

QU'EST-CE QUE LE SERVICE PUBLIC ? LE POINT DE VUE JURIDIQUE

PAR MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à l'université Paris IX-Dauphine
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

1. Rien n'est plus agréable que d'être l'invité, l'étranger, dans une réunion, dans un travail de spécialistes, le juriste parmi les économistes. Et l'étranger, ou plutôt la matière technique qu'il incarne, est paré de bien des vertus, ou plutôt, la matière qu'il représente est créditée d'une maturité et d'une perfection enviabiles.

Aussi pose-t-on les questions les plus naïves, les plus improbables, si naturelles et pertinentes qu'on imagine jeu d'enfant pour le spécialiste, qui maîtrise les fondements de son savoir, d'y répondre (1). Ce sont juste des questions pour se mettre en train : au philosophe invité, on demande « qu'est-ce que la sagesse ? » ; au théologien, on demande « qu'est-ce que Dieu » ? ; à l'économiste invité, on demande « qu'est-ce que l'efficacité » ? ; au juriste invité, on demande « qu'est-ce que le service public » ?

Sans préjuger de ce que les autres auraient pu répondre aux premières, il semble hélas acquis que le juriste ne peut guère dire tout de go ce qu'est le service public. Ni même après réflexion, voire étude approfondie... À qui se fier ? On aurait mieux fait de rester entre économistes.

2. Mais tout d'abord, la définition d'une notion est-elle si importante en droit ? Définir n'est pas forcément le préalable à la construction de règles claires et cohérentes. Définir n'est pas ce qui rend le droit le plus

opérateur. Ce serait caricaturer l'esprit cartésien que de le soutenir. Dans une jonction avec le bon sens et le langage commun – et le service public est sur toutes les lèvres, même celles qui n'ont pas dit la messe juridique – le droit se fonde sur des notions dont la compréhension est immédiate et dont la définition n'est pourtant pas formulée.

Ainsi, le Conseil d'État a pu construire une jurisprudence très dense sur le service public sans définir abstraitement celui-ci mais en reconnaissant son existence ou non, décidé, selon les cas. En cela, la jurisprudence a construit une « tradition » du service public. On ne trouve guère, même dans les ouvrages portant dans leur titre l'étude des services publics, une définition qui indique nettement ce qu'est un service public (2). Les savants juristes affirment de guerre lasse

(1) On mesure ainsi l'exigence paradoxale de la transdisciplinarité : l'accueil de l'autre, assorti à l'ignorance bienvenue de son savoir. La transdisciplinarité n'est pas menée par le multi-savants mais par des multi-ignorants curieux.

(2) V., par ex. A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, coll. « Droit fondamental », 1991, PUF, spéc. n° 1, p. 1 : « Malheureusement, s'agissant de cet objet, les juristes ne sont d'accord que sur un seul point : l'absence de signification précise de l'expression ».

que la notion est « indéfinissable » (3). Cela semble à peine les contrarier.

3. Il ne faut pas s'en alarmer, car une notion est sans doute d'autant plus puissamment formatrice qu'elle est informulée. L'étude des mythes fondateurs des civilisations, ceux du droit aussi, nous a appris cela.

Ainsi, le service public, mythe fondateur du droit public, est à placer à côté de la bonne foi dans les contrats, de la loyauté dans le commerce, de la culpabilité dans la faute : des notions-clés, intuitivement perçues, effectivement partagées et suffisantes pour le droit fonctionne. Pourquoi définir, car on sait déjà ce qu'est le service public, comme on connaît la bonne foi et la loyauté ?

4. Cependant, cette organisation du droit est de moins en moins admissible. Pour deux raisons essentielles.

Tout d'abord, il y a depuis toujours l'enjeu considérable de la qualification. L'application du droit au cas concret a en effet pour pivot la qualification : il s'agit de l'opération intellectuelle permettant d'identifier dans un fait ou une situation de fait l'expression d'une catégorie juridique. Par exemple, un échange économique concret sera qualifié de vente. La qualification opère la rencontre du droit et du fait. Une fois cette jonction réalisée, le reste relève de l'automatique, à savoir l'application de l'ensemble des règles constitutives du régime juridique attaché à la notion abstraite (pour continuer l'exemple, les règles constitutives du droit de la vente).

5. Pour présenter les choses à l'envers, il n'y a pas possibilité d'appliquer un régime si une qualification décelée dans le fait ne vient pas le déclencher. Or, le régime des services publics est extrêmement dérogatoire. On affirme même qu'il est à l'origine de l'autonomie du droit administratif français par rapport au droit commun que représentait le droit civil (4). La jurisprudence du Conseil d'État porte essentiellement sur cette question de l'applicabilité du régime

dérogatoire. Dès lors, les concours de la définition que l'on donne au service public implique une application plus ou moins large du régime. En outre, si l'on ne s'accorde pas sur des éléments de définition – ambition plus modeste que l'établissement d'une définition – l'application d'une règle appartenant au régime dérogatoire sera toujours douteuse et peu prévisible. Et certains ont reproché à la jurisprudence du Conseil d'État son imprévisibilité dans la détermination du service public au cas par cas.

6. À travers ce reproche, l'on sent qu'au-delà de l'enjeu technique de la qualification, existe un enjeu de légitimité. Celui-ci est beaucoup plus aigu aujourd'hui. En effet, plus l'on estime qu'il existe une définition permettant, à propos et par exemple d'une organisation monopolistique, par exemple d'une organisation directe d'un secteur technique par l'État, de qualifier une organisation particulière de conséquence naturelle d'un service public. Celui-ci se doit d'exister, et avec lui, et plus encore, un régime dérogatoire, par exemple les prérogatives de puissance publique, par exemple une délégation du pouvoir réglementaire. Il y a contamination de légitimité de la définition, au principe, au régime.

7. Cette question de la légitimité est aujourd'hui essentielle dans un État de Droit qui exige que les règles et les pouvoirs soient justifiés (5). La question des services publics est aujourd'hui dans l'espace politique public et doit donc se justifier, notamment par une proposition de définition, afin de se prêter à la controverse démocratique. Au-delà de cette perspective déjà impérieuse, il est aujourd'hui nécessaire de poser une définition pour que s'opère une admission rationnelle de la notion et de ses règles par les étrangers. À travers cette notion d'étrangers, il s'agit ici d'étrangers au sens métaphorique, à savoir les économistes et les ingénieurs qui ne peuvent admettre de voir peser sur leurs calculs et leurs théories, une notion qu'autant qu'elle justifie de sa légitimité. Il s'agit aussi d'étrangers au sens juri-

dique du terme, à savoir les membres des autres États que la France. Le droit français doit rendre des comptes et aux non-juristes et aux non-Français.

Cela est essentiel dans la perspective de la construction européenne.

En conséquence et en second lieu, la communion intuitive d'un groupe dans une notion fondatrice du service public ne suffit plus. Le lien est en train de se rompre entre service public et culture. Sans doute il entraîne pour lui dans le gouffre le service public, pour ne plus laisser surnager que le service universel. C'est pourquoi l'expression de *service public à la française* est trop lourde de sens pour être utilisée. Va-t-on, à travers le service public, vers une guerre des cultures juridiques, c'est-à-dire des cultures tout court ? À certaines lectures, on peut le craindre. Toujours est-il que cette question essentielle met en avant les rapports entre le droit et l'histoire, entre le droit et l'histoire de la société nationale dans lequel il vit. Une école célèbre, l'école historique du droit, a soutenu que le droit incarne l'esprit d'un peuple. Le service public sans doute mieux que n'importe quelle autre notion.

8. L'Europe peut se faire en considération positive de cela, en retrouvant ce qui fut commun entre les histoires des peuples dans leurs notions juridiques. Cela justifie la recherche d'une notion commune, enfouie dans l'histoire, la redécouverte de ce que l'on appelle le *jus commune*. Il en résulte nécessairement une notion européenne plus enracinée, moins technicienne, mais qui se

(3) B. JEANNEAU, Droit des services publics et des entreprises nationales, Dalloz, 1984.

(4) Trib. conflits, Blanco, 8 février 1873, D. 1873, 3, concl. David.

(5) V. infra, n° 25 s.

peut s'en réjouir ou le déplorer ; il faut en tout cas en prendre la mesure.

16. Ce lien entre service public est encore étayé par l'affirmation du droit public : l'État, sous toutes ces formes, sert l'intérêt général. En cela, il diverge des personnes ordinaires, des personnes privées, qui recherchent leur intérêt particulier. Certes, parler des intérêts c'est déjà parler de mission de services publics. Mais dans une conception organique du service public, il s'agit de missions présumées au service de l'intérêt général, car il y a fusion de l'État et de l'intérêt général. Ainsi, il suffit que l'État parle ou agisse pour que soit servi l'intérêt général.

Devant la force, c'est-à-dire en réalité la faiblesse, d'une telle présomption, on conçoit que la définition organique du service public ait quelque mal à perdurer de nos jours.

17. Ce d'autant plus que le droit communautaire s'est construit sans référence à la notion d'État. En effet, une fois lancés les traités fondateurs de l'Europe, le droit communautaire s'est mis à croître, sans recours à la source normative des États. Plus fondamentalement encore, le droit communautaire se fonde par le but poursuivi, à savoir le bonheur des individus et la paix des nations par l'établissement du marché intérieur, se séparant ainsi radicalement des droits nationaux, du droit français en tout cas, pour lequel le droit est la production normative de l'État, qui recourt à sa puissance pour imposer sa volonté.

18. Ainsi, à travers cette question technique apparemment circonscrite de la définition du service public par l'organe, se profilent les rapports fondamentaux du droit et de l'État. À cet égard, alors que techniquement la différence paraît peu sensible entre service public français et service universel européen, ce sont en réalité deux mondes juridiques qui sont lancés l'un contre l'autre.

On comprend dès lors que la marque de l'État, sa violence légitime, la puissance publique, deuxième indice du service, soit également malmené.

2. Service public et puissance publique

19. Classiquement, puisque le service public est une activité supérieure à l'activité ordinaire des personnes ordinaires, il doit bénéficier pour s'imposer de moyens exorbitants. Il doit donc sortir du droit ordinaire, du droit commun. C'est pourquoi les entreprises publiques bénéficient de pouvoirs de police ou de pouvoirs réglementaires. Le principe d'adaptabilité du service public est une manifestation de cette puissance dérogatoire, puisqu'elle signifie, non pas certes que le service doit s'adapter à l'évolution des situations, mais que l'organe qui l'assure peut imposer à son partenaire, son contractant, une modification unilatérale des engagements au nom d'un changement de situation.

20. Dès lors, ce régime particulier articuland des règles puissantes au service des entités en charge d'un service public a un nom : c'est le droit administratif. Rien que cela...

On mesure alors que le service public est le poumon d'acier de la distinction du droit privé, droit des personnes ordinaires poursuivant leur intérêt particulier, et du droit public, droit des services publics au service de l'intérêt général. Cela ressort des définitions les plus usuellement retenues du service public (9).

21. Il apparaît ainsi que le cordon ombilical qui retient la France aussi sûrement que l'enfant dépendant est celui-ci : la *summa divisio* du droit public et du droit privé et son socle, plus solide encore, véritable fondation du système juridique français, de la dualité de l'ordre des juridictions judiciaires et de l'ordre des juridictions administratives (9 bis).

Cet enracinement empreigne le service public. Il n'effleure pas la notion de service universel. La différence est béante. Se débarrasser de cette conception organique

et académique — c'est-à-dire par rapport aux branches du droit — du service public, c'est laisser à la seule lumière ce qui est commun au service public, au service d'intérêt économique général, au service universel : son but. En cela, il peut y avoir progrès du droit.

B — L'appréhension juridique du service public par rapport à sa fonction

22. Définir le service public par sa fonction revient à se concentrer sur les missions de service public (1). Peut alors s'opérer la jonction entre service public et service universel (2).

1. Mission de service public

23. Penser le service public par son objet, c'est s'abstraire de l'État, et en cela le dénaturer historiquement, mais c'est aussi l'apurer pour, notamment, qu'il croise la notion de service universel, car celle-ci, pareillement, se définit par l'objet, le but, l'effet. Il s'agirait finalement de faire fructifier l'héritage de Léon Duguit : la théorie objective du service public.

24. Ainsi, ce qui caractérise le service public, c'est la mission que l'État détermine afin de remplir un but politique qu'il fixe, en cristallisant un besoin ressenti comme essentiel à un moment donné du développement d'une société. Par exemple, l'État

(9) Ainsi, Michel BAZEX (« Le concept de service public en droit national français », in *Vers un service public européen*, pp. 117 s., spéc. p. 121) présente comme étant « la plus représentative », la définition formulée par Rougevin-Vaville, Denoix de Saint-Marc et Labetoulle (*Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989, p. 215) : « Le service public est une activité reconnue d'intérêt général, assurée par une personne publique ou confiée par elle à une personne privée placée sous un contrôle et soumise à un régime juridique entièrement ou partiellement étranger au droit privé ».

(9 bis) R. DRAGO et M.A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *archives de la philosophie du droit*, t. 41, Sirey, 1997, p. 135 s.

restreint au plus petit dénominateur commun entre les histoires des nations.

9. Mais l'Europe peut se faire en considération négative de cela, assumant, comme le font les révolutions, l'écriture sur une page blanche. Puisqu'il faut alors trouver un élément commun, ce sera la technique (6), ce sera l'économie. Sans doute les présentes réflexions inciteront plus naturellement à cela. L'observation fondatrice d'une nouvelle définition commune du service public consisterait alors, non plus dans l'histoire des peuples, indifférente, mais dans la technicité des secteurs et des lois d'efficacité qui les gouvernent. Or, on souligne à l'envi l'internationalisation et la mondialisation des réseaux, tandis que le droit reste enraciné dans un territoire déterminé, même s'il prend la mesure de l'Europe. Dès lors, le droit commun, c'est-à-dire la définition européenne, la définition occidentale du service public, ne pourrait naître que de l'uniformité des techniques et des règles économiques. Le temps n'est plus alors au lyrisme et au rapport de l'histoire des peuples : le service public rentre dans ses foyers et laisse la place au service universel.

10. Cette technicisation du droit est une forme de progrès du droit, comme l'a montré Max Weber (7). Cet auteur a montré la bureaucratisation qui l'accompagne et la part restant à la décision politique. Cette rationalisation oblige alors le droit à devenir plus complexe, surtout s'il a l'ambition d'intégrer et les cultures des nations et les techniques du secteur, mais le rend aussi plus défini, plus justifié. C'est pourquoi, il y a aujourd'hui juridicisation du service public précisément parce que l'implicite de la communion culturelle n'est plus.

11. Grâce au maelström que subit aujourd'hui le corps de règles françaises gouvernant le service public, on peut donc estimer qu'il y a progrès du droit. La technicité du droit, les catégories, l'objectivité – au sens où Léon Duguit l'entendait (8) –, la justification, sont la marque du progrès du droit.

Ainsi, le droit, c'est-à-dire les juristes, doivent être reconnaissants aux économistes. Dans leur innocence, ceux-ci ont posé la question inconvenante de savoir ce qu'est le service public : ils ont, dans la naïveté impérieuse de recevoir réponse, fait progresser par cela même le droit.

12. Ils font progresser le droit mais ils ne le font pourtant pas arriver si aisément à une définition pour savoir ce qu'est le service public, du point de vue juridique. En effet, la question reste de méthode : comment saisir le service public, sans confondre les indices qui permettent de le reconnaître avec sa définition conceptuelle ? (I). En outre, l'expression « point de vue juridique » est ambiguë : est-ce un point de vue aimablement demandé au droit sans effet direct ? Mais le droit est normatif par essence : lorsqu'il exprime son « point de vue », ses paroles deviennent des ordres. Dès lors, il est important de distinguer dans la définition du service public la part normative du droit, à l'égard d'autres systèmes normatifs, plus ou moins contraignants, plus ou moins justifiés, que sont le politique, d'une part, le technique et l'économique, d'autre part (II).

I. — LE RISQUE DE CONFUSION ENTRE LA DÉFINITION DU SERVICE ET LE FAISCEAU D'INDICES DE SON EXISTENCE : COMMENT SAISIR LE SERVICE PUBLIC ?

13. La doctrine française s'est lassée de chercher la définition du service public et la jurisprudence semble ne l'avoir jamais vraiment tenté. Simplement, le juge en reconnaît l'existence concrète par indices. Ils sont au nombre de trois : la prise en charge de l'activité en cause par une structure publique, démembrement plus ou moins direct de l'État ; l'exigence de prérogatives

de puissance publique, signe de puissance justifiée par la supériorité du service public ; la mission de service public, c'est-à-dire l'objectif d'intérêt général poursuivi. Il ne faut pourtant pas confondre indices d'une réalité juridique et définition.

Une fois le service public posé, cela engendre un régime qui repose sur trois exigences : l'égalité des usagers devant le service public ; la continuité du service public ; l'adaptabilité du service public.

A – L'appréhension juridique du service public par son organisation

14. Si l'on cherche à saisir le service public par son organisation, la nature par rapport à la forme, on croise alors, dans un maillage plus ou moins serré, le service public et l'entreprise publique (1), le service public et la puissance publique (2).

1. Service public et entreprise publique

15. Il y a tout d'abord interférence entre service public et cercles de l'État. Historiquement, le service public, c'est le service du Roi, dans sa personne physique, puis dans sa personne mystique, c'est-à-dire dans ce dont l'État prendra la succession.

Cette continuité dans l'histoire s'explique par le fait que le pouvoir d'organisation tient tout entier dans la légitimité de la source. Le Roi est source de toute justice ; l'État est la source du service public. Plus encore, l'État est le service public. Dès lors, qu'on le veuille ou non, la remise en cause du lien entre service public et entreprise publique, c'est-à-dire entreprise d'État, constitue un affaiblissement de l'État. On

(6) V. infra n° 43 s.

(7) Sociologie du droit, trad. J. Grosclaude, Coll. « Recherches politiques », PUF, 1986. V. aussi Ph. RAYNAUD, Max Weber et les dilemmes de la raison moderne, PUF, 1987, rééd. coll. « Quadrige », PUF, 1996.

(8) V. infra n° 23 s.

ment distinct du marché lorsque la fin est hors de portée de celui-ci (12).

31. C'est pourquoi dans l'arrêt *Almelo*, l'organisation dérogatoire de l'électricité est entre autres choses concrètement justifiée par des considérations d'écologie. On remarquera au passage que cet arrêt se réfère à la notion d'intérêt général et non son avatar qu'est l'intérêt économique général de l'article 90-2 du traité de Rome. C'est pourquoi certains souhaitent que soit inscrit littéralement le service public dans le traité de Rome, à l'occasion de la conférence intergouvernementale. Ce n'est pas poser deux fins au traité, c'est poser deux instruments corrélés et alternatifs pour une même fin.

32. Si l'on désire ainsi continuer à affirmer que le service public embrasse plus que l'économie, même à propos d'une activité économique, que le service public et l'intérêt général se recouvrent, alors il faudrait considérer que c'est bien par une dégradation que le service public se transforme aujourd'hui en service universel.

2. Service public et service universel

33. Le service universel serait la version insensible du service public, ce qui arrive au service public lorsque le fonds culturel s'effrite (13). Ainsi, le service universel peut se définir comme l'accès pour chacun à une prestation ou un bien jugé essentiel. Cet accès se définit techniquement (pas trop loin de la route, du bureau de poste, etc.) et financièrement (pas trop cher).

34. Certains pensent qu'il s'agit d'une vision matérielle du service public, c'est-à-dire d'une vision amoindrie. Le sens littéral des termes du traité de Rome, le service « d'intérêt économique général », par ce glissement de l'économique entre l'intérêt et le général, rétrécit nécessairement le champ. Ainsi, lorsqu'on évoque ce qui est le cœur du service universel, à savoir l'accès, cela ne peut viser essentiellement que les biens matériels. En cela, le Conseil d'État

dans le rapport qu'il a consacré à la question du service public et des services publics analyse le passage du service public au service universel comme un appauvrissement.

35. Le service public a un souffle qui lui vient de l'histoire et que ne recèle pas peut-être encore le service universel. C'est une réalité assez difficile à exprimer par des mots, car le souffle qui anime le droit est difficilement traduisible dans la froideur inhérente au langage juridique.

36. Mais prenons l'avis que le Conseil de la concurrence français a rendu le 23 juin 1996 à propos de la concurrence existant en matière de services financiers entre la Poste et les Banques. La Poste utilise son réseau pour proposer des services financiers, biaisant ainsi objectivement la concurrence sur ce même secteur avec les banques, car elle prend appui sur son réseau physique et technique initialement institué pour lui permettre de remplir sa mission d'acheminement du courrier. Voilà l'exemple même de comportements quasiment prédateurs sur un marché par un établissement public qui profite des avantages qui ne sont justifiés que dans le secteur postal où des droits exclusifs lui sont conférés en raison du service public qu'il sert. Pourtant, le Conseil de la concurrence a estimé le comportement justifié, et ce au-delà de l'argument technique de l'équilibre financier. Il a affirmé que, dans la façon dont la Poste exerce ces activités financières, il y avait aussi du service public. En effet, seule la Poste accueille les RMIstes, les petits comptes, les gens proches de l'exclusion. Le compte postal devient la condition du lien social.

37. C'est donc la façon de faire qui définit le service public et plus même le service technique rendu en lui-même. Il y a façon et façon de faire de la banque. L'utilisation du réseau des bureaux de poste pour l'activité financière, mais sans doute seulement lorsqu'elle est exercée ainsi, est du service public. Lorsqu'elle est exercée sans souci de cohésion sociale, par les banques qui refu-

sent les comptes à problème – et cela ne leur est pas reproché – il ne s'agit plus de service public. Je ne suis pas sûre que cette solution aurait été obtenue par l'usage de la notion technique de service universel et en tout cas, il s'agit d'une application concrète et sensée d'une définition du service public par ses effets.

38. Pourtant, l'humanisme est-il bien d'une façon définitive du côté du service public ? En dehors de ce dernier cas, il semble que non dans la mesure où la légitimité du service public, sauf s'il devait évoluer dans le sens exprimé par cet avis du Conseil de la concurrence, se mesure encore à la source. Le service universel déplace l'attention vers le service attendu par l'utilisateur du service public. C'est le passage de l'usager au client, du sujet du Roi au consommateur d'une prestation. Peut-on pour autant aller jusqu'à soutenir que le service universel prend aujourd'hui sa source dans des sortes de droits fondamentaux, comme le suggèrent une doctrine et un commissaire européen ?

39. Cela paraît difficile dans la mesure où, d'une part, dresser la liste des droits fondamentaux en matière de services publics va vite nous faire verser dans Courteline et Prévert. D'autre part, c'est retrouver le système de la légitimité par la source, alors qu'il convient, comme le droit européen le pose, d'apprécier les instruments juridiques par leur but et leurs effets.

D'ailleurs, cette considération concrète des situations des destinataires du service existait à travers deux traits de caractère du service public : l'égalité des usagers et la continuité du service. La jurisprudence du Conseil d'État s'est particulièrement développée à propos du premier terme. Il est en

(12) M.-A. FRISON-ROCHE, Le modèle du marché, *Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996, pp. 287 s.

(13) V. supra, n° 3 s.

fixe comme fin de l'organisation en société l'éducation. Il en naît l'instrument du service public de l'Éducation nationale, et sa prise en charge par l'État, directement ou non. L'État fixe comme fin l'impératif que les morts soient enterrés. Il en naît le service public des pompes funèbres, etc. Il pose que la communication entre les personnes doit se faire. Il a résulté historiquement l'un des premiers services publics industriels et commerciaux : la poste, etc.

25. Cela entraîne une légitimité par les buts et par les effets.

Légitimité par les effets, ce qui signifie qu'une entité dont l'action ne remplit pas le but pour lequel elle a été instituée, ne mérite pas la qualification de service public. La jurisprudence communautaire a été dans ce sens lorsqu'elle a affirmé que l'agence allemande de placement des cadres n'était pas un service public au motif qu'elle ne parvenait pas à exécuter effectivement cette mission.

Cette légitimité par les effets n'existe guère en France où l'on admet, voire on soutient, des grèves dans les services publics, alors même que le principe de continuité leur est consubstantiel... Ce qui est essentiel ne peut être intermittent sans sophisme.

26. Légitimité par les buts, ce qui signifie que l'organisation juridique, l'attribution de droits exclusifs, le comportement a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel, ne valent que comme instruments au service d'une fin. Cela semble la portée exacte des arrêts mille fois scrutés *Corbeau* et *Almelo*. Il s'agissait de problèmes de droits exclusifs sur des marchés connexes concurrentiels. Les arrêts décident que cette situation est exclue *a priori* par le traité de Rome, sauf démonstration de nécessité d'un équilibre financier global sans lequel l'effectivité du service public serait compromise par un déficit insupportable.

On s'est beaucoup disputé sur la question de savoir si ces arrêts constituent l'hallali des

services publics français monopolistiques ou s'ils sont le palliatif salvateur de l'absence de mentions des services publics dans le traité de Rome en ce qu'ils reconnaissent et fondent ceux-ci. Ni l'un, ni l'autre, sans doute. Ces arrêts expriment une nouvelle culture : celle de la preuve. Les organisations particulières peuvent être admissibles dans leur singularité, se détacher d'un mécanisme général de marché, mais elles doivent justifier leur singularité si elles prétendent bénéficier d'un tel détachement. Le service public quitte le statut de l'incantation – même si l'on dit encore beaucoup de grand-messes à son propos – pour devenir une justification raisonnable, si étayée, devant un juge.

27. L'instrumentalisation de l'organisation juridique implique que son effectivité soit mesurée (sert-elle efficacement cette fin ?) et que son adéquation soit contrôlée (est-ce bien cette fin-là qu'elle sert ?). Par exemple, l'organisation monopolistique de la distribution d'électricité est-elle le moyen de rendre l'électricité accessible à chacun ? Est-ce cette finalité que vise et qu'obtient l'action de l'entreprise bénéficiaire de ce monopole ? Dans cette dernière question, se loge l'interférence entre la protection du service public et la défense des personnels à statut au sein des entreprises publiques. Doit-on considérer que l'on se situe encore dans la défense du service public lorsqu'on défend l'organisation juridique en elle-même et les privilèges sociaux qu'elle a eu les moyens de conférer ? Confondre la fin et l'instrument conduit à confondre de nouveau service public et secteur public, sans que la considération de l'intérêt général et de l'État puisse cette fois-ci fonder le discours (10).

28. Si l'on en reste à une conception objective du service public défini comme une mission, seule la fin est constitutive du service public. La question des moyens reste ouverte. On peut même aller plus loin et, à rebours des définitions subjectives du service public, affirmer que la qualité de l'entité en charge de la mission de service public, notamment entreprise de droit privé ou

entreprise de droit public, est indifférente. Le rapport remis au Premier ministre en 1996 par M. le président Renaud Denoix de Saint-Marc, visant à définir le service public, n'a pas hésité à le poser (11).

29. Faut-il aller plus loin et affirmer la subsidiarité de l'organisation publique du service public, par rapport à l'organisation privée, spontanément engendrée par le marché ? Posant que le marché est l'instrument naturel de réalisation du bien-être, l'organisation dérogatoire, par l'attribution de droit exclusif par exemple ou l'intervention de péréquation perturbant la détermination des prix, serait-elle à exclure ? Il s'agirait alors, allant d'un excès à l'autre, de passer de la reconnaissance d'un statut exceptionnel, appelant donc justification, à la conception d'un statut proprement hérétique. Avouons que la remise en cause des services publics tels qu'actuellement organisée ressemble parfois à une chasse aux sorcières et qu'il faut s'en garder.

30. Mais ce qui est le plus important, ce n'est pas tant de hiérarchiser les instruments, mais de rappeler que le marché n'est lui-même qu'un instrument. Et non pas une fin comme le voudrait une lecture trop rapide ou trop dogmatique du traité de Rome. La fin du traité de Rome est le bonheur des personnes, définition même de la politique. Son instrument est l'établissement du marché intérieur, car le bonheur des hommes passe par la prospérité. Mais l'économique n'est pas le seul instrument et la seule mesure du bonheur des hommes. Il y a aussi la qualité de vie, la santé, la culture, la qualité de l'environnement, la possibilité de prendre contact avec les autres, etc. L'instrument peut alors être un service public, un instru-

(10) *V. supra*, n° 15.

(11) Le service public, *Rapport au Premier ministre*, coll. « *Rapports officiels* », doc. fr., 1996.

considérés font basculer l'activité régulatrice du côté de la technique propre à l'objet, au mieux du côté de la réglementation, laquelle est distincte du droit (16). La régulation prendrait la forme d'une science unilatéralement partagée entre les techniciens et l'administration.

Mais le droit reprend ses marques par un mouvement naturel, webérien, de juridictionnalisation des organes dotés d'un pouvoir de décision, dès l'instant qu'ils sortent d'un modèle hiérarchisé dans lequel il ne s'agit que d'appliquer une norme supérieure, et prétendent décider rationnellement. Dès lors, l'organe doit instruire, écouter les différents avis, permettre aux intéressés d'exprimer leur point de vue avant que la décision ne soit définitivement posée : le service administratif, la commission *ad hoc*, les experts reconnus, etc., se soumettent alors aux principes généraux de la procédure ; ils se comportent comme une juridiction.

48. Cette évolution commune à toute organisation de prise de décision faisant grief, se trouve accélérée de deux façons dans la régulation de secteurs techniques sur lesquels plane l'ombre du service public. La loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications le montre nettement et sans doute la loi qui transposera la directive du 20 juin 1996 relative à l'électricité suivra le même mouvement. En effet et en premier lieu, les nouvelles autorités de régulation se voient dotées de pouvoirs de trancher des litiges et de prononcer des sanctions. Rejoignant directement le cœur de l'office du juge, ces organes doivent une légitimité, qui pour eux aussi se juge sur pièces, à une juridictionnalisation de l'usage de leur pouvoir, notamment dans le respect obligé des droits de la défense.

49. En second lieu, le droit pénètre dans la technicité de la régulation à travers l'entrée en personne du juge et non plus par la seule imitation qu'en font nécessairement les autres organes. En effet, on ne peut conce-

voir qu'un tel pouvoir confié au nom du service public – pouvoir qui ne dédaigne pas parfois la confusion du pouvoir réglementaire, du pouvoir d'exécuter et du pouvoir de juger comme au bon temps de l'Ancien Régime – soit sans contrôle. C'est le juge, et à travers sa personne les principes généraux du droit, qui, par l'exercice de voies de recours formées devant lui par les personnes lésées, sera l'autorité finale du marché.

50. C'est la procédure, en ce qu'elle exprime aujourd'hui la rationalité, qui donne principalement au droit son empire sur la technique. En cela, elle permet une certaine unité de conception des différents secteurs techniques, ainsi regroupés sous la bannière du service public. Sans le droit, une force centrifuge puisant dans les spécificités techniques des différents réseaux viendrait à bout de cette unité conceptuelle qu'il faut garder, en écho à une certaine unité du corps social et du corps politique.

B – La part du droit par rapport au politique

51. L'activité législative a ceci d'ambigu qu'elle exprime fondamentalement la volonté politique et qu'elle relève en cela de la réflexion politique plus que de celle du droit. Celui-ci n'est que l'instrument technique de la volonté politique lorsque les règles fondamentales de la cité sont en cause. Ici, elles le sont (17). C'est donc au politique de fixer les contours principaux d'une nouvelle régulation des services publics (1) et de décider ce qui pourrait être un droit européen du service public, étant acquis qu'en raison du caractère politique, et non seulement technique, des problématiques, toute avancée européenne se fait au détriment de la souveraineté (2).

1. La géographie de la régulation des services publics

52. C'est au politique de poser les niveaux de la régulation. Lorsqu'il s'agit de poser les

fins poursuivies, en affirmant notamment la supériorité d'objectifs a-économiques, voire anti-économiques, telle la préservation de l'environnement (18), cette part du service public relève de la souveraineté politique. Plus encore, la détermination de ce qu'est un service de base, c'est-à-dire celui qui a vocation à être qualifié de service universel, justifiant bien des dérogations, n'est pas une détermination technique mais une détermination politique. La désignation du service de base postal, le choix du téléphone fixe comme service de base laissant hors du champ du service universel, et donc de la réglementation *ad hoc*, le téléphone mobile, résultent de choix politiques. De cette façon s'exprime le sentiment politique de la société sur ce que l'on pourrait appeler l'essentiel contingent, hier le télégraphe, aujourd'hui le téléphone fixe, demain le téléphone mobile.

53. Dans le cadre de la modernisation de l'État, on a pu proposer une régulation normative par l'administration, tandis qu'une autorité indépendante prendrait en charge l'application particulière des principes. Ainsi, le politique n'exprime plus la prévalence du service public par une maîtrise d'un opérateur, à travers le mécanisme de la tutelle, mais impose des fins poursuivies par une emprise sur le secteur, à travers la régulation. On observera que le maintien d'une tutelle d'un opérateur public lorsque se met en place une technique de régulation, contraint l'État à confier la régulation à un organe extérieur, afin de préserver son impartialité objective. Si l'État veut directement exercer une activité de régulation, la privatisation des opérateurs publics serait un préalable nécessaire.

(16) M. A. FRISON-ROCHE, *Les enjeux de la dérégulation: de l'économie réglementée au droit de l'économie*, Revue des deux mondes, septembre 1996, pp. 68 s.

(17) V. supra, n° 6 s.

(18) V. supra, n° 26.

effet plus prudent en France, en raison du droit de grève conçu étonnamment sans véritable limite, de ne pas approfondir la question de la continuité.

40. Mais si l'on adopte la notion de service universel, c'est-à-dire par définition l'accès au service, on met en premier la situation concrète de l'utilisateur. En cela, ce souci du concret, cette considération de l'effet de l'organisation sur celui pour lequel elle est faite et qui lui donne sens, est un progrès. Ainsi, l'on pourrait dire que le service universel est un service public asséché de son histoire, recroquevillé sur une vision économiste de la vie, mais aussi un service public refondé sur la seule chose qui compte : la vie concrète des individus. Perte du droit vivant de l'histoire ; gain du droit vivant des individus concrets : la balance paraît bonne.

Ainsi, tout à la fois, techniquement, service public et service universel se ressemblent ; culturellement, service public et service universel s'affrontent ; dialectiquement, service public et service universel se dépassent l'un l'autre.

41. En cela, du fait de cette dialectique des conceptions, nous assistons à un progrès du droit (14). Concrètement, nous avons affaire à un envahissement par le droit. Et sans doute des observateurs extérieurs comme peuvent l'être des économistes le perçoivent nettement. Cette évolution est tout aussi importante que celle observée dans les définitions.

II. — CE QUI RELÈVE DU DROIT DANS LE SERVICE PUBLIC : LA NORMATIVITÉ DU POINT DE VUE JURIDIQUE

42. Le droit ne parle jamais pour ne rien dire : il dit toujours du normatif et de l'obligatoire. En cela, il supplante la technique et l'économique. Il peut les prendre en considération, les adopter, mais sa normativité le

distinguera toujours. Il y a certes aujourd'hui tentation d'affirmer que le droit se mêle de ce qui ne le regarde pas. En matière de service public, il faut prendre la mesure entre le droit et la technique (A), entre le droit et le politique (B).

A — La part du droit par rapport à la technique

43. Le droit européen des réseaux d'infrastructure essentielle sera-t-il fait par les juristes ou par les ingénieurs ? Sans doute la technicité de l'objet est aujourd'hui prépondérante et les directives difficiles à lire par de simples juristes. Lesquels sont venus à bout de la directive du 20 juin sur l'électricité ? Cela est la rançon d'un droit concret qui prend plus directement en compte les objets sur lesquels son pouvoir, relatif de ce fait, porte. Il n'empêche que le droit prend le pas sur la technicité de l'objet et ceux qui en sont les savants, car il s'insufflé dans la réglementation des principes généraux (1). En outre, les processus techniques subissent un phénomène de procéduralisation qui les ramène au cœur du droit (2).

1. La juridicité des principes généraux

44. La gestion des réseaux d'infrastructure essentielle, telle l'électricité, ne relève pas de la simple technique de la normalisation des produits et des processus que l'on retrouve dans d'autres domaines techniques. Des procédés techniques de standardisation, d'interchangeabilité des biens, d'interopérabilité des réseaux, ne suffisent pas. Parce que le droit, dans ce qu'il a de plus haut, c'est-à-dire à travers les principes généraux, va chaapeuter l'ensemble.

45. Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse d'une prise en charge de l'équité par le droit. On se réfère aisément à la tarification équitable, à la distribution équitable des produits rares, etc. Ce souci, qui permet de dépasser le principe d'égalité, qui donne un second souffle à la technique de péréquation, qui a la puissance de faire éventuelle-

ment balance avec le principe d'efficacité, semble relever du droit. Cependant, il y aurait quelque contradiction à en appeler au droit pour veiller à l'effectivité de ce principe d'équité, lui-même peu définissable. En effet, le droit s'est construit en réaction à la simple équité, notamment lorsqu'elle devient l'instrument de l'arbitraire, principalement des juges. Le juste est un fondement, un souci, mais non une technique ; il ne peut apparaître d'une façon pure dans le droit. La Cour de cassation affirme régulièrement que l'équité n'a pas de puissance normative en droit et que les juges ne peuvent trancher les litiges dans sa seule considération.

Dès lors, le souci de l'équitable relève du politique (15) plutôt que du droit et s'exprimera par la loi, expression de souveraineté, plutôt que par le juge qui n'exprime rien de politique et ne doit pas le faire.

46. En revanche, le droit va intervenir directement dans la prise en charge de la proportionnalité par le droit. Le principe de proportionnalité exprime une nouvelle rationalité juridique ; il a pris son essor grâce au droit communautaire. Il impose aux autorités communautaires et aux États membres de mettre en place des moyens appropriés à l'objectif à atteindre. À ce titre, les moyens techniques ne sont pas laissés à la discrétion d'ingénieurs, soucieux de la perfection technique, quel qu'en soit le coût. En effet, le principe de proportionnalité oblige à limiter les charges imposées aux opérateurs économiques. Faute de quoi, ceux-ci peuvent saisir le juge.

2. La juridicité de la procéduralisation des décisions techniques

47. Les décisions techniques par lesquelles s'opère la régulation des secteurs techniques

(14) V. supra, n° 11.

(15) V. infra, n° 51 s.

54. Mais une fois ces objectifs de régulation posés, la permanence du service public au sein du service universel ainsi exprimé, reste la régulation technique, par le recours aux experts, dans une démarche d'équilibre et de mûrissement des secteurs vers le plus de concurrence possible, reste la régulation juridique, par l'expression des principes généraux dont le juge, juge ordinaire ou juge administratif, est le gardien et le garant d'effectivité.

2. L'enjeu d'un droit européen du service public

55. Parler d'un droit européen du service public soulève une grosse difficulté. Même

si l'on scinde le service public et l'État, on ne peut évacuer la part du politique qui persiste dans le service universel à travers la détermination de ce qui est le service de base. Comment l'Europe peut-elle avancer ?

56. Elle ne le peut que si, renouant avec le temps premier des traités constitutifs de la Communauté, la construction européenne repart sur une mise en commun des cultures des États. Cela explique la confluence entre conférence intergouvernementale et débats sur les services publics. On ne peut faire l'économie d'une réconciliation des cultures, sous prétexte que la technique est partagée. Le « service de base » replace cette

« base » dans le politique et dans l'histoire mais le politique peut s'arracher de l'histoire pour s'appuyer sur la technique. Peut alors s'opérer la réconciliation entre le droit retrouvé et le droit inventé.

57. Il s'agit d'un effort dialectique énorme, tel qu'on l'a opéré à la fin de la Révolution française, lorsqu'on a réconcilié le droit de l'Ancien Régime, lui-même mélange de droit romain et de droit germanique, et le droit révolutionnaire. Le Code civil en est né. Une Europe juridique, ce que certains ont appelé sa constitutionnalisation, peut advenir des convulsions observées dans le droit emblématique des services publics ■

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

P. BAUBY et J.-C. BOUAL (dir.), *Les services publics au défi de l'Europe*, Éditions ouvrières, 1993.

B. BELLON et al., *L'État et le marché*, Economica, 1994.

C. BUISSON, *Le droit communautaire de la concurrence et le service public*, Commissariat général du Plan.

J.-P. BOUTTES, R. LEBAN, *Concurrence et réglementation dans les industries de réseau en Europe. Du cas général à celui de l'électricité*, Conservatoire national des arts et métiers, 1994.

L. CARTELIER, J. FOURNIER et L. MONNIER, *Critique de la raison communautaire. Utilité publique et concurrence dans l'Union européenne*, Ciriéc-Economica, 1996.

Centre européen des entreprises à participation publique, *Europe, concurrence et service public*, Masson-Armand Colin, 1995.

J. CHEVALIER, *Le service public*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1987.

J.-M. CHEVALIER (dir.), « *Quelles modalités retenir pour une gestion concurrentielle des infrastructures essen-*

tielles ? », *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 86, sept.-oct. 1995, pp. 7, s.

Conseil d'État, *Service public, services publics*, rapport public, 1994.

L. GRARD, J. VANDAMME, F. VAN DER MENSBRUGGHE, *Vers un service public européen*, ASPE, 1996.

Institut de l'Entreprise, *L'État fournisseur de services de base*, 1991.

M. LE DUC, *Services publics de réseau et Europe. Les exemples de l'Allemagne, de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni (fer, route, air et eau-assainissement)*, Documentation française, 1995.

A.S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1991.

Ch. MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire. Ingérence et non ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, coll. « Léviathan », PUF, 1992.

L. MONNIER (dir.), *Entreprises publiques et Marché unique. Les entreprises publiques indispensables à l'économie de marché*, Labor, 1992.

O. RAYMUNDIE, *La gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, éd. Moniteur, 1995.

Réseaux, n° spéc., *Service public et service universel*, juil.-août 1994.

Revue des affaires européennes, n° spéc., *Les services publics en Europe : entre monopole et concurrence*, L.G.D.J., 1994.

Revue française d'administration publique, *Le service public et la construction communautaire*, n° spéc., mars-juin 1995.

J.-P. SIMON, *L'esprit des règles. Réseaux et réglementation aux États-Unis. Câble, électricité, télécommunications*, L'Harmattan, 1991.

Ch. STOFFAËS, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPE-Europe, 1994 ; *L'Europe de l'utilité publique. Des industries de services publics renouvelées dans l'Europe libérale*, ASPE-Europe, 1995.

B. THIRY et J. VANDAMME (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne, entre concurrence et intérêt général*, Pédone, 1995.