialisme*, Gallimard, Paris, 1939.

E. ROTHSCHILD, *Adam Smith, Condorcet and the Enlightment*, Harward University Press, United States of America, 2002.

A. SCHATZ, *L'individualisme économique et social*, Les Belles Lettres, Bibliothèque classique de la liberté, Paris, 2013.

V. ZUBER, *Le culte des droits de l'homme,* Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, Paris, 2014.

E. Articles et rapports

S. AUDIER, « Le néolibéralisme : unité diversité, divergences », *in Problèmes économiques, Le retour du libéralisme ?* novembre 2015, première quinzaine, n°3120, La documentation française, Paris, pp. 10 à 21.

M. BIZIOU, « Le libéralisme de Locke : des déductions de la raison à la politique du jugement », *in* B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit*, *op.cit*., pp. 29-57.

A. BRENNETOT, « Géohistoire du "néolibéralisme" », http://cybergeo.revues.org/26071 ; DOI : 10.4000/cybergeo.26071.

Y. BRETON, « Les économistes libéraux français de la période 1840-1914 précurseurs des théoriciens actuels du marché politique et de la bureaucratie ? », *Revue d'économie politique*, n°2, 1985, pp. 150-167.

B. DUMONS et G. POLLET, « Universitaires et construction de l'État-Providence. La formation économique et juridique des élites françaises (1890-1914) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1999, n°20, pp. 181-198.

A. EYSSIDIEUX-VAISSERMANN, « Société civile et libéralisme », *in* G. KEVORKIAN (dir.), *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Ellipses, Paris, 2010, pp. 227-243.

M. FOESSEL, « L'intervention de l'Etat : éclairages métaphysiques », *Esprit*, décembre 2012, pp. 175-185.

M. GAUCHET, « Préface », *in* B. CONSTANT, *Ecrits politiques. Textes choisis et annotés par Marcel Gauchet*, Gallimard, Paris, 1997, pp. 11-110.

F. GUIZOT, « Réflexions sur l'organisation municipale et sur les conseils généraux de département », *Archives philosophiques, politiques et littéraires*, 1818.

L. JAUME, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *in* G. KERVORKIAN, *La pensée libérale. Histoire et controverses*, Ellipses, Paris, 2010, pp. 133-147.

L. JAUME, « L'Etat administratif et le libéralisme, une histoire française », Fondapol, 2009.

Y. LAIDDIE, « Les libéraux et la justice administrative au XIXème siècle : un mariage de raison ? », *RA* 2001, pp. 5-11.

O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème par les économistes libéraux », *in* G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, Paris, 2004.

B. MANIN, « Les deux libéralismes : marché ou contre-pouvoirs », *Interventions*, n°9, 1984, p. 22.

L. MARLIO, « Un nouvel ordre social », *La Revue des deux mondes*, mars 1940.

G. MOLINARI, « La production de sécurité », *Journal des économistes*, 1849,

R. NADEAU, « Friedrich Hayek et le génie du libéralisme », *in* P. NEMO et J. PETITOT (dir.), *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, Paris, 2006.

P. NEMO, « Les Idéologues et le libéralisme », *in* P. NEMO et J. PETITO, *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, Quadrige, Paris, 2006.

A. PERROT, « Déréglementation et service universel dans les entreprises de réseaux : les enseignements de la théorie économique », *in* R. KOVAR et D. DIMON, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, tome II : approche transversale et conclusions, actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996*, 1997, La Documentation française.

G. PIROU, « Léon Duguit et l'Economie politique », *Revue d'économie politique*, n°1, 1933.

C. ROIG, « Théorie et réalité de la Décentralisation », *Revue française de science politique*, 1966.

N. ROUSSELIER, « La contestation du modèle républicain dans les années 1930 : la réforme de l'Etat », *in* S. BERNSTEIN et O. RUDELLE (dir.), *Le modèle républicain*, PUF, Paris, 1992, pp. 319-335.

P. SALIN, « La pensée économique de Jacques RUEFF », *in* F. BOURRICAUD et P. SALIN, *Présence de Jacques Rueff*, Plon, Paris, 1989.

C. SPECTOR, « Montesquieu était-il libéral ? », *in* G. Kévorkian, *La pensée libérale*, Ellipses, Paris, 2010, p. 57.

C. SPECTOR, « Variations de la propriété. Montesquieu contre l'individualisme possessif », *in* B. BACHOFEN (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit. L'Etat, la personne, la propriété*, *op.cit.*, p. 95.

C. STOFFAES, « Avant-propos », *in* M. NICOLAS et S. RODRIGUES, *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, ASPE Europe, 1998, Paris.

TOCQUEVILLE, *Rapport sur le Cours de droit administratif de M. Marcarel (1846) à l'Académie des sciences morales et politiques*, reproduit par S. GILBERT, *RFDA*, 2007.

INDEX[1426]

1. Index thématique

A

Aide d'Etat : 360, 366, 379.

Acte administratif unilatéral : 80, 120, 129, 243.

Autorité administrative indépendante : 259 à 262.

Autonomie :

- des collectivités locales : 94.
- de l'individu : 12, 42, 115, 209, 213, 214, 219, 227, 230, 231, 253.
- de la société : 11, 38, 44, 66, 70, 107, 202, 256, 307, 314.
- du droit administratif : 13, 15, 16, 19, 142 à 147, 151, 184, 189, 190.

C

Compensation d'obligation de service public : 378, 379.

Conception économique du droit : 128.

Concurrence : 28, 101, 129, 133, 150, 287, 348, 362, 368, 370.

Corps intermédiaires : 216, 217.

Crise :

- du contrat : 125, 148, 152.
- du libéralisme : 22, 29, 84.
- du service public : 25, 29, 141.

D

Désinstitutionalisation : 195, 196.

Distinction droit privé / droit public : 215, 302.

Droit de propriété : 160, 216, 222 à 227, 291, 339, 348.

[1426] Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

Duguit (Léon) :

- « la fin du système impérialiste » : 33, 35, 45, 118, 139, 216, 269, 387.
- « la coopération de services publics » : 45, 269.
- « l'interdépendance sociale » : 228, 229, 234, 261, 315 à 319.
- « les fonctions sociales du droit de propriété » : 225, 227.

E

Ecole :

- autrichienne : 331.
- des doctrinaires : 41 à 43.
- des économistes français : 289, 291.
- écossaise : 387, 391.
- physiocratique : 8, 287, 291, 309, 311.
- du service public : 19, 25, 142, 189, 302, 321, 323, 328, 329.

Echange : 116, 162, 181, 188, 288 à 290, 293, 314, 331, 338, 339.

Exorbitance du droit administratif : 308, 320 à 322, 324, 333, 363, 364, 385.

Economie (sociale) de marché : 28, 132, 235, 334, 375.

Equilibre économique : 126, 127, 162, 188, 197.

Etablissement public : 78 à 81.

Etablissement public industriel et commercial (EPIC) : 55.

Etat :

- administratif : 264, 265.
- de droit : 16 à 18, 88, 94, 97, 98, 106, 157, 158, 324.
- libéral : 283, 305.
- minimum : 13, 283, 297, 302, 308, 334, 386.
- tutelle (de l'Etat) : 210, 293.

Eisenemann (Charles) :

- « les doctrines du service public » : 19.
- « le monisme du droit de la puissance publique » : 306, 328.
- « le dualisme du droit de la puissance publique : 30, 307 à 326.

Externalisation : 66 à 68.

G

Gestion :

- gestion privée : 57.
- gestion publique : 57, 77, 86, 134, 136, 138, 139.

Groupement d'intérêt public (GIP) : 52, 56.

Guizot (François) :

- le rôle du pouvoir dans la société : 44.

H

Hauriou (Maurice) :

- « on nous change notre Etat » : 26.
- la décentralisation administrative : 91.
- la gestion administrative : 50, 58, 137, 183.

Hayek (Friedrich) :

- « le droit de la liberté » : 14, 154.
- « la Grande société » : 16, 312, 313.

I

Individualisme : 41.

In house : 67, 68.

Initiative privée : 65, 284, 294 à 296, 335 à 344.

Intérêt général : 65, 66, 104, 368.

Interventionnisme :

- Economique : 332, 333, 357.
- libéral : 326, 347 à 349, 363.

J

Jeu du marché : 287, 331, 338, 345, 361.

L

Laisser-faire : 330, 334, 335.

Liberté(s) :

- du commerce et de l'industrie : 21, 101, 237, 335 à 337, 354, 368.
- de conscience : 211, 239.
- d'aller et venir : 231, 237, 243, 255.
- individuelle : 10, 98, 159, 165, 207, 212, 254.
- locales : 40.
- des prix : 346, 349.
- publiques : 100, 216, 251, 258, 260.

Lois de Rolland : 241, 247, 261, 343.

P

Pluralisme : 219, 220, 260.

Positivisme sociologique : 99, 221, 225, 226.

Prérogative de puissance publique : 36, 85, 87, 89, 90, 91.

Prestation de service public : 194, 238, 244, 245, 252, 256.

Principes :

- de continuité du service public : 236, 237.
- d'égalité : 48, 104, 161, 218, 238, 239, 255, 333, 364, 369.
- de mutabilité du service public : 240.
- de qualité du service public : 246.
- de solidarité : 196.
- de subsidiarité : 292.

Q

Question sociale : 12, 111, 208, 224, 230, 299, 320.

R

Rationalisation : 50 à 54, 72, 96, 108, 163, 195.

Recours pour excès de pouvoir : 91, 92, 96, 265.

Régulation : 153, 247, 249, 258, 260, 261, 355, 358.

Risque : 166, 178.

S

Séparation des pouvoirs : 8, 9, 189, 303, 306.

Service :

- d'intérêt économique général (SIEG) : 376, 379.
- universel (SU) : 235, 242, 343, 344.

Service public :

- administratif (SPA) : 365.
- d'assistance sociale : 298, 341.
- culturel : 300, 301.
- de distribution d'eau potable : 48.
- économique (SPE) : 350 à 358.
- de l'éducation (instruction publique) : 48, 213, 233, 256, 309 à 313.
- de l'équarrissage : 366.
- industriel et commercial (SPIC) : 24, 27, 87, 349, 363 à 366, 381.
- de la régulation : 353 à 356.
- de réseaux : 255.
- de santé : 252.

Smith (Adam) :

- « la main invisible » : 16, 307.
- « Le principe de division du travail » : 307, 310, 314, 315.
- « Les services des collectivités publiques » : 20, 287, 290.

Société publique locale (SPL) : 57, 68.

Socialisme municipal : 22, 51, 336, 357.

Souveraineté : 34, 74, 109, 110, 117, 118, 156, 201.

T

Tocqueville :

- *Self government* : 40.
- Le caractère politique du droit administratif : 98, 103.

U

Usager du service public : 92, 172, 233, 238, 240, 242, 243.

Utilitarisme : 224.

2. Index chronologique de jurisprudences

Conseil d'Etat (CE) :

- 6 décembre 1955, *Rotschild*, *Rec*., p. 707 : 181.
- 6 août 1861, *Dekeister*, *D*., 1862, III : 9.
- CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec*., p. 1148 : 303.
- 21 juin 1895, *Cames*, Romieu, *S.*, p. 680 :168.
- 29 mars 1901, *Casanova*, *Rec*., p. 333 : 91, 95, 335, 354.
- 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Les-Rouen*, *Rec*., p. 5 : 63, 240.
- 31 janvier 1902, *Grazietti*, *La jurisprudence administrative 1892-1929*, *op.cit.*, tome 2, p. 183 : 94.
- 18 avril 1902, *Commune de Néris-Les-Bains*, *Rec*., p. 275 : 93.
- 6 février 1903, *Terrier*, *S*. 1903, III, p. 25, conclusion Romieu : 26, 76, 77, 135, 182, 304, 323.
- 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec*., p. 962 : 92, 96, 266.
- 4 août 1905, *Martin*, n°14220 : 130.
- 29 février 1908, Thérond, *Rec*, p. 217 : 76, 182.
- 19 février 1909, *Abbé Olivier*, *RDP*, 1910, p. 69, note Jèze : 95.
- 7 août 1909, *Winkell*, *Rec*., p. 826: 104, 236.
- 11 mars 1910, *Compagnie générale françaises des tramways*, *Rec*., p. 216 : 63, 121, 126, 240.
- 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, *S*, 1913, III, p. 108 : 325.
- 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges contre Ville de Lille*, *Rec.*, p. 913, conclusions Blum : 19, 26, 77, 86, 141, 325.
- 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec*., p. 488 : 95.
- 14 janvier 1916, *Camino*, *Rec*., p. 15 : 94.
- 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec*., p. 125 : 63, 127.
- 23 décembre 1921, *Société générale d'armement, RDP*, 1922, p. 75, conclusions Rivet : 24, 363, 366.

- 12 mai 1922, *Ville de Saint-Malo, Rec*., p. 413 : 370.
- 30 novembre 1923, *Couitéas, Rec*., p. 789 : 179.
- 18 janvier 1924, *SA du Grand casino municipal de Saint-Malo, Rec*., p. 58 : 370.
- 28 mars 1924, *Poursines, Rec*., p. 357 : 171.
- 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, RDP*, 1930, p. 530, conclusions Josse : 337, 354.
- 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary, S*. 1932, III, p. 26, conclusion Josse : 140.
- 19 mai 1933, *Benjamin, Rec*., p. 541 : 95.
- 23 juin 1933, *Lavabre*. *Rec.*, p. 667 : 354.
- 24 novembre 1933, *Zénard, Rec*., p. 1100 : 354.
- 12 avril 1935, *Société des glaceries toulousaines et du Bazacle contre Ville de Toulouse, Rec*., p. 512 : 368.
- 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia, Rec*., p. 1212 : 64.
- 7 février, 1936, *Jamart, Rec*., p. 172 : 263.
- 29 mai 1936, *Société des entrepreneurs de couverture contre Ville de Bordeaux, Rec*., p. 622 : 368.
- 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection », Rec*., p. 417 : 5, 64, 87.
- 31 juillet, 1942, *Monpeurt, D*., 1943, p. 54 : 81.
- 2 avril 1943, *Bouguen,* D., 1944, p. 52 : 81.
- 26 octobre 1945, *Aramu, D.*, 1946, jurisprudence : 100.
- 16 février 1946, *Les savonneries de Bourgogne, Rec*., p. 49 : 101.
- 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-La-Plaine, Rec*., p. 279 : 59.
- 30 janvier 1948, *Syndicat des industriels en lentilles de la Haute-Loire, Rec*., p. 42 : 101
- 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore », Rec*., : 104.
- 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec*., p. 426 : 236.
- 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire, Rec*., p. 151 : 104.
- 22 juin 1951, *Daudignac, D.*, 1951, p. 589, conclusions Gazier : 101.
- 28 juillet 1951, *Laruelle, Rec*., p. 464 : 171.
- 3 février 1956, *Min. justice contre Thouzellier*. *Rec*., p. 49: 178.
- 20 avril 1956, *Epoux Bertin, Rec*., p. 167 : 143.
- 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture contre Consorts Grimouard, Rec*., p. 168 :143.

- 4 octobre 1957, *Ville de Charleville, D.*, 1957, II, p. 621 : 355.
- 2 novembre 1960, *Société Les distilleries de la Saane et de Beaune-la-Rolande réunies, Rec*., p. 1052 : 126.
- 13 janvier 1961, *Magnier, Rec*., p. 33 : 83, 87.
- 13 octobre 1961, *Etablissement public Campanon-Rey, AJDA*, 1962, p. 98 : 244.
- 28 juin 1963, *Narcy, in* J-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, Thémis droit, 16ème éd., Paris, 2014, p. 275 : 83.
- 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre, Rec.*, p. 562 : 233, 342.
- 12 janvier 1968, *Sieur X*, n°64212 : 366.
- 29 avril 1970, *Société Unipain, Rec*., p. 280 : 67.
- 23 décembre 1970, *Préfet du Val d'Oise et ministre de l'Intérieur contre commune de Montmagny*, *Rec*., p. 788 : 339.
- 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est, Rec*., p. 409, concl. Braibant : 374.
- 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant,* n°82338 :141.
- 10 mai 1974, *Chorques et Denoyez, RDP*, 1975 : 48, 238.
- 26 juin 1974, *Société La Maison des isolants de France* : 351.
- 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo, Rec*., p. 401 : 126.
- 14 mars 1980, *SA Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques*, n°03417 : 126.
- 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux, Rec*., p. 33 : 122.
- 20 juillet 1990, *Ville de Melun, AJDA*, 1990, 820, conclusions Pochard : 5, 90, 105.
- 14 janvier1994, *M. Bachelet, RFDA* 1993, p. 673, note Borgetto : 48.
- 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux, Rec*., p. 225 : 372.
- 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe, Rec*., p. 1109 : 47.
- 15 avril 1996, *Syndicat des hospitaliers de Bédarieux*, n°120273 : 47
- 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances, AJDA*, 1997.
- 28 février 1997, *Commune du Port*, n°167483 : 47.
- 3 novembre 1997, *Société Million et Marais, Rec*., p. 406, conclusions Stahl : 28, 373, 374, 382.

- 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph »*, *RFDA*, 2000, p. 798 : 369.
- 22 juin 2001, *SARL Constructions mécaniques du Bas-Poitou* n°203340 : 351.
- 11 juillet 2001, Société des eaux du nord, n°221458 : 271.
- 23 mai 2003, *Communauté de communes d'Artois-Lys*, *Rec* : 368.
- 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, *RFDA*, 2005, p. 595 : 191, 192.
- 1er février 2006, *Garde des Sceaux contre Maif*, *RFDA*, 2006 : 193, 194.
- 25 janvier 2006, *Commune de la Souche* n°284878 : 352.
- 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Rec*., p. 272 : 339, 382.
- 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *Rec*., p. 92 : 89, 90, 105.
- 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA*, 2007 : 65, 70, 71, 252.
- 16 juillet 2007, *Travaux Tropic Signalisation*, n°291545 : 130.
- 8 avril 2009, *M. et Melle Laruelle*, *AJDA*, 2009, p. 678 : 233.
- 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux*, *RFDA*, 2009, p. 456. : 379.
- 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, *AJDA* 2009, p. 2006, note Dreyfus : 368.
- 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, décision n°306911, *AJDA*, 2010, p. 957, conclusions Boulouis : 342.
- 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n°308564 : 352.
- 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, *AJDA* 2010, p. 2076 : 122.
- 10 novembre 2010, *Société Carso-Laboratoire santé*, *AJDA*, 2010, p. 2380, conclusions F. Lenica : 371.
- 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, N°338527 : 369, 370.
- 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Jonnet*, *RFDA*, 2012, p. 481 : 140.
- 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres*, n°347073, 347170, 350925 : 377.
- 8 avril 2013, *Fédération des sports de glace*, n°351735 : 87.
- 30 décembre 2013, *Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris*, n°355556 : 87.
- 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, n°359994 : 130.

- 16 juillet 2014, *Société SARL Sigmalis*, n°368960 : 340, 382.
- 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n°370644 : 126, 148, 202.
- 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*, n°368294 : 149.
- 30 décembre 2014, *Société Armor SNC, AJDA* 2015, p.7 : 368.

Conseil constitutionnel (CC) :

- décision n°82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* : 47.
- décision n°86-224, DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, RFDA,* 1987, p. 301, note Favoreu : 9.
- décision n°93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* : 47.
- décision n°2003-480 DC du 31 juillet 2003, *Loi relative à l'archéologie préventive* : 83.

Cours administratives d'appel et tribunaux administratifs (CAA et TA) :

- TA Paris, 10 mai 1995, *Société Nouvelle du Théâtre de Marigny,* n°93-14100/3 : 369.
- CAA Paris, 25 mars 2010, *Association Paris Jean Bouin*, n°09PA01920 : 370.
- CAA Paris, 11 avril 2013, *Association Racing Club de France*, n°12PA01504 : 369.
- CAA Nantes, 4 décembre 2014, *SARL Tweed*, n°13NT01690 : 352.

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ex CJCE) :

- 17 septembre 1980, *Philip Morris c/ Commission*, aff. C-730/79 : 360.
- CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 : 367.
- 8 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/ 98 : 68.
- 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, I-9067 : 379.
- 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98 : 369.

- 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance*, I-7747 : 379, 384.
- 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, *Rec.*, CJCE I-13769 : 366.
- CJCE, 11 juillet 2006, *Fenin c/Commission*, aff. C-205/03 : 367.

Tribunal des conflits (TC) :

- 26 juin 1850, *Asnif-Loutfyan*, *S.*, 1850, p. 679 : 181.
- 8 février 1873, *Blanco, S.*, 1873, III, p. 153 : 1, 9, 76, 102, 138, 170, 181,188, 190.
- 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, *Rec.*, p. 70 : 102.
- 30 juillet 1873, *Pelletier*, *D.*, 1874. 5 concl. David : 170, 171.
- 2 décembre 1902, *Société civile immobilière de Saint-Just*, *Rec.*, p. 713 : 104.
- 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, S.,* 1924, III, p. 34, conclusions Matter : 19, 24, 304, 326, 363,366.
- 17 décembre 1962, *Dame Bertrand contre Commune de Miquelon*, *AJDA*, 1963, p. 88.
- 15 janvier 1968, *Compagnie Air France contre Epoux Barbier*, *Rec.*, p. 789, conclusions Kahn : 87.
- 24 juin 1968, *Consorts Ursot contre ministre des P. et T.*, *Rec.*, p. 798 : 366.
- 2 mai 1977, *Confédération nationale du Crédit mutuel*, *Rec.*, p. 668 : 83.
- 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, *Rec.*, p. 293 : 372.
- 4 novembre 1996, *Société Datasport c. Ligue nationale football*, *AJDA*, 1997, p. 142 : 372.
- 14 février 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » contre Madame Verdier*, n°03170 : 56.
- 13 octobre 2014, *SA Axa France IARD*, n°3963 : 141.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GENERALE **1**

§1 - Le libéralisme au miroir du droit public 7

A. Autonomie libérale et droit public 7

I. Autonomie de la société et conception française de la séparation des pouvoirs 8

II. Autonomie de l'individu et « *Etat administratif* » 11

B. La doctrine de « l'Etat limité *» et le droit public* 13

I. « *L'Etat minimum* » et le droit spécial de l'Administration 13

II. « *L'Etat de droit* » et le droit administratif 16

§2 - Le service public au crible du libéralisme 18

II. Le renouveau du libéralisme et l'extension des services publics aux activités économiques 21

B. Le régime juridique des activités de service public contraint par les exigences libérales 23

I. La soumission des activités de service public au droit commun 23

II. La conversion du régime des services publics au droit du marché 25

§3 - La notion de service public et l'emprise du libéralisme 27

PARTIE 1 - LA PUISSANCE PUBLIQUE DESACRALISEE PAR LE SERVICE PUBLIC 30

Titre 1 - La libéralisation organique de la puissance publique par le service public **32**

Chapitre 1 - La désétatisation de la puissance publique 34

SECTION 1 - LA DÉCENTRALISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC 35

§1 - Le dilemme libéral français à l'égard de la décentralisation 35

A. Les aspirations libérales à la décentralisation 35

I. Décentralisation et libertés 36

II. Décentralisation et libéralisme 38

B. L'Etat, « tuteur » du libéralisme français 39

I. La centralisation, condition de la Révolution libérale individualiste 40

II. La combinaison de la décentralisation administrative et de la centralisation politique 41

III. L'équilibre entre centralisation politique et décentralisation administrative au cœur de la constitution administrative de la France 44

§2 - La puissance publique « éparpillée » par le service public 45

A. L'organisation décentralisée de l'administration ou le compromis du libéralisme français 45

I. La notion de service public et la théorie de l'Etat 46

II. Le service public et l'unité de l'Etat 48

a. Décentralisation administrative et unité politique de l'Etat 48

b. L'uniformité administrative par les lois du service public 50

B. La désinstitutionalisation de la puissance publique ou le risque néo-libéral 53

I. La réduction de l'institution à un principe d'organisation par le service public 53

a. L'invention de la gestion administrative 54

b. La réforme de l'Etat 55
II. L'atténuation de la distinction entre la gestion des administrations publiques et celle des organisations de droit commun 57
a. La soustraction de la gestion publique 57
b. L'indifférenciation entre les institutions et les organisations 59
SECTION 2 - LA PRIVATISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC 60
§1 - La participation des personnes privées à l'action de la puissance publique 60
A. La collaboration des particuliers à la gestion des services publics 61
I. Service public et collaboration 61
II. Des collaborateurs bénévoles aux collaborateurs occasionnels du service public 62
a. Les collaborateurs bénévoles du service public, ultime recours de la puissance publique 63
b. La collaboration occasionnelle au service public, nouvel horizon de l'organisation administrative 64
B. La participation des personnes morales de droit privé à la puissance publique par la mission de service public 65
I. L'intervention publique confiée à des personnes privées 65
a. L'association contractuelle des personnes privées à la puissance publique 65
b. L'intégration statutaire des personnes privées en charge d'une mission de service public à l'organisation de la puissance publique 67
c. La méconnaissance orientée de la *summa divisio* personne privée / personne publique en charge d'une obligation de service public en droit de l'Union européenne 68
II. La reconnaissance de la participation spontanée et permanente de personnes privées à l'activité de la puissance publique 69
Cette organisation de l'activité de la puissance publique en fonction des initiatives civiles, au travers de la mission de service public, reflète le degré avancé du processus de libéralisation organique de la puissance publique. 71
§2 - Les justifications libérales à l'association des personnes privées à l'action de la puissance publique 71
A. L'externalisation de la puissance publique par le service public 71
I. Limiter le secteur public par l'habilitation de personnes privées extérieures 71
II. Adapter le secteur public par la création de prestataires privés intégrés 72
B. La subordination de la puissance publique à la société civile par le service public 74
I. L'adaptation de la puissance publique à la société civile 74
II. L'organisation de la puissance publique réglée sur la société civile 75
Conclusion du chapitre 1 77
Chapitre 2 – La consécration du juge de la puissance publique 79
SECTION 1 – LE DÉPLOIEMENT DE LA COMPÉTENCE DU JUGE ADMINISTRATIF PAR LE SERVICE PUBLIC 79
§1- L'élargissement du champ du droit de la puissance publique 81
A. L'intégration du contentieux des personnes publiques secondaires au droit administratif 81
I. L'absorption du contentieux des collectivités territoriales 81
a. L'enjeu des litiges contractuels et extracontractuels des collectivités territoriales 81
b. La gestion publique, critère du droit administratif 83
II. L'extension du droit administratif au contentieux des personnes morales publiques spécialisées en charge d'un service public 85

B. La reconnaissance de la nature administrative de certains actes de personnes morales non-publiques en charge d'un service public 86
I. Des actes administratifs pris par des personnes juridiques de nature indéterminée 86
II. Dispersion des prérogatives de puissance publique en dehors de la sphère publique et crise du libéralisme 89

§2 - La dilution de l'exorbitance du droit de la puissance publique 90
A. La circonscription du contentieux administratif 91
I. La réduction du droit de la puissance publique à la gestion publique 91
II. Le cantonnement du régime administratif à la prérogative de puissance publique 93
B. La disparition de la prérogative de puissance publique du contentieux administratif par le service public 94
I. Le droit administratif dépourvu de prérogative de puissance publique 95
II. Le droit administratif réduit aux sujétions de puissance publique 96
SECTION 2 - L'APPROFONDISSEMENT DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF PAR LE SERVICE PUBLIC 97
§1 - Le renforcement de l'emprise du juge sur l'administration à travers le service public 97
A. L'élargissement de l'intérêt pour agir, contrepartie à la décentralisation 98
I. L'intérêt pour agir des administrés à l'encontre des décisions des autorités administratives décentralisées 98
II. L'intérêt pour agir des personnes administratives décentralisées à l'encontre des décisions des autorités de tutelle 100
B. L'accentuation du contrôle du juge administratif dans la république décentralisée 101
I. La diversification des modalités du contrôle de légalité 101
a. Le contrôle du juge au service de l'autonomie des collectivités territoriales 101
b. Le contrôle du juge contre les abus des autorités locales 102
II. L'alignement du contrôle des actes des personnes publiques secondaires sur l'ensemble des actes administratifs 103
§2 - L'enrichissement de la légalité administrative par les principes généraux du droit à partir de la notion de service public 105
A. L'origine libérale des principes généraux du droit 105
I. La conciliation de l'exorbitance du droit administratif et du libéralisme par les principes généraux du droit 105
a. Le plaidoyer libéral de Tocqueville pour les principes généraux du droit 105
b. La consécration des principes généraux du droit précipitée par les menaces au régime libéral 107
II. Le cantonnement de l'intervention de la puissance publique par les principes généraux du droit 108
B. Le service public, source des principes généraux du droit 109
I. Les références concomitantes à la notion de service public et aux principes généraux du droit dans la jurisprudence 109
II. La consécration de certains principes généraux du droit inhérents au service public 111
Conclusion du chapitre 2 114

Titre 2 - La libéralisation matérielle du droit administratif par le service public 118
Chapitre 1 - La contractualisation du droit administratif 120
SECTION 1 - LE RÔLE DU CONTRAT ADMINISTRATIF DANS LA LIBÉRALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF 121
§1 - Libéralisme et contrat administratif 121
A. La désacralisation de la puissance publique au travers de l'opération contractuelle 121

I. Le contrat, une notion libérale 121
II. L'égalité de droit entre la puissance publique et son cocontractant 123
B. La conformité du régime du contrat administratif aux fondements du libéralisme 125
I. La nature contractuelle du contrat administratif 125
a. La question du consentement du cocontractant de l'administration 126
b. La nature partiellement objective du consentement au fondement du contrat administratif 129
II. L'équilibre libéral du contrat administratif 131
§2 - Néo-libéralisme et contrat public 133
A. Assujettissement de la puissance publique au marché et passation des contrats publics 134
I. Le droit de la concurrence garanti par les règles de passation des contrats 134
II. La métamorphose récente du contentieux contractuel au service du droit de la concurrence 135
B. Contractualisation et libéralisation de l'intervention publique 136
I. La rationalisation des politiques publiques à travers le contrat 137
II. La consécration de l'ordre concurrentiel à travers la contractualisation 138
SECTION 2 - LE RÔLE DU SERVICE PUBLIC DANS LE DÉVELOPPEMENT DU CONTRAT ADMINISTRATIF 139
§1 - La voie contractuelle ouverte à la puissance publique par l'idée de service public 140
A. Le contrat administratif, acte de gestion publique 140
B. La gestion publique, activité du service public 142
§2 – L'autonomie du droit des contrats administratifs déterminée par le service public 145
A. La question de l'autonomie du droit des contrats administratifs 145
I. L'édification d'une théorie générale du contrat administratif à partir de la notion de service public 146
a. L'introuvable théorie des contrats administratifs à partir de la clause exorbitante de droit commun 146
b. Le service public et la théorie contractuelle en droit de la puissance publique 147
II. L'impossible autonomie du droit administratif sans théorie générale du contrat administratif 149
a. L'équation entre l'existence d'une théorie générale du contrat administratif et l'autonomie du droit administratif 150
b. La fonction libérale de la théorie générale des contrats administratifs 151
B. La remise en cause de l'unité du régime du contrat administratif révélée par le service public 152
I. La dualité du régime du contrat administratif révélée à travers la notion de service public 153
II. L'hypothèse de la pénétration de la logique néo-libérale au sein du régime du contrat administratif 154
Conclusion du chapitre 1 156
Chapitre 2 - La responsabilisation du droit administratif 158
SECTION 1 - LES JUSTIFICATIONS LIBÉRALES DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE 159
§1 - Libéralisme politique et responsabilité administrative 159
A. La limitation de l'Etat par la responsabilité administrative 159
I. La responsabilité, un principe inhérent à la société libérale 160
II. La responsabilisation libérale du droit de la puissance publique 160
B. Responsabilité administrative et garantie des droits des administrés 162
§2 - Libéralisme économique et responsabilité administrative 163
A. La nature patrimoniale du contentieux de la responsabilité administrative 164

I. Le rétablissement d'un équilibre 164
II. Une notion aussi bien économique que juridique 165
B. Les adaptations de la responsabilité administrative au modèle socio-économique 166
I. L'évolution de la responsabilité entraînée par la Révolution industrielle 166
II. L'objectivisation de la responsabilité, exigence libérale face à l'avènement de l'Etat-providence 168
SECTION 2 - LA RESPONSABILISATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC 169
§1 - La puissance publique responsable du « bon fonctionnement » du service public 169
A. L'amalgame entre la faute et le dysfonctionnement du service public 169
I. La référence au service défectueux 170
II. La nature objective de la faute de service 173
B. La responsabilité sans faute de la puissance publique et les dommages causés par le « bon fonctionnement du service public » 175
I. La responsabilité fondée sur le risque et les accidents d'un service public régulier 176
II. La responsabilité fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques et les dommages collatéraux du bon fonctionnement du service public 177
§2 - L'autonomie relative du droit de la responsabilité de la puissance publique par la notion de service public 179
A. L'unification du droit de la responsabilité publique par la notion de service public 179
I. La spécificité économique des règles du contentieux de la responsabilité administrative à partir de l'idée de service public 179
II. La généralisation du droit de la responsabilité de la puissance publique à l'époque du service public 181
B. L'autonomie menacée de la responsabilité de la puissance publique 182
I. L'alignement de la responsabilité du droit de la puissance publique sur les principes civilistes : prix de l'autonomie du droit administratif 183
a. L'idée de service au fondement des régimes civilistes et administratifs de la responsabilité 183
b. L'autonomie institutionnelle de la responsabilité administrative 189
II. La désinstitutionalisation de la responsabilité administrative par le service public 190
a. La pénétration du concept civiliste de garde dans le droit de la puissance publique 190
b. La banalisation néo-libérale de la responsabilité de la puissance publique 193
Conclusion du chapitre 2 196

Conclusion du titre 2 **198**

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 200

PARTIE 2 - LE LIBERALISME INSTITUE PAR LE SERVICE PUBLIC 202

Titre 1 - L'individu, finalité du service public **204**
Chapitre 1 - La puissance publique au service de l'individualisme libéral 206
SECTION 1 - LA SUBORDINATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE À L'INDIVIDU PAR LE SERVICE PUBLIC 207
§1 - L'ambivalence du rôle de la puissance publique dans la doctrine individualiste libérale 207
A. Individualisme et puissance publique 207
I. Pas de libéralisme sans individualisme 208
a. L'individualisme moral du libéralisme 208
b. L'anti-égoïsme de l'individualisme libéral 209

II. Pas d'individualisme sans puissance publique 210
B. Individualisme juridique et étatisme 213
I. « *Le culte des droits de l'homme* » et le sacre de l'Etat 213
a. La Déclaration des droits individuels et la constitution de l'Etat 214
b. L'individualisme rationaliste contre l'individu 216
c. La confusion entre l'égalité formelle et l'égalité réelle 217
II. L'idéologie des droits de l'homme et la « *crise de l'universel* » 218
a. L'intégration libérale de l'individu au social par la loi 218
b. Le pluralisme juridique contre la société libérale 219
§2 - La conciliation des impératifs de l'individualisme libéral par la notion de service public 220
A. La réappropriation de l'individualisme juridique par les libéraux 221
I. La critique libérale de la théorie des droits naturels 221
II. La conception libérale du droit de propriété 223
B. L'individualisme libéral et la notion de service public 228
I. La régulation sociale des droits individuels 228
II. L'assujettissement de la puissance publique au social par le service public 230
SECTION 2 - L'INDIVIDUALISATION DU DROIT DE LA PUISSANCE PUBLIQUE PAR LE SERVICE PUBLIC 231
§1 - L'organisation des services publics dictée par les droits et libertés individuels 232
A. L'obligation de créer un service public en vertu d'un droit fondamental 232
B. L'éventuelle consécration d'un droit fondamental à l'accès aux services publics 234
I. Le droit d'accès au service public dans la jurisprudence administrative 234
II. L'influence des droits communautaire et conventionnel 236
§2 - La subjectivisation du droit administratif à travers le fonctionnement des services publics 238
A. L'évolution des lois du service public, empreinte de la subjectivisation du droit administratif 238
I. La garantie des droits et libertés individuels par la continuité du service public 239
II. La subjectivisation du principe d'égalité devant le service public 240
III. Du principe de mutabilité au principe d'adaptabilité du service public 242
B. La singularisation de l'usager du service public 243
I. La catégorisation de l'usager des services publics 243
II. La particularisation de l'usager du service public 245
Conclusion du chapitre 1 247
Chapitre 2 : L'autonomie de l'individu-citoyen, quête du service public 248
SECTION 1 - LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS INDIVIDUELS, FONCTION DU SERVICE PUBLIC 249
§1 - La création de services publics, condition de la garantie des droits et libertés 249
A. La remise en cause de la conception anti-étatique des libertés publiques 249
I. La conception anti-étatique des libertés publiques dans la doctrine française 250
II. La distinction artificielle entre droits-créances et libertés publiques au regard du projet libéral 251
B. La garantie des droits et libertés par le service public 253
I. La sauvegarde des droits-libertés par le service public 253
II. La mise en œuvre des droits-créances par le service public 254
§2 - L'extension ou la création de services publics, conséquence de la protection effective des droits et libertés 255
A. L'extension du service public de la justice nécessaire au règlement des conflits de droits 255
B. La multiplication des services de régulation indispensables à la gestion des libertés publiques 257

I. La régulation publique des libertés publiques 257
II. Le caractère libéral des services publics de régulation des libertés publiques 258
SECTION 2 - L'ADMINISTRÉ, CITOYEN PAR LE SERVICE PUBLIC 259
§1 - L'usager du service public, citoyen de la démocratie administrative libérale 260
A. L'usager du service public, citoyen administratif 261
I. De la figure du citoyen à celle de l'usager 261
II. De l'assujettissement de l'administré au service de l'usager 262
B. L'usager du service public, contre-pouvoir 262
I. L'usager du service public, sujet du droit contre l'administration 263
II. Les usagers du service public représentés dans l'administration 264
§2 - L'usager du service public, consommateur de la démocratie administrative néo-libérale 265
A. L'usager, consommateur de services publics 265
I. Le consommateur-citoyen néo-libéral 265
II. L'impératif participatif et la satisfaction des intérêts particuliers 267
B. La régulation du comportement des usagers par la citoyenneté administrative 269
I. Une meilleure réception du pouvoir de décision de l'administration 269
II. La prestation de service et le comportement des usagers 271

Conclusion du titre 1 **275**
Chapitre 1 - Le marché, limite de l'intervention publique libérale 279
SECTION 1 - LE MONISME LIBÉRAL DU DROIT DE L'ETAT MINIMUM PAR LE SERVICE PUBLIC 280
§1 - Les activités de service public et le marché 280
A. Le service public, activité circonscrite par le marché 281
I. Les origines économiques du service public 281
II. L'objet des services publics déterminé par la science économique 285
B. Le champ des services publics subordonné à l'évolution du marché 290
I. L'état du marché et la nature des activités 290
II. La variabilité du champ des services publics chez les juristes au nom du libéralisme 292
§2 - Le service public, régime exorbitant de l'Etat minimum 296
A. L'originalité libérale du droit de la puissance publique 297
I. Le service public, droit spécial de la puissance publique 297
II. Le service public, droit des fonctions de l'Etat libéral 298
B. La coïncidence libérale entre service public et puissance publique 299
SECTION 2 - LE DUALISME DU DROIT DE LA PUISSANCE PUBLIQUE LIBÉRALE 301
§1 - Le service public, *res publica* libérale 303
A. La permanence du service public dans la société de marché 303
I. La précédence du service public et l'ordre social 303
II. La rémanence du service public pour projeter la société de marché 305
B. La prolifération du service public dans la société libérale 307
I. Division du travail et interdépendance sociale 307
II. Division du travail et arborescence du service public 308
§2 - Le dédoublement libéral de la notion de service public 310
A. La dissociation libérale entre le service public et la gestion publique 311
I. Les juristes libéraux et le critère du service public 311
II. La théorie libérale de la gestion privée des services publics 313
B. La distinction libérale entre les notions de SPA et de SPIC 315
I. Du régime des actes au régime des activités 315

II. Des services publics administratifs et des services publics industriels et commerciaux 317
Chapitre 2 - Le marché, modèle de l'intervention publique néo-libérale 321
SECTION 1 - L'INTERVENTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AU SERVICE DU MARCHÉ 322
§1 - Le marché, ordre spontané à « *cultiver* » par le service public 323
A. Le marché, ordre spontané 323
I. Le jeu du marché 323
II. Le rôle de la puissance publique en économie de marché selon les auteurs néo-libéraux 325
a. Contre l'interventionnisme 325
b. Contre le laisser-faire 327
B. L'exaltation du marché par le service public 329
I. Le soutien du marché par le service public 330
a. Le recours néo-libéral aux services publics pour combler la défaillance de l'initiative privée 330
b. Des services publics de l'information pour faciliter le fonctionnement du marché 333
II. L'intégration de tous les agents économiques au marché par le service public 336
a. Le recours néo-libéral au service public pour combler la défaillance qualitative de l'initiative privée 336
b. Le caractère néo-libéral de la notion communautaire de service universel 338
§2 - Le marché, ordre artificiel à construire par le service public 341
A. Le néo-libéralisme français ou le « libéralisme constructif » 341
I. Le marché, ordre artificiel à maîtriser 341
II. « L'interventionnisme libéral » des néo-libéraux français 343
B. La construction du marché par le service public 346
I. Développement et régulation du marché par le service public 346
a. Le service public du développement économique 346
b. Le service public de la régulation 348
II. Un service public économique néo-libéral 350
SECTION 2 LA SOUMISSION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AU MARCHÉ PAR LE SERVICE PUBLIC 353
§1 - La conversion de l'intervention publique à la gestion concurrentielle par le service public 354
A. La gestion concurrentielle des affaires publiques par le service public industriel et commercial 355
I. La soumission de l'intervention publique au droit commun par la notion de SPIC 355
II. La contingence des SPIC, porte ouverte à la gestion privée des affaires publiques 357
B. L'accès concurrentiel de la puissance publique au marché par le service public 361
I. L'accès au marché par la mission de service public 362
II. La subordination de la puissance publique au droit de la commande publique par la mission de service public 363
§2 - L'assujettissement de l'intervention publique à l'ordre concurrentiel par le service public 367
A. La soumission de l'acte administratif à l'ordre concurrentiel par la dévolution de service public 368
I. La déconstruction du postulat libéral par les conclusions néo-libérales du Commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl 368
II. La logique néo-libérale clairement adoptée par le Conseil d'Etat à partir de l'arrêt *Million et Marais* 370

B. Le rétablissement de l'ordre concurrentiel par la compensation de service public 372
I. Le rétablissement de l'intégrité du marché par la mission de service public 373
a. Le déficit concurrentiel comblé par le service public 373
b. Les externalités positives intégrées au fonctionnement du marché par le service public 375
II. La mesure de l'intervention publique déterminée par la compensation de service public 376
Conclusion du chapitre 2 379

Conclusion du titre 2 **382**

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 **383**

CONCLUSION GENERALE **385**

BIBLIOGRAPHIE **391**

INDEX **421**