

”Service public et lutte contre le Covid-19 : physique d’une confrontation”

Christophe Testard

▶ **To cite this version:**

Christophe Testard. ”Service public et lutte contre le Covid-19 : physique d’une confrontation”. Actualité juridique Droit administratif, 2020, n° 30, pp. 1710-1716. hal-02942924

HAL Id: hal-02942924
https://uca.hal.science/hal-02942924

Submitted on 18 Sep 2020

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.

« Service public et lutte contre la covid-19 : physique d'une confrontation »

Christophe Testard, *Professeur des universités, Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)*

L'essentiel :

Le service public a assurément été en première ligne face à la crise du coronavirus, soit qu'il subisse l'arrêt de nombre d'activités collectives, soit qu'il soit un instrument direct de lutte contre sa propagation. Trouvant difficilement un nouveau point d'ancrage à travers l'identification d'activités essentielles, l'analyse juridique du service public ne ressort pourtant pas fondamentalement différente de cette séquence, qui en révèle simplement la gravité et la plasticité.

> « *Lorsque les nuages et les vapeurs tombent en pluie, l'air devenu plus clair et plus pur donne un autre aspect aux objets. À travers la pluie on distingue plus facilement les objets qu'à travers la vapeur brumeuse* », A.-L. Millin, *Dictionnaire des beaux-arts*, Desray, Paris, T. III, 1806, p. 235

Que l'on qualifie la lutte contre l'épidémie de Covid-19 de « guerre », de « crise » ou de simple « urgence sanitaire », les rapports qu'elle a entretenus et continue, en partie, d'entretenir avec le service public peuvent d'emblée être appréciés sous l'angle d'une certaine brutalité. Parce qu'elle mettait en jeu de nombreuses vies humaines, la propagation du virus a très largement menacé l'un des services publics identifié au modèle français : le service public de la santé et, en particulier, le service public hospitalier. Sans que la communication gouvernementale ne biaise sur ce point, c'est très clairement la volonté de protéger le fonctionnement et d'éviter l'effondrement de ce service qui a justifié l'une des mesures de police qui marquera sans doute la période, le confinement quasiment généralisé de la population.

En écrivant cela, l'auteur de ces lignes n'est pas sans éprouver un certain malaise : les restrictions considérables et inhabituelles faites à de nombreuses libertés publiques l'ont-elles été pour le seul salut d'un service public, aussi essentiel soit-il ? La part de vérité que recèle cette affirmation peine difficilement à masquer que le coronavirus a été une épreuve pour de nombreuses familles endeuillées, une épreuve individuelle, tout autant, si ce n'est plus, qu'un défi collectif. La réaction de l'État à ce titre n'est d'ailleurs pas sans dénoter avec les éléments d'un langage administratif contemporain qui le plaçait plutôt, précisément, du côté de la compassion : les discours sur la société de confiance et l'État bienveillant abusaient d'une rhétorique psychologique voire sentimentale qui laissait presque penser que l'État était un autre soi-même. Sa personnalisation était, en toute hypothèse, portée à son paroxysme. En remettant sur le devant de la scène le caractère essentiel de certains services publics, les

gouvernants ont peut-être porté un coup à cette inclinaison de l'État et du droit administratif qui le sert, sans doute parce que l'État lui-même s'est trouvé menacé.

Sans nous permettre de longs développements, la dimension de l'étude autorise simplement à esquisser une idée à ce propos. Pour beaucoup, la crise traversée aurait signé un retour, voire une revanche de l'État et à travers lui des services publics. La formule méritait assurément nuance[1], dès lors que c'est moins l'État que ses modalités d'intervention qui subissent en réalité l'incidence de la crise. S'il est très certainement, dans sa conception actuelle, la seule puissance capable de juguler une pandémie mondiale, ses modalités et son périmètre même d'intervention ne sont pas, eux, aussi assurés : le blocage des prix de certains produits (les gels hydro-alcooliques)[2], la réquisition de certains biens (les masques)[3], les appels aux nationalisations, ont rappelé un temps qui ne semblait plus le nôtre. Mais peut-on vraiment s'en étonner alors que les fluctuations de l'intervention étatique sont inévitables ? Léon Duguit l'écrivait déjà, à propos des services publics, « *il y a quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier chef* »[4]. En revanche, ce qui nous semble davantage novateur, au regard du contexte qui préexistait à la crise, est qu'il y a peut-être un certain paradoxe à défendre l'idée d'un retour de l'État en raison d'un retour du service public pris comme un ensemble de missions indispensables ou essentielles : si l'on en revient à Duguit, ne faudrait-il pas y voir, au contraire, un retour à une conception objectiviste de l'État ? La lutte contre le covid rappelle que l'interdépendance impose ses activités à l'État, ce dont on pourrait tirer, en ultime analyse, l'inexistence de ce dernier en tant que personnalité morale : « *il n'y a jamais rien d'autre qu'un ensemble d'activités organisées par le droit et simplement gérées par ceux qui ont reçu la qualité de gouvernants* »[5]. Tout ceci est bien entendu à nuancer, pour toute une série de raisons : par la place occupée par les pouvoirs de police en matière de gestion de la pandémie ; par le fait que la crise présente le risque de renforcer le pouvoir de l'État, érodant inlassablement la sphère privée et les libertés qui la structurent ; par le caractère temporaire de la crise et de cette mise en avant spectaculaire des activités essentielles à la vie en collectivité. L'État, ni plus que le service public, n'ont donc succombé à la crise et il n'est pas lieu d'en prononcer l'oraison. Mais les rapports un temps esquissés entre ces deux éléments intrinsèquement dépendants ont très certainement été exposés dans une forme très épurée, si bien que l'un a peut-être un temps éclipsé l'autre.

Il faut dire que l'État et, surtout, les gouvernants qui l'incarnent ont été accusés de tous les maux dans leur gestion de la crise, là où le service public et ses agents étaient au contraire acclamés aux balcons. Là encore, au-delà de la symbolique, le juriste ne s'en étonnera guère : appréhendé comme « *toute finalité d'intérêt général orientée vers la solidarité sociale et la cohésion territoriale* »[6], il est naturel que le service public ait occupé une place première dans les moyens mis en œuvre pour faire face à la crise. De prime abord, comment ne pas être tenté d'y voir une remise au goût du jour de la dimension solidariste du service public, au détriment de celle plus consumériste et managériale largement empruntée

[1] T. Mulier, « Ni retour, ni revanche : ce que le Covid-19 nous dit de l'État », *AOC*, 1er juil. 2020, en ligne.
[2] Art. 11, D. n° 2020-293 du 23 mars 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, *JORF* 24 mars 2020, texte n° 7.
[3] *Ibid*., art. 12.
[4] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, 1923, 2e éd., t. II, p. 57.
[5] B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2018, 2e éd., § 467.
[6] *Ibid*., § 465

ces dernières années ? Car la lutte contre la pandémie a eu tendance, au moins dans les discours des pouvoirs publics, à valoriser le service public. Si l'on perçoit la charge symbolique d'une telle valorisation dans la préservation du contrat social, elle renvoie aussi, inversement, une image assez dure pour les travailleurs qui ne participent pas directement à ces activités. S'écartant quelques instants du droit, la crise sanitaire nous pousse tout de même à poser la question : comment le travailleur qui n'est pas employé dans un secteur jugé essentiel vit-il le fait que son activité, qui est peut-être un élément de son développement personnel, pour laquelle il consacre assurément un nombre d'heures considérables et dont il tire les revenus pour assurer sa subsistance, n'est pas aussi indispensable que cela pour la collectivité ? Les réflexions prônant la mesure des activités en fonction de leur utilité sociale, qu'on les partage ou non, comportent une certaine brutalité – on y revient – pour ceux qui seront les moins bien dotés, au terme d'une gradation dont on ne sait pas bien d'ailleurs qui sera l'arbitre. Bien entendu, le travailleur dans cette situation se consolera en relevant le caractère extraordinaire de la situation, qui fait que le pays a continué à fonctionner mais de manière dégradée, en assurant ses seules activités vitales. Et il aurait raison : les mesures de lutte contre le virus les plus strictes ont duré un peu plus de deux mois, qui ne sauraient devenir l'étalon de redéfinition d'une répartition des activités et des ressources qui vaudrait en temps « normal ». Mais, sans excès de naïveté sur ce que sera le monde d'après, ces mesures invitent également à une réflexion profonde sur la « valeur travail » – on nous pardonnera la référence – , laquelle nous paraît difficilement pouvoir être fixée exclusivement à l'aune de son utilité pour le groupe.

En toute hypothèse, portant ainsi aux nues le service public, la lutte contre la pandémie n'est pas sans laisser entrevoir une certaine mise à nu de celui-ci. Elle apparait à de nombreux égards comme une perturbation, *a priori* temporaire, ce qui invite à la prudence tant on ne sait pas encore si elle constitue une parenthèse ou l'occasion d'un renouveau. Il ne s'agit pas de revenir sur le détail des règles adoptées concernant les services publics, celles-ci ayant été analysées quasiment au jour le jour. Il est davantage question de tenter de percevoir ce que les vapeurs et brumes du covid-19, tombées en pluie, laissent émerger de l'objet service public. Car les mesures mises en œuvre, du point de vue du droit des actes ou celui de la fonction publique, peuvent être analysées dans leur effet révélateur : en poussant le service public dans ses retranchements, la séquence traversée est riche d'enseignements généraux sur ce qu'il est et n'est pas, sur ce qu'il peut et ne peut pas. D'aucuns ont évoqué une « *crise dans la crise* »[7], le service public apparaissant à la fois essentiellement indispensable et en même temps d'un fonctionnement instable et contradictoire face à la crise. L'analyse juridique nous paraît cependant autoriser une conclusion quasiment à front renversé, qui ne fait que raviver les discussions séculaires autour du service public, de sa nature, de son périmètre et de sa fonction instrumentale. Car si la lutte contre le coronavirus a dévoilé la fragile gravité du service public (I), elle a surtout conforté sa solide plasticité (II).

I. La fragile gravité du service public

[7] E. Balibar, « Entre l'État et le commun : le service public – mi-temps de la crise (2/3) », *AOC*, 16 juil. 2020, en ligne.

Le face à face avec la propagation de l'épidémie a donné lieu à une valorisation, au moins discursive, du service public, renouant très largement avec les aspects mythiques[8] de cette notion. Cependant, l'exaltation de certaines activités peine à cacher la fermeture brutale, bien que temporaire, de toutes les autres. D'une part, tous les services publics ne se sont pas avérés essentiels et, d'autre part, toutes les activités qui ont été identifiées comme tel ne sont pas des services publics. Jugé à l'aune de son caractère essentiel, la gravité – au sens physique du terme – du service public a été confrontée à deux types de force, centrifuge et centripète.

A – Une force centrifuge : définir les activités essentielles

Dans son tout premier discours, le Président Macron affirmait : « *ce que révèle cette pandémie, c'est qu'il est des biens et des services qui doivent être placés en dehors des lois du marché* ». Les mots dépassant sans doute la pensée, le Président d'ajouter immédiatement : « *déléguer notre alimentation, notre protection, notre capacité à soigner notre cadre de vie au fond à d'autres est une folie* ». Si l'idée n'était déjà plus la même – il s'agissait moins, voire pas du tout, de sortir certains biens ou services des lois du marché que de les soustraire à l'internationalisation du commerce – le Président a donné le sentiment de raviver une querelle qui semblait pourtant apaisée, entre activités de service public et activités de marché, ces dernières étant assimilées, abusivement, aux seules activités privées. Il n'en fallait sans doute pas davantage pour réveiller les espoirs de quelques « faiseurs de système », à la recherche de ce qui fait l'essence du service public. Or autant le dire d'emblée, la lutte contre l'épidémie est de ce point de vue décevante car elle a davantage ravivé l'idée d'interdépendance des activités publiques et privées, plutôt que magnifié la spécificité des services publics.

La communication gouvernementale a nourri cet espoir, au moyen de ce qui relève peut-être d'une forme de double discours. Relativement tôt, les instruments normatifs adoptés pendant la période ont mobilisé la notion de « *continuité de la vie de la Nation* »[9] afin de déroger aux interdictions qu'ils définissaient. L'expression « service public » n'apparaît pas, ni leur caractère essentiel, sauf à se tourner vers des instruments de droit souple. Dès le 15 mars par exemple, le Ministre de la Justice publiait un communiqué, qui prévenait : « *les fermetures que ces mesures impliquent ne doivent pas impacter les services essentiels à la vie de nos concitoyens qui doivent rester ouverts* »[10]. Quelques jours plus tard, le ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales évoquait, dans des recommandations adressées aux exécutifs locaux, « *la continuité des services publics essentiels à la Nation française* ». Sans sur-interpréter cet usage différencié entre droit dur et droit souple, il n'est sans doute pas exagéré de relever que la communication gouvernementale a eu tendance à valoriser le service public, présumé essentiel, là où les textes se concentraient sur la continuité de la vie de la Nation. Il n'est pour s'en convaincre que de lire les dispositions de l'état d'urgence sanitaire créé par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 : la notion de « services essentiels » n'est

[8] J. Chevallier, *Le service public*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 2018, p. 3 et s.
[9] V. not. les arrêtés du 9 mars 2020, du 13 mars 2020 puis du 14 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19* ; D. n° 2020-293 *préc*.
[10] Communiqué du 15 mars 2020.

pas davantage mentionnée. Ceux-ci transparaissent toutefois à l'article L. 3131-15 du code de la santé publique qui évoque « *les établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité* » ou encore les « *biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire* ». *De jure*, la référence au service public est absente : l'idée de nécessité pour la population et pour la lutte contre l'épidémie est le seul critère, et non la nature publique ou privée du service. Le Conseil d'État a également et expressément reconnu que certaines activités étaient indispensables – celles de santé, de sécurité, de réseaux, de production et distribution de l'alimentation et de transport –, sans pour autant qu'elles relèvent du service public, sur le seul fondement de leur interdépendance[11] : « *la poursuite de ces diverses activités vitales dans des conditions de fonctionnement optimales est elle-même tributaire de l'activité d'autres secteurs ou professionnels qui directement ou indirectement leur sont indispensables, qu'il n'apparaît ainsi pas possible d'interrompre totalement* ».

Croire que la crise a mis en lumière les seules activités de service public comme essentielles relèverait donc d'un raccourci erroné. Cette indifférence à la nature des activités, déjà présente dans la circulaire de 2009 sur la lutte contre la pandémie grippale, figure en substance dans l'exposé des motifs de la loi du 23 mars : l'objectif de préservation de la continuité des services est mentionné, mais aussi celui de pérenniser l'activité économique et sociale. Car l'intérêt général en temps de crise vise aussi, et peut-être surtout, à un retour à la normale. Dans la durée, il est bien évident que la cessation d'une large partie des activités économiques de marché ne pouvait être durable. Confortant ou non la figure décriée d'un État actionnaire, l'épidémie a ainsi révélé, s'il en était besoin, la nécessité de soutenir l'activité privée, ce qui est en réalité à l'origine même des rapports, historiques, entre service public et marché[12] : il existe une solidarité du système économique et social, mêlant les services publics et privés. L'entreprise privée a d'ailleurs largement pris sa part dans la lutte contre la propagation de l'épidémie. L'arrêté ministériel du 15 mars 2020[13] liste les activités commerciales qui peuvent se maintenir et, à l'exception des services funéraires, aucune ne relève de la qualification de service public. La lutte contre la pandémie n'apporte donc pas de grande innovation du point de vue de l'identification même des services publics, par opposition aux activités privées.

B – Une force centripète : définir les services publics essentiels

Il ne peut y avoir de service public sans service et sans public. Cette affirmation relèverait de l'évidence si la crise n'avait largement ôté de l'équation ces deux composantes, si bien que le service public *à la française*, celui qui contribue au « *bien-être matériel ou spirituel des membres de la collectivité* »[14], en a été largement terni. En effet, beaucoup de services publics – pour ne pas dire l'essentiel – se sont trouvés *de jure* « suspendus »[15]. Si cela démontre l'extrême diversité des activités couvertes, il s'agit surtout d'un dur rappel de

[11] CE, ord., 22 mars 2020, *Synd. Jeunes Médecins*, n° 439674.
[12] V not. A.-S. Mescheriakoff, « Service public et marché, histoire d'un couple. Ou vie et mort du service public à la française », *in* AFDA, *Le service public*, Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », 2014, p. 5 s.
[13] A. 15 mars 2020 *complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, *JORF* 16 mars 2020, texte n° 2.
[14] *Ibid*., § 466
[15] D. 23 mars 2020, art. 9.

l'essence même du service public, qui est de répondre à un besoin d'intérêt général. Or la lutte contre la pandémie a opéré un basculement assez spectaculaire : l'intérêt général commandait l'arrêt de la plupart des activités, y compris celles de service public, pour un motif impérieux de santé publique. L'exemple topique est la décision de la SNCF, sur demande du gouvernement, de réduire à 7% l'offre de TGV et 15% celle de TER, afin d'accompagner les mesures de confinement. La théorie générale des services publics est certainement familière de cette situation, le principe de mutabilité pouvant aboutir à des fermetures de services, les usagers n'ayant, selon une formule consacrée, aucun droit à leur maintien[16]. Mais, mis à part les temps de guerre sur le territoire national, l'ampleur quantitative des activités concernées est sans doute inégalée. Les mesures de lutte contre le virus ont donc fait le tri entre les services publics essentiels et ceux qui ne le sont pas. Esquisser une échelle des services publics en fonction de leur caractère plus ou moins essentiel semble vain, le caractère binaire de la distinction entre activités essentielles et non essentielles s'imposant très pauvrement.

Bien avant la crise, prenant sa part dans le débat doctrinal sur une possible hiérarchisation des activités de service public, la jurisprudence, administrative puis constitutionnelle, avait évoqué, respectivement, les activités qui ont « *au plus haut point le caractère de service public* »[17] ou les « *éléments du service public dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* »[18], mais sans en donner un périmètre prédéfini, si ce n'est, peut-être[19], celui des services publics dits constitutionnels. La lutte contre le coronavirus a cruellement précisé ces activités, au terme d'une méthode de définition que l'on peut qualifier de libérale[20], puisque le principe est demeuré celui de la liberté des activités sauf interdiction prévue par les textes, même s'il faut concéder que le nombre d'interdictions élevé vient relativiser la liberté de principe. En dehors des activités expressément prohibées, il appartenait dès lors aux autorités responsables de définir elles-mêmes les services publics qu'elles jugeaient essentiels et de fermer les autres : on retrouve là le volontarisme de la puissance publique dans la définition même des activités de service public. On relèvera d'ailleurs que l'un des motifs de dérogation à l'interdiction des déplacements aurait pu permettre de sanctuariser le fonctionnement de nombre de services publics, le texte autorisant les déplacements « *aux seules fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et dans les conditions qu'elle précise* » : beaucoup se satisferaient de cet extrait comme définition du service public.

L'identification des services publics essentiels s'est faite par la négative et indirectement : le discours du Président Macron du 12 mars, puis l'arrêté ministériel précité du 14 mars 2020 ne procédaient à l'arrêt d'aucun service public, mais à la fermeture des lieux accueillant du public, dont beaucoup abritaient de telles activités[21]. Additionné à l'interdiction

[16] CE, Sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, *Rec*. p. 60, concl. KAHN ; 11 décembre 1963, Syndicat de défense en vue du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande, Rec. p. 610.
[17] CE, 29 mai 1925, *Trillon*, *Rec*., p. 537 ; *RDP*, 1925, p. 640, chron. A. Bosc.
[18] CC, 25 juil. 1979, n° 79-105 DC.
[19] N. Foulquier, F. Rolin, « Constitution et service public », *NCCC*, 2012, n° 37, en ligne.
[20] Du point de vue des libertés, v. *contra* P. Delvolvé, « Le virus, le pouvoir et la liberté », Académie des sciences morales et politiques, 25 juin 2020, en ligne.
[21] En contradiction directe avec l'exposé des motifs du même texte où l'on peut lire « *compte tenu de leur contribution à la vie de la Nation, les services publics resteront ouverts y compris ceux assurant les services de transport* »

des rassemblements, puis aux restrictions portées à la liberté d'aller et venir[22], cela signifiait l'arrêt net de beaucoup d'activités, privées *de jure* de leur public, à l'instar des services publics culturels et sportifs, ou encore de la délivrance des titres d'identité, qui ne constituait pas un motif de déplacement autorisé. Certaines ont pu se maintenir, à distance[23], révélant ainsi autrement leur caractère essentiel, que l'on pense notamment au service public de l'éducation et de l'enseignement supérieur. Les services qui se sont avérés « vitaux »[24] et qui ont *physiquement* continué leur activité sont identifiables de *facto*, même si les textes et la jurisprudence administrative[25] en ont mis certains en avant. Deux grands ensembles émergent d'emblée : les services de santé et les services de sécurité. Les premiers sont concernés au sens large puisque, outre les services proprement médicaux, les services sociaux et médico-sociaux organisés dans les établissements listés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles ont également pu maintenir leur activité[26], alors que la plupart des prestations et droits sociaux étaient prolongés[27]. Ont particulièrement été mis en avant également le service public de la justice, les services de transport public collectif[28] ou encore les services de réseaux. Tout aussi essentiels se sont révélés les services de collecte des déchets et, bien entendu, le service public de l'information.

La liste relativement restreinte des activités de service public qui se sont avérées essentielles paraît donner la prime au service public en tant qu'institution administrative. On a beaucoup évoqué l'arrêt du service public culturel ; un peu moins les difficultés affrontées par la culture dite « privée ». Dans le même sens, la lutte contre l'épidémie a ravivé le débat entre opérateurs privés et publics de service public : la participation des cliniques à l'effort sanitaire a par exemple donné lieu à discussion[29]. Il est en revanche indéniable que les moyens déployés au bénéfice du service public ont démontré sa formidable plasticité.

II. La solide plasticité du service public

Même identifié comme essentiel, aucun service public n'a fonctionné dans des conditions normales. Mises à rude épreuve, les lois du service public ont résisté, ce qui n'étonnera guère en raison de leur vocation, partielle, à assurer précisément la préservation du service. La mise en œuvre d'une adaptabilité maximale a justifié un certain nombre de torsions du fonctionnement normal du service public, alors qu'une continuité minimale en a plutôt révélé les tensions.

A – Les torsions du service public : s'adapter à la crise

[22] D. n° 2020-260 du 16 mars 2020.
[23] V. *infra*.
[24] J.-Fr. Vaquieri, J.-B. Morel, « Les services publics locaux au prisme de l'état d'urgence sanitaire : l'exemple de la distribution publique d'électricité », *EEI*, 2020, n° 5, études n° 6, § 3.
[25] V. l'ord. précitée du Conseil d'État du 22 mars 2020.
[26] Ord. n° 2020-313 du 25 mars 2020 *relative aux adaptations des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 30.
[27] Art. 2, Ord. n° 2020-312 du 25 mars 2020 *relative à la prolongation de droits sociaux*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 28.
[28] Sous réserve de l'application de mesures sanitaires exigeantes (Art. 6, D. n° 2020-293 *préc*.).
[29] L. Gharbi, « Les cliniques et le coronavirus : "Il faut jouer la carte de la solidarité entre privé et public" », *LeMonde.fr*, 31 mars 2020.

Le caractère exceptionnel et temporaire de l'épidémie a justifié le recours à des instruments juridiques qui le sont tout autant et ce « *quel qu'en soit le prix* ». Pour les services maintenus, l'adaptabilité s'est manifestée dans ses implications les plus poussées, conduisant à des torsions graduées du fonctionnement du service public, dans ses règles de droit commun et dans leur temporalité.

L'adaptabilité s'est d'abord manifestée par une adaptation des délais, qui rythment habituellement le fonctionnement des services, sous le coup d'un véritable moratoire, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions. Ainsi, la continuité politique, administrative et financière des communes, en pleine période d'élections, a justifié la prorogation des mandats et fonctions des élus, des délégations financières des exécutifs, des délais d'adoption des budgets locaux et des délibérations sur la fiscalité locale[30]. Les délais de recouvrement des cotisations et contributions sociales ont été suspendus jusqu'à la fin du mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire[31]. Un certain nombre d'actes, indispensables au fonctionnement des services publics, ont également été prolongés : les documents de séjour[32], les décisions administratives individuelles encadrant les activités et professions maritimes[33], les délais de formation obligatoire des conseillers prud'hommes et des juges des tribunaux de commerce[34]. Les établissements d'enseignement supérieur ont été autorisés à prolonger les contrats doctoraux et autres contrats ayant pour objet une activité de recherche[35].

L'adaptation du fonctionnement du service public s'est faite par une utilisation massive de la technique de la dérogation. Parmi d'autres exemples, on retiendra le fonctionnement des juridictions administratives[36] ; les règles applicables en matière d'adoption des budgets locaux, notamment du point de vue des délais, ou encore de convocation et de quorum des assemblées délibérantes[37] ; les règles applicables aux contrats publics, notamment en cas de suspension de l'exécution du contrat[38]ou encore les règles du temps de travail dans les établissements hospitaliers qui ont subi des dérogations afin de permettre – d'imposer – aux agents des heures supplémentaires[39]. Le recours à ces éléments

---

[30] Ord. n° 2020-330 du 25 mars 2020 *relative aux mesures de continuité budgétaire, financière et fiscale des collectivités territoriales et des établissements publics locaux*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 75.

[31] Art. 4, Ord. n° 2020-312 *préc.*.

[32] Ord. n° 2020-328 du 25 mars 2020 *portant prolongation de la durée de validité des documents de séjour*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 63. V. la nouvelle prolongation prévue par la L. n° 2020-734 du 17 juin 2020 *relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenn*e, JORF 18 juin 2020, texte n° 1, art. 15.

[33] D. n° 2020-480 du 27 avril 2020 *portant mesures d'urgence en matière d'encadrement des activités et professions maritime*s, *JORF* 28 avr. 2020, texte n° 3.

[34] D. n° 2020-482 du 27 avril 2020 *relatif à la prorogation exceptionnelle des délais de formation obligatoire des conseillers prud'hommes et des juges des tribunaux de commerce*, *JORF* 29 avr. 2020, texte n° 1.

[35] Art. 36, L. n° 2020-734 *préc.*

[36] Ord. n° 2020-305 du 25 mars 2020 *portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 7..

[37] L. 23 mars 2020, *préc.*, art. 9 et 10.

[38] Ord. n° 2020-319 du 25 mars 2020 *portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 43.

[39] D. n° 2020-297 du 24 mars 2020 *relatif aux heures supplémentaires et à leur dépassement dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986*, *JORF* 25 mars, texte n° 9.

dérogatoires, entorse à la normalité, est justifié par la nécessité et proportionné en raison de son caractère temporaire. Il doit tout de même imposer une certaine vigilance. La crise a en effet pu justifier, même si le phénomène semble restreint, la levée d'un certain nombre de contraintes juridiques, notamment procédurales, régulièrement critiquées en temps normal. L'exemple est celui du service public des télécommunications, au bénéfice duquel l'ordonnance du 25 mars 2020 concernant le fonctionnement des services et des réseaux de communications électroniques[40] a facilité l'implantation des installations radio-électriques, afin à répondre à la mise sous tension des réseaux en raison d'une affluence accrue liée au confinement. La gestion de ces installations après crise demeure entourée d'un certain nombre d'incertitudes, notamment sur une éventuelle régularisation.

Enfin, la lutte contre le covid a donné une place particulière à la rétroactivité, qu'elle soit d'office ou laissée à l'appréciation des autorités compétentes. Pour ne prendre que quelques exemples, on citera : l'ordonnance du 25 mars 2020 *relative aux adaptations des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux*, dont l'essentiel des dispositions entrent en vigueur au 12 mars 2020 ; la possibilité de placer d'office et de manière rétroactive en congé des agents placés en autorisation spéciale d'absence entre le 16 mars et le 16 avril 2020[41] ; les prolongations des contrats doctoraux et d'ATER qui peuvent prendre effet à compter du 12 mars ; l'article 7 de la loi du 17 juin 2020 qui dispose que les mesures d'adaptation prises par les fédérations sportives peuvent être « *d'application immédiate ou rétroactive* ».

Ces différentes torsions de la temporalité révèlent très certainement le fait que la réponse normative a nécessairement tardé au regard du développement de l'épidémie. Cela a d'ailleurs conduit à la multiplication, déjà évoquée, des actes de droit souple, anticipant sur le droit dur, apportant de nouveaux éléments dans le débat sur l'efficacité de ce dernier dans la régulation d'une société moderne happée par le temps.

B – Les tensions du service public : continuer malgré la crise

L'épidémie de covid-19 a particulièrement sollicité la continuité du service public, mettant sous tension ses moyens matériels et humains et révélant, avant tout, une double nature.

D'abord, elle a rapidement manifesté son caractère discriminant : non seulement elle n'a bénéficié qu'aux services jugés essentiels mais, même au sein de ceux-ci, toutes les activités ne se sont pas avérées indispensables. Bien loin des débats passionnés sur le service minimum, la crise a donné lieu à un fonctionnement gradué et donc dégradé des services publics. On a déjà mentionné la fermeture pure et simple de certains ; il convient d'y ajouter les activités des services publics essentiels qui ont été reportées. Le service public de la justice en est l'exemple marquant, se limitant au seul « *traitement des contentieux*

[40] Ord. n° 2020-320 *relative à l'adaptation des délais et des procédures applicables à l'implantation ou la modification d'une installation de communications électroniques afin d'assurer le fonctionnement des services et des réseaux de communications électroniques*, *JORF* 26 mars 2020, texte n° 45.
[41] Ord. n° 2020-430 du 15 avr. 2020 *relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire*, *JORF* 16 avr. 2020, texte n° 17.

essentiels »[42]. Les activités dans les centres pénitentiaires et dans les services de placement de la protection judiciaire de la jeunesse ont été réduites au strict minimum, tandis que les maisons de justice et du droit et les points d'accès au droit étaient fermés. Par ailleurs, la continuité s'est épanouie dans sa dimension administrative et objective, ce qu'a manifesté le recours à des plans de continuité, outils de résilience – mot davantage à la mode que celui d'anticipation – élaborés en temps normaux et qui organisent ni plus ni moins qu'un service ultra-minimum. Sans être propres au service public, ils traduisent en la matière une continuité davantage institutionnelle que fonctionnelle : il s'agit d'assurer la préservation des services eux-mêmes, plutôt que la satisfaction des missions de service public à l'égard des usagers[43]. Leur fondement juridique le plus assuré est d'ailleurs révélateur puisqu'il s'agit du code de la défense[44]. Les différents plans traduisent ainsi « *un recul stratégique* »[45], un moyen de défense de l'État, afin de préserver les moyens essentiels du service public.

La continuité a mis sous tension les moyens du service public. L'outil numérique a été un réel facilitateur de continuité : la crise a imposé un développement sans précédent du télétravail, des actes notariés dématérialisés[46], de l'enseignement à distance, de la télé-médecine[47], voire de la représentation à distance en matière de garde à vue... Cette numérisation du service public[48] n'est pas nouvelle et en imposant une généralisation du fonctionnement des services publics à distance, la crise a aussi mis l'accent sur le réel défi de cette distanciation de l'usager, du point de vue de l'égalité : la numérisation à marche forcée se heurte au sous-équipement des usagers les plus modestes et à une patente inadaptation de la couverture numérique du territoire. Le service public de l'enseignement en a été la triste démonstration, à tous les niveaux.

Enfin, et non des moindres, la gestion des ressources humaines a été à la fois l'outil et le défi de la continuité, confrontée à la nécessaire protection des agents. Les mesures adoptées sont le fruit de cet équilibre impossible, magnifiant la formidable malléabilité des agents du service public. En la matière, l'effet novateur de la crise est réel : le télétravail, jusqu'à présent ponctuel[49], est devenu « *la modalité d'organisation du travail de droit commun* »[50], imposée aux agents ; le recours aux autorisations spéciales d'absence a été préconisé pour les

---

[42] Cir. 14 mars 2020 *relative à l'adaptation de l'activité pénale et civile des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19*.

[43] N. Chifflot, « La continuité du service public de la justice judiciaire au temps du Covid-19 », *Procédures*, mai 2020, §27.

[44] Art. 2151-4 c. défense. Ces plans sont également évoqués dans une circulaire du ministre de la fonction publique du 26 août 2009 *Pandémie grippale – Gestion des ressources humaines dans la fonction publique*.

[45] N. Chifflot, *préc*., p. 8.

[46] D. 2020-395 du 3 avr. 2020 *autorisant l'acte notarié à distance pendant la période d'urgence sanitaire*, *JORF* 4 avr. 2020, texte n° 1.

[47] D. n° 2020-277 du 19 mars 2020 *modifiant le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèces pour les personnes exposées au coronavirus*, *JORF* 20 mars 2020, texte n° 16 ; A. du 25 mars 2020 *complétant l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*. Si l'on se réfère à l'autorisation de sortie, les consultations de santé devaient par principe être assurées à distance et si possible être différées (Art. 3, 3° du D. n° 2020-293 *préc*.).

[48] V. Annequin, « La numérisation du service public dans la lutte contre le coronavirus », *RDLF*, 2020, chron. n° 28, en ligne.

[49] Art. 49 L. n° 2019- 828 du 6 août 2019.

[50] Site DGAFP.

agents en impossibilité de télétravailler ; les agents vulnérables étaient invités à se déclarer comme tel, les travailleurs malades se voyant dispensés du jour de carence habituellement applicable[51]. Mais il paraît pouvoir être atténué. La crise a mobilisé des instruments classiques, tels que la réquisition des agents et a relancé le débat sur le droit de retrait, le caractère essentiel de certaines activités s'opposant à sa sollicitation. La nécessité pour l'employeur de mettre en œuvre des mesures de protection des agents et l'octroi d'une prime « *exceptionnelle* »[52] sont des compensations qui demeurent modestes et dont la générosité a été rapidement atténuée : l'ordonnance du 15 avril 2020 a converti, automatiquement, une partie des autorisations spéciales d'absence prises en jours de réduction du temps de travail ou en congés et a autorisé les chefs de service à imposer aux agents en télétravail la prise de 5 jours de RTT ou de congés. Cette séquence a ainsi fortement ravivé l'image du travailleur de service public confronté à des sujétions particulières, voire à des sacrifices, en raison de la nature spécifique de son activité. Elle offre l'occasion d'une réflexion sur la gestion des ressources humaines dans notre modèle de fonction publique. Interrogeant l'avenir, elle a fait emprunter à ce modèle deux voies qui ne lui sont pas si naturelles. D'une part, elle a très certainement fait pencher la balance davantage du côté des théories américaines de la « motivation de service public », « *centrée(s) sur les valeurs* », plutôt que du côté des théories du *Public choice*, qui « *mettent l'accent sur les motivations instrumentales des individus au travail* »[53]. Elle a d'autre part mis en exergue une fonction publique « *essentiellement centré(e) sur les missions* »[54], apportant de sérieux éléments dans le débat actuel sur la spécialisation ou l'approche métier de la fonction publique.

***

Opérant une rétractation sans précédent des activités essentielles, la crise a fait émerger un service public ciselé et poussé dans ses retranchements organisationnels. Ce faisant, elle a sans doute mis de côté l'un des points de gravité du service public : l'usager. Les besoins de ce dernier ont été réduits à portion congrue, non pas volontairement, mais sous le commandement d'une institution étatique, en lutte pour sa perpétuation. C'est aussi l'une des leçons, si ce n'est La leçon de la crise : l'essentiel dans le service public est peut-être davantage le *public* que le *service*.

[51] Art. 8 L. 23 mars 2020.

[52] D. 14 mai 2020, n° 2020-570 *relatif au versement d'une prime exceptionnelle à certains agents civils et militaires de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique territoriale soumis à des sujétions exceptionnelles pour assurer la continuité des services publics dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19*, *JORF* 15 mai 2020, texte n° 17.

[53] C. Desmarais, C. Edey Gamassou, « Tous motivés par le service public ? Les liens entre position hiérarchique et motivation de service public », *RISA*, 2014, vol. 80, p. 134.

[54] E. Aubin, « La fonction publique face au COVID-19 : protéger et continuer », *AJFP*, mai 2020, p. 125.