



**HAL**  
open science

# Derrière le devoir de loyauté: le service public face à l'objectif régulateur de bon fonctionnement du marché

Fabien Bottini

## ► To cite this version:

Fabien Bottini. Derrière le devoir de loyauté: le service public face à l'objectif régulateur de bon fonctionnement du marché. Puigelier C. et Chaumet P.-O. (dir.). *Penser la loyauté en droit. Mélanges en l'honneur de Christine Youego*, Mare & Martin, 2023, Mélanges, 978-2-84934-770-6. hal-04564003

**HAL Id: hal-04564003**

**<https://univ-lemans.hal.science/hal-04564003v1>**

Submitted on 22 Nov 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **DERRIERE LE DEVOIR DE LOYAUTE : LE SERVICE PUBLIC FACE A L'OBJECTIF REGULATEUR DE BON FONCTIONNEMENT DU MARCHE<sup>1</sup>**

Par  
Fabien BOTTINI  
Docteur en droit public – HDR  
Professeur des Universités  
à l'Université du Maine  
Membre Sénior  
de l'Institut Universitaire de France  
Membre du Thémis-UM  
<sup>2</sup>Membre associé du LexFEIM

« L'entreprise », écrivait en 1932 le théoricien britannique du management Charles Handy, « ne peut exiger la loyauté de ses salariés : elle doit la mériter ». Il n'y a toutefois pas que les opérateurs économiques qui soient de nos jours astreints à un tel devoir de loyauté ; les serviteurs de l'État le sont également au travers des infractions sanctionnant leurs manquements au devoir de probité.

Mais la loyauté ainsi comprise n'est un aspect d'un projet plus large : celui que Michel Foucault avait mis en lumière dans ses recherches sur la « *biopolitique* »<sup>3</sup> à partir d'une analyse du colloque Lippmann de 1938, à l'origine du néolibéralisme, et de ses implications politico-juridiques : car celles-ci ont progressivement conduit à partir, sinon de 1945, du moins de 1980, à mobiliser le droit, et notamment le droit public, pour modeler la vie des individus – c'est le sens même de l'idée de biopolitique – de façon à « fabriquer à chaque instant », avec tout l'ensemble de « contraintes (...) que pose cette fabrication »<sup>4</sup>, la « liberté du marché »<sup>5</sup> : dès lors que « le marché n'est plus » conçu comme « une donnée naturelle sur laquelle l'individu ne peut agir » mais comme « un espace normatif qu'une politique économique et une action législative permettront de faire advenir, d'entretenir, de corriger et d'étendre »<sup>6</sup>.

De prénormatif, ce projet est ainsi devenu normatif au sens juridique du terme, grâce au volontarisme des autorités politiques qui y ont progressivement vu, au sortir de la seconde guerre mondiale, le moyen de prévenir les conflits entre États, grâce à l'interpénétration économique des nations.

C'est donc à la lumière de la réception du projet de l'économie politique dans le champ juridique que le devoir de loyauté apparaît comme la pièce d'un puzzle plus large conduisant à « utiliser » (I) et « optimiser » (II) le service public – entendu comme l'« activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique »<sup>7</sup> – en mettant ses activités en réseau pour en faire l'instrument du bon fonctionnement du marché mondial et européen.

## **I. L'utilitarisation du service public**

---

<sup>1</sup> Article tiré d'une communication faite au colloque organisé le 19 novembre 2022 à l'Université de Limoges par Alexis Le Quinio sur *La régulation du service public : entre droit constitutionnel et droit administratif*. L'auteur remercie le directeur scientifique de cette manifestation de son aimable autorisation à publier cette contribution ici.

<sup>2</sup> V. art. 432-10 à 432-16 du C. pén.

<sup>3</sup> Foucault M., *La Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard-Seuil 2004.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>6</sup> V. Laval C., *Foucault, Bourdieu et la question néolibérale*, La Découverte 2018, p. 64.

<sup>7</sup> Selon la définition qu'en a donné René Chapus in *Droit administratif général*, Montchrestien 2001, p. 579.

Si le TFUE se réfère à deux reprises aux obligations des autorités européennes et nationales d'assurer « le bon fonctionnement du marché intérieur »<sup>8</sup> – sans qu'on sache d'ailleurs si l'expression renvoie à un véritable principe astreignant les intéressées à une obligation de résultat ou à un simple objectif les soumettant à une seule obligation de moyen (interprétation retenue ici) –, le droit interne n'érige à proprement parler pas cet objectif en principe matriciel de l'action publique. Mais, outre que l'idée de bon fonctionnement de marché est parfois évoquée par le droit positif<sup>9</sup>, c'est bien elle qui sous-tend l'apparition de nouvelles normes de référence servant au contrôle juridictionnel, comme par exemple l'objectif de « préservation »<sup>10</sup> ou de « protection »<sup>11</sup> de « l'ordre public économique » identifié par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État<sup>12</sup>.

Car l'expression se distingue de l'ordre public sous-entendu politique affirmé en 1789 : en ce qu'elle ne vise plus tant à permettre aux individus d'être libres en participant collectivement à la définition de l'intérêt général via les droits du citoyen qu'à garantir le « bon fonctionnement du marché »<sup>13</sup> : non seulement en limitant la capacité des activités de service public à porter atteinte aux droits économiques fondamentaux (A) ; mais aussi et peut être surtout en les mettant au service de leur exercice (B).

### A. L'interdiction d'attenter à l'exercice des droits économiques fondamentaux

De façon négative, l'objectif régulateur<sup>14</sup> de bon fonctionnement du marché interdit au service public et à ses activités d'attenter à la substance même des droits économiques fondamentaux nécessaires au libre jeu de l'offre et de la demande.

I. C'est en premier lieu la conséquence de la fundamentalité désormais reconnue à ces droits.

Bien que la révision de 2008 lui préfère l'expression de « droits et libertés que la Constitution garantit »<sup>15</sup>, celle de droits fondamentaux reste en effet employée dans la jurisprudence constitutionnelle<sup>16</sup> administrative<sup>17</sup>, comme un moyen d'obliger le service public à respecter les droits économiques des opérateurs du marché.

Sur son fondement, la jurisprudence a le pouvoir de censurer le droit du service public chaque fois qu'il y contrevient : puisque le propre de tels droits est d'être des droits subjectifs n'ayant pas besoin d'être précisés par une norme inférieure pour pouvoir produire des effets juridiques : ils sont invocables par leurs bénéficiaires et opposables à l'État *lato sensu* – au législateur comme au pouvoir réglementaire ; au pouvoir central comme aux autorités locales ; aux activités de police comme aux activités de prestations de la puissance publique – du fait même de leur nature de droits subjectifs.

II. Or, cette fundamentalité bénéficie d'abord et avant tout aux droits nécessaires à la création et à l'accumulation des richesses dans la perspective capitaliste – ce qui explique qu'après avoir longtemps eu valeur de PGD en droit administratif<sup>18</sup>, le droit de propriété, la liberté contractuelle ou encore la liberté d'entreprendre<sup>19</sup> se soient vu reconnaître valeur suprême en droit constitutionnel et

---

<sup>8</sup> Cf. art. 65.4 et 81.2 du TFUE.

<sup>9</sup> Même si l'expression n'est pas absente des décisions rendues. Cf. par ex. CC 634 QPC du 2.6.2017, Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, cs. 3 s. et CE 28.3.2011, Sté Euroland Finance, n° 316521 : la décision se réfère « à l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement du marché ».

<sup>10</sup> Cf. CC 126 QPC du 13.5.2011, Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence, R. 235, cs. 5 et CE 10.7.2015, Galletier de Falletans, n° 369454, RT. 564.

<sup>11</sup> CE 28.9.2017, Sté Altice Luxembourg et a., R. 301.

<sup>12</sup> Sur cette notion, v. Laget-Annamayer A. (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ 2018.

<sup>13</sup> Pour une décision liant les deux, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 6.7.2016, Pourvoi n° 15-21811.

<sup>14</sup> Au sens où la régulation renvoie à la fois à un « système de règles d'encadrement du marché » et à la mise en application de ces règles « dans les zones de l'économie où les mécanismes du marché libre ne suffisent pas à produire un fonctionnement jugé satisfaisant (*market failures*) du point de vue de l'intérêt public (*public interest*) » (Stoffaas C., *Vers une régulation européenne des réseaux*, Ministère délégué aux Affaires européennes 2003, p. 8.).

<sup>15</sup> V. art. 61-1 C.

<sup>16</sup> Notamment dans les cas d'application du droit de l'UE. V. CC 966 QPC du 28.1.2022, Exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession, cs. 5.

<sup>17</sup> CE ord. 12.11.2001, Cne de Montreuil-Bellay, R. 551.

<sup>18</sup> V. par ex. CE Ass. 22.6.1951, Daudignac, GAJA n° 60.

<sup>19</sup> V. notre ouvrage : *L'action économique des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs*, IFDJ-Legitech 2020, n° 112.

conventionnel : de sorte que leur respect s'impose aussi bien au législateur qu'aux autorités administratives (locales et nationales) dans l'organisation et le fonctionnement du service public.

Cette fundamentalité ne bénéficie d'ailleurs pas seulement aux seuls particuliers, personnes physiques ; elle profite également aux personnes morales de droit privé, c'est-à-dire très concrètement aux opérateurs économiques, c'est-à-dire encore aux entreprises<sup>20</sup>.

De sorte que les personnes publiques ne peuvent en principe user de leurs prérogatives de puissance publique d'une façon qui limite sans raison d'intérêt général l'exercice des droits nécessaires à l'épanouissement de l'initiative privée. Les services publics ne sauraient en effet apporter des « *restrictions arbitraires ou abusives (...) à la liberté d'entreprendre* »<sup>21</sup> des personnes privées ou à la liberté de la concurrence<sup>22</sup> ni porter atteinte à leur substance même d'une façon générale et absolue<sup>23</sup> : dès lors que cela compromettrait la réalisation de l'objectif de bon fonctionnement du marché.

Le service public est même dans l'obligation de mobiliser en réseau ses différentes activités pour faciliter leur exercice au nom de cet objectif.

### B. L'obligation de faciliter l'exercice des droits économiques fondamentaux

De façon positive, l'objectif régulateur de bon fonctionnement du marché conduit droits de l'UE, constitutionnel et administratif à faire du service public une double garantie du libre jeu de l'offre et de la demande.

I. En premier lieu, c'est au nom de cet objectif que le service public est mobilisé pour prévenir ou remédier aux dysfonctionnements du marché liés à la violation de ses règles normales de fonctionnement ou à la survenue de circonstances exceptionnelles : puisqu'il lui revient alors à chaque fois d'intervenir pour garantir le respect du droit de la concurrence ou l'aménager face aux événements.

Tandis que son intervention vise dans le premier cas à rappeler les opérateurs économiques au respect des règles du jeu du marché – qu'il s'agisse d'opérateurs privés ou publics, dès lors que son fonctionnement normal suppose en principe la neutralité des services publics marchands dans l'économie –, elle tend dans le second à prendre les mesures nécessaires pour permettre le rétablissement rapide des circonstances, pour que le jeu normal du marché puisse reprendre au plus vite.

II. En second lieu, l'objectif régulateur de bon fonctionnement du marché permet de comprendre que le service public soit érigé en rempart contre les dysfonctionnements du marché cette fois liés à son fonctionnement normal.

Le paradoxe de la concurrence fait en effet que, livré à lui-même, le jeu de la loi de l'offre et de la demande conduit à un phénomène de concentration des entreprises, pouvant aller jusqu'à la constitution d'oligopoles voire de monopoles. Or, le service public peut dans chacune de ces hypothèses être mobilisé, pour préserver ou réintroduire de la concurrence dans le secteur d'activité concerné.

C'est par exemple ce qui explique qu'une opération de concentration d'entreprises soit soumise à autorisation préalable de certains SPA – ministère de l'économie, Autorité de la concurrence ou

---

<sup>20</sup> V. Champeil-Desplats V., « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum* 2010-5.

<sup>21</sup> CC 132 DC du 16.1.1982, Loi de nationalisation.

<sup>22</sup> CE 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *préc.* Cet arrêt se réfère il est vrai à la lettre au principe de libre concurrence. Mais ce dernier constitue selon nous un principe de synthèse formé du droit de la concurrence et de la liberté de la concurrence. Sur cette question, v. notre ouvrage l'action économique *des collectivités publiques : ses enjeux, son droit, ses acteurs, préc.*, n° 133.

<sup>23</sup> Cf. CE Ass. 22.6.1951, Daudignac, *préc.* et CC 283 DC du 8.1.1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cs. 29.

Commission européenne elle-même selon les cas<sup>24</sup> – ; et qu’un SPIC puisse être candidat à un contrat de la commande publique – quand bien même il serait géré par une personne publique –, ou être créé sur un marché chaque fois qu’un intérêt général le justifie et sous réserve de ne pas tirer d’avantage anti-concurrentiel disproportionné des prérogatives de puissance publique qui lui sont éventuellement confiées : puisque son intervention permet alors de réinjecter de la concurrence là où elle est insuffisante<sup>25</sup>.

Que le marché joue de façon normale ou anormale, le service public est à chaque fois mobilisé pour assurer le bon fonctionnement de la loi de l’offre et de la demande.

Instrumentaliser ainsi le service public ne présente toutefois d’intérêt qu’autant que son action s’avère performante dans la réalisation de cet objectif. C’est la raison pour laquelle son utilitarisation s’est accompagnée de son optimisation.

## **II. L’ optimisation du service public**

Parce qu’« utilitariser » le service public aux fins d’en faire l’instrument du bon fonctionnement du marché ne suffit pas à garantir le jeu optimal de la loi de l’offre et de la demande, ledit service a progressivement été rendu plus performant depuis le tournant des années 1980 – c’est-à-dire « efficace, efficient et économe » au sens des trois « *Es* » qui constituent la finalité de la nouvelle gestion publique<sup>26</sup> – : grâce à l’invention de nouveaux garde-fous contre son arbitraire, d’une part (A), et à l’apparition de nouvelles « lois de Rolland »<sup>27</sup>, d’autre part (B).

### A. L’invention de nouveaux garde-fous contre un service public nuisible au libre jeu du marché

Séparations horizontale et verticale des pouvoirs sont désormais organisées sur le modèle d’un grand panoptique juridique<sup>28</sup> : de façon à placer chaque autorité publique sous le regard de l’autre et des opérateurs économiques et à nourrir la confiance de ces derniers envers le service public en prévenant son arbitraire : dès lors que celui-ci ne peut qu’être nuisible au bon fonctionnement du marché.

I. C’est d’abord le résultat des réformes destinées à renforcer la séparation verticale pour faire des juges et des autorités administratives/publiques indépendantes des garants du respect des droits subjectifs des acteurs du marché.

Les premiers ont acquis le pouvoir de frapper « vite et fort »<sup>29</sup> pour assurer le respect de l’ordre public économique nécessaire au bon fonctionnement du marché : vite, du fait des pouvoirs de référé dont les juridictions administratives se sont trouvées investies, notamment en matière contractuelle<sup>30</sup> ; fort, du fait de la reconnaissance d’un pouvoir d’injonction sous astreinte au juge administratif, de l’abandon de la théorie de la loi écran<sup>31</sup> confortée par la création de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>32</sup> ; de l’apparition des réserves d’interprétation ; mais aussi de la généralisation des cas de recours au bilan-coût avantage<sup>33</sup> ou au triple test de proportionnalité – qui conduit le juge à censurer l’action réglementaire des services publics ou du législateur chaque fois qu’elle apparaît

<sup>24</sup> Cf. Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004 et art. L. 430-5 du Code de commerce.

<sup>25</sup> Cf. CE 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275531 et 30.12.2014, Armor SNC, n° 355563.

<sup>26</sup> Polidano C., « Administrative reform in core civil services: application and applicability of the new public management », in *The internationalization of Public Management*, E. Elgar 2001, p. 64.

<sup>27</sup> Du nom du Professeur Louis Rolland qui, le premier, a synthétisé les principes directeurs du service public : v. son *Précis de droit administratif*, Dalloz 1957, pt. 18.

<sup>28</sup> Sur cette question, voir notre article : « Le grand panoptique juridique ? Essai sur le contenu d’un phénomène en plein essor », in Clerckx J. et Lo G. (dir.), *Terrorisme et droits fondamentaux de la personne humaine*, colloque du 8 juin 2022 à l’Université Le Havre-Normandie (à paraître).

<sup>29</sup> V. notre article « Le contentieux administratif français, produit compétitif ? », in Ngampio U. et Pontier J.-M., *Le droit administratif aux défis du XX<sup>e</sup> siècle*, IFDJ 2022, p. 29.

<sup>30</sup> V. par ex. les référés précontractuel et contractuel des art. L551-1 s. CJA.

<sup>31</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> 24.5.1975, Sté Cafés Jacques Vabre, D. 1975. 497, concl. Touffait ; CE 20.10.1989, Nicolo, GAJA n° 84.

<sup>32</sup> V. art. 61-1 de la Constitution.

<sup>33</sup> CE Ass. 28.5.1971, Ville nouvelle Est, GAJA n° 79.

injustifiée, inadaptée ou disproportionnée face à ce qu'exige le bon fonctionnement du marché<sup>34</sup> ... : car toutes ces évolutions partagent la même finalité : renforcer le pouvoir des juridictions de concilier les droits fondamentaux de nature sociale, environnementale ou politique et les autres considérations d'intérêt général dont l'État a la charge avec l'exercice des droits économiques fondamentaux nécessaires au libre jeu de la loi de l'offre et de la demande.

Quant aux autorités de régulation, elles ont été dotées aux mêmes fins d'importantes prérogatives, d'ordre à la fois quasi-exécutives (pouvoir d'édicter des AAU ou des lignes directrices), quasi-législatives (pouvoir de proposition et d'interprétation des lois) et quasi-judiciaires (pouvoir de sanction ou d'homologation)<sup>35</sup> : afin d'éviter qu'un État par ailleurs patron ne soit juge et partie dans la prise de certaines décisions nécessaires à la construction ou l'entretien du marché par le droit.

II. D'autres réformes ont parallèlement tendu à faire de la séparation verticale des pouvoirs une garantie complémentaire des droits subjectifs des opérateurs dans une logique de cercles vertueux.

D'une part, dans la mesure où les autorités décentralisées sont désormais tenues de laisser inappliquées les règles nationales contraires au droit européen de la concurrence<sup>36</sup> sous le contrôle administratif (via le déferé préfectoral<sup>37</sup>) et financier (via la saisine des Chambres régionales des comptes<sup>38</sup>) des autorités déconcentrées : car, ce faisant, chacune est devenue une garante de l'optimisation de l'instrumentalisation du service public comme garantie du bon fonctionnement du marché à son niveau, sous le regard de l'autre.

D'autre part, dans la mesure où autorités subordonnées se sont vu confier la responsabilité de contribuer au rappel des autorités hiérarchiques au respect de leurs obligations déontologiques – via par exemple la création de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATPV) et du référent déontologique<sup>39</sup> – alors que ces dernières conservent dans le même temps la maîtrise du pouvoir disciplinaire à l'égard des premières<sup>40</sup> – c'est-à-dire le pouvoir de sanctionner leurs agents des manquements à leurs obligations professionnelles de nature à saper la confiance des opérateurs économiques envers les institutions.

Derrière ce subtil jeu de poids et contrepoids fondé sur une logique de cercles vertueux se cache donc la mise en place d'un grand panoptique juridique destiné à assurer la neutralité de la décision publique en matière économique : en faisant en sorte que des décisions publiques entachées de conflits d'intérêts ne puissent compromettre le bon fonctionnement du marché.

Aux mêmes fins, de nouvelles « lois de Rolland » sont apparues pour améliorer la performance du service public et de ses prestations au nom de l'objectif de bon fonctionnement du marché.

### *B. L'apparition de nouveaux principes directeurs pour un service public plus performant au service du marché*

Afin de rendre le service public plus performant, les règles « régulatrices » de ses activités tendent à enrichir les « lois de Rolland » de nouveaux principes.

I. Deux, déjà bien identifiés, apparaissent en cours de consolidation de par l'affirmation de l'idée de bonne gouvernance ou du développement des politiques « d'aller vers »<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Cf. CJCE 13.11.1990, The Queen c/ Minister of Agriculture, Fisheries and Food, aff. C-331/88, CC 562 DC du 21.2.2008 et CE Ass. 16.10.2011, Association pour la promotion de l'image, n° 317827.

<sup>35</sup> Epron Q., « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA* 2011. 1007.

<sup>36</sup> CE 20.05.1998, Cté de cnes de Piémont de Barr, *RFDA* 1998-14. 609.

<sup>37</sup> V. art. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 s. CGCT.

<sup>38</sup> V. art. L. 1612-2 CGCT.

<sup>39</sup> Cf. L. 11.10.2013, relative à la transparence de la vie publique et art. L. 124-2 du CFP.

<sup>40</sup> Art. L530-1 s. CFP.

<sup>41</sup> Sur cette notion, v. Baillergeau E., « “Aller-vers” les populations en rupture. Les enjeux théoriques et pratiques de la notion d'*outreach* appliquée à la lutte contre les exclusions et la précarité », in Soulet M.-H. (dir.), *Les nouveaux visages du travail social*, Fribourg Academic Press 2016. 145-164 ; Baillergeau E. et Grymonprez H., « “Aller vers” les situations de grande marginalité sociale. Les effets sociaux d'un champ de pratiques sociales atypique », *RFAS* 2020-2. 117 s.

Tandis que la première vise à associer davantage les différents niveaux d'administrations ou usagers du service public à l'édification de ses règles d'organisation et de fonctionnement, le second vise à les créditer automatiquement de leurs droits, notamment en matière sociale. Alors que le principe de bonne gouvernance conduit à développer la participation des administrés à la réglementation des services publics et à l'évolution de leurs prestations en toute transparence, de façon à réglementer moins mais « mieux »<sup>42</sup> – c'est-à-dire *avec* et non plus seulement *pour* eux –, le principe d'aller vers vise à l'avènement d'un service public « pro-actif », permettant de résoudre certains problèmes avant qu'ils ne se posent : en anticipant les demandes pour éviter les situations de non-recours aux prestations de bénéficiaires pourtant éligibles. Tandis que le principe de bonne gouvernance vise à faire fonctionner en réseau les différents services publics entre eux et l'initiative privée de façon à coordonner leur action dans un mouvement d'ensemble favorable au bon fonctionnement du marché, le principe d'aller vers vise à faire en sorte qu'aucun administré ne sorte du marché, s'agissant notamment des publics les plus fragiles, toujours afin d'assurer son fonctionnement optimal : en substituant en quelque sorte une logique de l'offre des prestations à la logique de la demande jusqu'alors prédominante.

II. Deux principes complémentaires, plus originaux, apparaissent en cours d'apparition sous la pression des événements, des contraintes climatiques et géopolitiques notamment et des crises qui en découlent – sécuritaires, sanitaires, énergétiques... : les principes de « *self-reliance* »<sup>43</sup> et de résilience<sup>44</sup>. Loin de rompre avec la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché, leur apparition traduit en effet l'idée qu'il dépendra davantage à l'avenir de la capacité de l'État et ses services publics à créer les conditions optimales de sa réalisation, malgré les circonstances – le service public semblant devoir se transformer dans les années à venir en un instrument de gestion de crises permanentes.

Tandis que le principe de « *self-reliance* » traduit la nécessité d'assurer l'autonomie stratégique de l'économie nationale et européenne dans des domaines vulnérables particulièrement exposés aux aléas géopolitiques et climatiques, le principe de résilience conduit à imposer audit service de prendre en permanence les mesures rendues nécessaires par les circonstances pour y faire face et assurer la continuité de la vie économique nationale.

Alors que le premier tend à renforcer le rôle du service public face aux « pratiques commerciales déloyales » tout en en faisant une garantie « des conditions d'une concurrence équitable »<sup>45</sup>, le second vise à créer l'écosystème nécessaires pour aider entreprises et simples particuliers à s'adapter aux nouvelles contraintes.

Tandis que le principe de *self-reliance* doit conduire le service public à « recenser » finement, domaines d'activités par domaines d'activités, les dépendances stratégiques liées à la raréfaction des ressources, en particulier dans les écosystèmes industriels les plus sensibles »<sup>46</sup> pour y apporter des réponses adaptées, le principe de résilience doit l'amener à le faire d'une façon qui assure la continuité et l'adaptabilité de ses prestations face à la multiplication de circonstances exceptionnelles. De sorte que la résilience s'affirme peut être comme un méta-principe englobant à l'avenir les principes de continuité et d'adaptation de façon à leur donner une signification nouvelle.

---

<sup>42</sup> Bon P., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *RFDA* 2016. 27.

<sup>43</sup> Pour le HCR, « *Self-reliance is the social and economic ability of an individual, a household or a community to meet essential needs (including protection, food, water, shelter, personal safety, health and education) in a sustainable manner and with dignity. Self-reliance, as a program approach, refers to developing and strengthening livelihoods of persons of concern, and reducing their vulnerability and long-term reliance on humanitarian/external assistance* » (<https://www.unhcr.org/44bf3e252.pdf>). Cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vivre dignement : de la dépendance vis-à-vis de l'aide à l'autonomie. Les déplacements forcés et le développement*, SWD(2016) 142 final.

<sup>44</sup> Le terme « *resiliency* » aurait été forgé en langue anglaise par Francis Bacon en 1627 dans son ouvrage *Sylva Sylvarum* à partir du latin « *resilire* » – littéralement « sauter en arrière », pour désigner, selon l'*Oxford English Dictionary*, « *the action or an act of rebounding or springing back; rebound, recoil* ». Selon le *Larousse*, il renvoie désormais notamment à la « capacité d'un écosystème (...) ou d'un groupe d'individus (...) à se rétablir après une perturbation extérieure ». Sur l'origine et la signification de cette expression, v. Tisseron S. (dir.), *La résilience*, PUF 2009.

<sup>45</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Réexamen de la politique commerciale – Une politique commerciale ouverte, durable et ferme*, p. 5.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 8.

\*\*

\*

Explicitement affirmé en droit de l'UE, l'objectif de bon fonctionnement du marché apparaît comme un principe implicite de la logique juridique du droit interne. Mais c'est le chaînon manquant pour redonner toute sa cohérence aux transformations du droit public depuis le tournant des années 1980.

C'est pourquoi on peut y voir un principe clandestin mais matriciel ; et pourquoi sa consécration comme norme de référence explicite du contrôle des juges administratif et constitutionnel semble prévisible.

La signification présentée ici de la règle relève toutefois dans le même temps sans doute de l'histoire du droit : dès lors que l'interprétation qui en a été retenue depuis le tournant des années 1980 conduit à lui faire produire le contraire de ce qu'il était censé faire : le développement des activités carbonées compromettant sur la durée la possibilité même des échanges économiques du fait de ses conséquences climatiques, géopolitiques, sécuritaires, énergétiques, etc.

Si l'abandon de la règle n'est certes pas à exclure, les signaux faibles d'évolution du droit positif vont plutôt dans le sens de sa réinterprétation pour les années à venir. Ce qui à la réflexion fait sens s'agissant d'un objectif finaliste revêtu d'une dimension essentiellement fonctionnelle dont les implications juridiques ne peuvent par nature qu'être relatives et contingentes et évoluer au gré des circonstances.

Les annonces politiques en faveur de la préservation de la souveraineté économique du marché domestique et européen, comme les réflexions autour de l'émergence de nouveaux principes directeurs de l'action publique, participent de ces signaux faibles d'évolution et traduisent un travail de réinterprétation en réalité déjà en cours.

Or, une telle réinterprétation ne peut qu'affecter par ricochet la fonction assignée au service public et aux activités qui y sont rattachées dans le futur : dès lors que le droit s'analyse lui-même comme un écosystème cohérent et systémique de règles, la redéfinition des dispositions existantes comme l'introduction de nouveaux principes dans le droit interne ne peuvent à terme que rétroagir sur sa signification d'ensemble, pour des raisons de logique juridique.

Comme l'un des traits saillants de la réinterprétation en cours de l'objectif de bon fonctionnement du marché tient à l'accent désormais davantage mis sur la gestion durable des ressources et la préservation de la cohésion sociale – davantage que sur le respect des droits économiques des opérateurs – face aux pénuries annoncées, cette évolution augure sans doute d'une nouvelle conception du service public pour les années à venir et, à travers elle, d'une nouvelle théorie de l'État pour le XXI<sup>e</sup> siècle.

Nous entrons pour cette raison probablement dans un nouvel âge du droit public, le saut paradigmatique du droit positif en cours de réalisation étant sans doute équivalent à celui qu'il a connu au tournant des années 1980. Rien de moins. Car Auguste Comte nous a prévenu : il est des évolutions qui « bouleversent le monde »<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Comte A., *Cours de philosophie positive*, 1<sup>re</sup> leçon.