

LES RYTHMES
DANS L'ÉVOLUTION CONJOINTE
ET COMMUNE DES SERVICES PUBLICS

Marie-Anne Frison-Roche*

Les organisations corrélées à des services publics pourraient prétendre à une certaine intemporalité, une pérennité, leur permettant de conserver leur état actuel, en ce qu'elles seraient la traduction d'une essence qui perdurerait dans le temps, notamment dans le rapport que les services publics peuvent affirmer entretenir avec l'idée de souveraineté. Ainsi, parce que les services publics seraient la traduction d'un intérêt supérieur servi par une volonté politique, ils devraient demeurer tels dans leur organisation, essentiellement comme monopoles d'État ; s'en détacher serait s'arracher de cette philosophie politique. Le changement en signifierait l'abandon. Il conviendrait par principe de s'en prémunir.

Mais l'on tend aujourd'hui à renoncer à une conception aussi radicalement théologique, aussi impérieuse dans le lien qu'elle opère entre l'évolution et la défaite, entre le mode d'organisation et l'idée qu'il sert, pour aborder plus pragmatiquement l'organisation des services publics. Dès l'instant qu'une vision concrète prévaut, on est conduit à observer tout d'abord que certains services publics peuvent continuer à développer leurs effets sans perturbations majeures, dans un mode d'organisation épargné, notamment parce que leur caractère tradition-

* Professeur à l'Université Paris-Dauphine, directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social.

nellement régalien les met à l'abri pour l'instant d'une remise en cause par des mécanismes de concurrence par des opérateurs privés. Il en est ainsi par exemple de la justice¹. Mais il ne peut en aller de même pour d'autres types de services publics, pour lesquels la tranquillité d'esprit est exclue : en effet, la permanence de ce que l'on pourrait appeler leur « être » ou à tout le moins leur « raison d'être », dépend au contraire de leur possibilité d'évolution dans leur organisation, capitalistique et managériale, dans les modalités de leurs activités et leur diversification. C'est alors l'absence de modification qui signifie l'abandon de l'idée de service public.

La perturbation qui les atteint est venue des manœuvres – au sens militaire davantage qu'au sens d'intrigues – menées par des opérateurs privés qui ont réussi à entailler le monopole d'un certain nombre de services publics, ceux portant sur des réseaux d'infrastructure essentielle. Il se trouve qu'il s'agit de services publics industriels et commerciaux mais ce n'est pas à un effet de leur nature que l'on doit imputer la cause des perturbations, car on a pu soutenir avec raison que les services publics industriels et commerciaux ne sont en rien des services publics « au rabais » par rapport aux services publics administratifs². Ils expriment la même idée de bien public.

L'explication ne tient donc pas dans l'affirmation qu'il s'agirait de services publics d'une nature inférieure, déjà dégradée, qui seraient ainsi atteints plus vite et plus aisément par le vice du marché. La cause est tout autre et plus triviale : l'évolution technologique a permis des phénomènes concurrentiels qui se sont exercés sur des services publics de réseaux, exclus jusqu'ici davantage par la considération économique de monopoles naturels que par celle métaphysique de l'unicité de l'État. Dès lors, de fait, tout bouge. Selon un principe élémentaire de l'autoorganisation, les services publics doivent bouger pour ne pas disparaître : pour que l'idée de service public perdure, l'organisation des services publics, notamment leur lien avec le monopole, doit changer.

Si l'on prend acte de cela, et nous n'avions plus guère d'autres choix raisonnables aujourd'hui que de partir de là, alors se pose d'une façon primordiale la question des rythmes de l'évolution des services publics. On se concentre sur les fins à atteindre, sur les moyens à mettre

1. Ce qui ne signifie pas que ce type de service public reste indemne de l'évolution économique et social du pays, mais les difficultés sont d'une autre nature. V. *Le service public de la justice*, O. Jacob, 1998.

2. J. Chevallier, *Le service public*, PUF, coll. « Que sais-je ? ».

en œuvre, sur les résultats, prévus ou imprévus, consentis ou subis, auxquels on peut aboutir. Mais l'on doit se soucier aussi de la question des vitesses du changement, des harmonies dans les temps d'évolution des différents éléments, des étapes, voire des repos, bref de tout ce qui produit un rythme. En effet, comment penser une évolution en dehors de la considération du temps et de ce que l'on pourrait appeler son mode d'écoulement ? La dynamique des services publics doit donc tenir compte des différents rythmes d'évolution de ses composantes, principalement leurs dimensions économique, technologique, juridique, mais également des rythmes d'évolution de leur contexte, notamment social et politique. L'insertion des techniques dans des cultures exige que l'on veille à une évolution globale cohérente et harmonieuse, pour ne pas risquer l'échec, lequel peut notamment prendre la forme d'une explosion sociale, alors même que rationnellement tout le monde devrait être content. Maintenant que les contraintes du système diminuent la pertinence de la définition de la politique comme l'aptitude à faire des choix, on peut penser que la politique consiste à imposer un rythme adéquat à l'épanouissement du nécessaire.

Plus encore, ce souci de l'harmonie dans les différentes évolutions à l'œuvre ne vise pas seulement à ménager les susceptibilités des nations, des gouvernements ou des syndicats, susceptibilité qu'il convient certes de ne prendre ni de court ni de haut. Il est également primordial de ménager le temps de développement du changement parce qu'une réforme ne peut s'appuyer sur le seul pouvoir de contrainte de celui qui la met en place. Plus précisément, la force de contrainte juridique qui s'attache aux lois, aux directives, aux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, etc. et à laquelle certains semblent vouer une grande foi, ne doit pas faire allusion : une évolution qui n'est pas acceptée par ses destinataires ne parvient pas à être respectée, même s'il s'agit d'une règle de droit obligatoire. Ce qui est vrai pour toute norme juridique, même si le droit se pare de tous les attributs de la puissance, y compris l'effrayant droit pénal, l'est plus encore lorsque l'évolution vient d'un droit communautaire où l'infra-normatif semble le mode le plus naturel d'élaboration, par exemple à travers de simples lettres ou des communiqués qui posent davantage que des lois.

Dès lors, malgré la solennité des directives, les menaces de la Commission, etc., les résistances ou des sortes de sécessions irrationnelles peuvent se constituer et compromettre la réussite des réformes, voire les mettre à bas. Dans un premier aspect, ces sortes de schismes peuvent

intervenir si les différents rythmes d'évolution ne sont pas de même nature dans les pays de la Communauté européenne. En effet, l'harmonie sera d'autant plus aisément réalisée que le point de départ de l'évolution sera le même. Cela n'est pas acquis et renvoie à la question de l'antériorité. En effet, suivant que le pays pose en premier le marché ou qu'il pose en premier l'État, quand bien même le résultat de l'évolution sera un mélange ou un dépassement des deux, le rythme ne pourra être le même et la fin risque d'en être affectée.

Plus précisément, on peut concevoir l'antériorité du marché, sur lequel les services publics, à travers notamment la notion de biens publics, viennent apporter un correctif heureux, ou bien l'antériorité de l'État, auquel la concurrence apporte un nouveau souffle. Chacun peut se tolérer, voire trouver, grâce à une dialectique du contraire, une nouvelle légitimité et une pérennité. Mais il faut poser au départ qui est le correctif de l'autre.

Pourquoi est-ce important de se poser la question ? C'est au regard de l'évolution européenne. Le traité de Rome se situe, au mieux, dans l'hypothèse d'un marché corrigé. Si le pays concerné est dans le même cas de figure, à savoir l'antériorité du principe du marché sur celui de la régulation administrative, alors il n'y aura pas d'hiatus entre l'évolution communautaire et l'évolution nationale, puisque leurs points de départ seront semblables. L'acculturation communautaire se fera sans difficulté et l'on peut penser que l'Angleterre présente une identité sur ce point avec l'évolution européenne. Dès lors, elle n'opposera pas de résistance à celle-ci, l'anticipera ou l'amplifiera aisément.

Mais la pénétration de la logique communautaire ne peut se faire au même rythme lorsque le pays concerné s'est construit autour du principe de l'État et n'admet que par compatibilité et en demeurant dans le principe de l'action publique, la considération d'une perspective concurrentielle. On peut estimer que la France s'insère dans cette tradition là, l'État demeurant le principe d'organisation. Dès lors, il ne peut qu'y avoir une rupture de vitesse d'adaptation, au regard du droit communautaire, entre l'évolution d'un pays comme l'Angleterre qui s'est construit sur un principe similaire et celle d'un pays comme la France qui doit s'arracher d'un principe autre.

Les hiatus dans une construction, qui doit être harmonieuse pour être solide et efficace, peuvent encore ne pas tenir aux différences nationales mais survenir du fait que l'évolution des services publics met

en œuvre des perspectives tout à la fois distinctes et imbriquées. On peut ainsi déceler, au moins, quatre rythmes en cause : le rythme technique ou technologique ; le rythme économique¹ ; le rythme juridique ; le rythme culturel et politique.

Dans cette analyse plus interne, prenons tout d'abord la question du rythme technique ou technologique. Il faut considérer que les objets considérés n'évoluent pas au même rythme et c'est sans doute la révolution technologique qui a touché le téléphone et son usage qui a rendu possible une évolution juridique précoce, tandis que les nouvelles techniques au service de l'économie de l'énergie ont poussé plus lentement à l'adoption des directives relatives à l'électricité et au gaz, et alors que la relative stabilité des technologies à l'œuvre dans l'industrie ferroviaire semble constituer un frein à l'évolution juridique la concernant.

Certes, ce n'est pas la technicité de l'objet concerné qui produit à elle seule l'évolution mais on doit reconnaître que les progrès techniques offrent un moteur plus ou moins puissant à celle-ci, imposant parfois que l'on brûle le rythme juridique qui préfère par nature l'évolution lente et concertée. Dès lors, comment faire pour éviter des tensions concernant des activités qui n'évoluent pas au même rythme technologique ?

Tout d'abord, il paraît alors inévitable de scinder les textes selon l'objet, une directive pour le téléphone, une autre pour l'électricité, une autre pour le rail, etc. Cette technique communautaire de segmentation des textes en considération de l'objet matériel sur lequel ils portent est assez semblable à la méthode juridique anglo-saxonne que l'on sait casuistique, c'est-à-dire dégageant une solution *ad hoc* pour une situation et un objet particuliers. En revanche, elle paraît étrangère au système romaniste, construit sur les catégories abstraites dans lesquelles doivent se subsumer les divers faits, sans que ceux-ci modifient la forme dans laquelle ils s'insèrent. Cela justifie d'une nouvelle façon que l'évolution communautaire soit plus familière aux pays anglo-saxons et que l'acculturation en soit ainsi plus aisée.

En outre, il convient que le droit suive le rythme divers des modifications techniques des objets qu'il régit. Ainsi, les textes mettant en place une régulation du secteur des télécommunications, essentielle-

1. Cf. Jean-Marie Chevalier, cet ouvrage.

ment la loi du 20 juillet 1996 en France, ont suivi la fulgurance de la transformation du secteur. Une telle précocité n'était pas requise par exemple pour le service postal, la transposition de la directive restant en cours. La chronologie des textes, dans ce qui est aujourd'hui une sorte de bousculade normative, doit donc être dictée par le dynamisme et les transformations des secteurs techniques eux-mêmes.

Cette flexibilité du droit, se pliant à un rythme d'évolution propre à l'objet, est certes gage d'adéquation et d'acceptation des différentes évolutions. D'adéquation parce que le texte peut suivre au plus près les exigences internes au secteur économique. D'acceptation parce que les nouvelles règles interviennent à propos d'activités déjà si chahutées par ailleurs que l'idée de service public en est déjà, à juste titre ou non, descellée. Les textes peuvent alors s'offrir le luxe de présenter les nouvelles règles comme une réintroduction de l'idée de service public, sous la forme notamment du service universel. Dans un secteur économique resté étal, le ferroviaire par exemple, le tour est plus difficile à faire.

Mais il faut aussi payer le prix de ces ajustements. Tout d'abord, la construction juridique menée de la sorte aboutit à un émiettement, voire une « pulvérisation » du droit¹, scindé à partir de distinctions techniques qui lui sont étrangères. Ensuite, la construction juridique de la régulation des activités de service public n'en finit pas de s'étirer dans le temps. Les nostalgiques évoqueront sans doute les quatre mois qui suffirent à faire naître le Code civil... Voilà plus de vingt ans que les premiers textes furent adoptés et l'on a toujours l'impression d'être au milieu du gué. Et ce d'autant plus qu'à peine les nouveaux secteurs saisis par un mouvement de réforme, l'évolution des domaines objet d'une première régulation justifie des modifications.

La théorie du droit a décrit cette nouvelle façon de concevoir un encadrement juridique, sans cesse mouvant, toujours provisoire, en attente perpétuelle de sa réforme². Cette conception se heurte à la culture des juristes, qui se réfèrent à des lois ayant vocation à être inscrites dans le marbre, permanence qu'ils auraient la mission de conserver. Cela explique en partie que les juristes traditionnellement formés ne s'occupent guère de rédiger les textes qui régissent ces matières.

1. Pour reprendre le terme par lequel le doyen Jean Carbonnier décrit l'évolution d'un système juridique français qui multiplie les règles, les prérogatives et les droits (*Le droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Forum », 1997).

2. V., par ex., Ch.-E. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUA, 1993.

A cela, s'ajoute le fait que la culture juridique est essentiellement nationale, surtout lorsqu'il s'agit de problématique de droit public, lequel a toujours partie liée au politique, à la nation et au territoire. Par défaut, par tradition communautaire aussi, ce sont donc le plus souvent des maîtres de l'art technologique et de l'art technocratique qui s'allient pour penser et produire les textes juridiques.

On assiste alors, d'une façon nouvelle, à une sorte de transversalité du professionnalisme : ce sont le plus souvent des ingénieurs et des économistes qui font ce droit, parce qu'ils en connaissent l'objet, ce qui permet de faire l'économie d'un apprentissage technique de la part de juristes ignorants de cet objet régi par les dispositions. Ainsi, les techniciens les plus rapides font le travail d'ensemble, ce qui est une façon inattendue pour faire coïncider le rythme technologique et le rythme juridique. En effet, les États ne peuvent compter sur la puissance normative du droit pour imposer des sortes de moratoires aux progrès techniques. Une telle arrogance juridique ne pourrait qu'engendrer des effets pervers dont la multiplication des sociétés de *call back* téléphonique ont montré l'exemple avant que la libéralisation n'intervienne pleinement.

Mais il faut reconnaître que le droit substantiel ne sort pas indemne d'un tel forçage. En premier lieu, cette mouvance qui lui devient naturelle l'éloigne d'un modèle juridique construit sur la loi, stable et englobante, pour se rapprocher d'un modèle juridique construit sur la jurisprudence, variant et dégageant une multitude de solutions. Il n'est pas nécessairement besoin que, dans la technique même, on substitue des arrêts à des textes. Même si certaines décisions de la Cour de justice des Communautés sont essentielles, le droit communautaire reste élaboré par des textes. Mais ces textes de toute nature sont si souvent modifiés et portent sur des objets si particuliers qu'on peut dire qu'ils ont adopté la même structure que celle traditionnellement représentée par la jurisprudence. Ainsi, le droit communautaire contribue, même par ses textes, à l'anglicisation du droit.

En second lieu, l'importance de l'objet sur lequel porte le texte façonne dans ses moindres détails celui-ci et conduit à diminuer ce qui caractérisait le droit romaniste : son abstraction. Le droit devient factuel. En cela, le droit anglo-saxon se retrouve. On comprend dès lors que la tradition juridique française est violemment prise à partie par l'évolution de la régulation des services publics. On sourit parfois en considération

la flamme avec laquelle les Français réagissent à Bruxelles contre cette évolution alors que les autres nations prennent la chose avec davantage de bonhomie. Mais le choc que leur droit subit est autrement violent que celui que doivent affronter les autres systèmes juridiques.

Dès lors, les pays de droit anglo-saxons bougent à peine. Il faudrait donc en quelque sorte qu'ils attendent un peu les pays romanistes et notamment que, par un phénomène de pause, des références au service public au sens où le droit français le conçoit soient un temps conservées dans les textes nouveaux, afin que le transcodage du service universel ne l'affecte pas. A ce titre, on peut estimer que la directive sur la régulation de l'électricité a opéré un tel compromis, indispensable pour l'acceptation et donc le succès du texte¹.

De telles méthodes, qui ne sont pas que de compromission, peuvent ainsi intégrer les différences de rythmes nationaux et ménager un rythme culturel d'ensemble. Par provision, on peut lier la notion de culture à celle d'enracinement, ce qui implique qu'une évolution peut se faire rapidement si elle ne fait qu'amender la culture nationale mais qu'elle ne peut être aussi indolore si elle signifie un arrachement culturel, c'est-à-dire la négation même de la culture. Si l'on peut s'autoriser à faire la comparaison, on comprend alors que la peur et l'agressivité de certaines institutions françaises à l'égard du droit communautaire s'apparentent à celle que nous pouvons approuver à l'égard du dentiste...

Que faire pour éviter cette sorte de douleur ? Que faire pour dépasser l'obstacle d'un enracinement rétif par nature au mouvement ? On pourrait certes insister sur l'aspect technique des services publics en cause, en déculturant la problématique pour ne plus parler que de câbles, de production, de stocks et de modes de calcul. La prégnance de la science économique y incite. Mais ce serait se bercer d'illusions. Nous sommes ici dans le domaine du construit et on ne doit s'y laisser prendre par le semblant de factualité, de ce que certains désignent comme la « faitalité », pour signifier la croyance dans l'existence d'un fait dont la nature serait permanente, a-historique et hors de toute influence culturelle, ne nécessitant donc aucune réflexion de type politique et sociologique. Cela n'est vrai ni pour le marché, cette idée politique majeure, historiquement et culturellement située, ni pour les services publics, au

1. *La dérégulation de l'électricité : quels enjeux pour l'Europe ?*, PUG, 1997.

cœur notamment de l'histoire française. Il faut assumer la dimension intimement culturelle des questions qui nous occupent.

Alors que faire ? Peut-être pourrait-on songer à tester une autre définition de la culture, dégagée de l'idée de temps et d'enracinement. On peut en effet concevoir et observer une culture elle-même multiple, changeante, superficielle au sens où Gilles Deleuze le définissait, une culture intrinsèquement tendue vers le nouveau, l'inédit. Cette culture caractérise, en France comme ailleurs, les adolescents pour lesquels le nouveau est à première vue meilleur et la conservation des choses un mauvais signe, pour lesquels ce qui vient de l'étranger est par principe bienvenu. La représentation du heurt entre marché et services publics serait là aussi une question de génération.