

Constitution et service public

Francis Delpérée

Citer ce document / Cite this document :

Delpérée Francis. Constitution et service public . In: Revue juridique de l'Ouest, 2006-4. pp. 389-403;

doi : <https://doi.org/10.3406/juro.2006.3942>

https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2006_num_19_4_3942

Fichier pdf généré le 10/10/2018

CONSTITUTION ET SERVICE PUBLIC

par

Francis DELPÉRÉE

Comment évoquer, en quelques lignes, les grands problèmes qui se posent à l'Etat moderne lorsqu'il se préoccupe d'organiser et de gérer son administration et ses services¹ ? La tâche est immense. Il sera néanmoins permis de rassembler les réflexions qui viennent à l'esprit sous le titre « *Constitution et service public* »².

L'intitulé peut paraître singulier, pour ne pas dire : anachronique. « *La Constitution, une survivance inutile* », écrivait Georges Burdeau, il y a cinquante ans presque jour pour jour³. Et il y a vingt ans, dans les colonnes de l'AJDA, Didier Truchet évoquait le service public sous les traits d'un « *illustre vieillard* » dont il consentait à fournir, avec une pointe d'ironie, quelques « *nouvelles récentes* »⁴.

Il est attendrissant de cultiver la nostalgie. Mais à quoi bon célébrer les mérites de deux ancêtres dont on annonce la disparition imminente ? Les rescapés, fussent-ils ceux de combats glorieux, sont toujours voués à disparaître. A quoi bon jouer quelques mesures à la manière de Ravel : « *Pavane pour une, et même pour deux, infantes défuntes* » ou presque ?

De manière plus impertinente encore, l'on peut se demander si un autre intitulé n'eût pas mieux convenu. « *La Constitution contre le service public* ». Ou « *le service public contre la Constitution* ». Les relations entre les

1 - Cette contribution est la version remaniée de la leçon inaugurale qu'à l'invitation du professeur Gilles Guiheux, j'ai eu l'honneur de présenter, le 2 octobre 2006, à l'IPAG de Rennes. Qu'il me soit permis de remercier les autorités de l'Institut qui m'ont demandé d'en parrainer la promotion 2006-2007.

2 - Dans le numéro spécial que l'AJDA consacre, le 20 juin 1997, au « Service public », Louis Favoreu consacre, pour sa part, une étude particulière à « Service public et Constitution » (p. 16 sv.). Voy. aussi L. FAVOREU, « Droit administratif et normes constitutionnelles. Quelques réflexions trente ans après », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, p. 649 sv.

3 - G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956.

4 - D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », AJDA, n° 7-8, 1982, p. 427.

deux partenaires ne sont pas nécessairement pacifiques. Elles peuvent même se révéler conflictuelles.

Les uns diront : « *Il revient au pouvoir politique, et notamment au pouvoir constituant, de prendre le dessus sur le pouvoir administratif, pour ne pas dire : sur la technocratie* ». Les autres riposteront : « *Au vingt-et-unième siècle, il faut mettre le holà à des querelles idéologiques qui remontent au dix-neuvième et qui divisent à l'excès nos sociétés politiques. Un peu de réalisme, que diable. Faisons droit aussi aux exigences des sciences administratives, aux impératifs du management et, pour tout dire, aux règles de la concurrence, spécialement dans l'espace européen* ».

Il faut essayer de répondre à ces interpellations de manière nuancée. Deux types de réponse peuvent être avancées.

D'une part, il convient de souligner, avec d'autres, le double déclin de la Constitution et du service public. « *Les civilisations sont mortelles* », disait Valéry. Les Constitutions aussi. Elles font l'objet de menaces et celles-ci viennent de l'intérieur comme de l'extérieur.

Les services publics ne détiennent pas non plus un brevet de pérennité. Ils sont à la merci de mesures de privatisation et celles-ci peuvent prendre des formes explicites ou larvées. Il ne faut pas fermer les yeux sur ces réalités. Ce sont celles du moment, en France mais aussi en Europe et dans le monde.

D'autre part, ce double déclin n'est pas inexorable. Les Constitutions ne sont pas figées. Elles peuvent — mieux : elles doivent — se transformer et s'adapter aux nouvelles réalités politiques, économiques et sociales.

« Le » service public, tout autant que « les » services publics, peuvent eux aussi réviser leurs modes d'organisation et de fonctionnement. Ils peuvent recevoir de nouvelles missions ou se voir assigner de nouvelles méthodes.

Mieux encore, dans ce vaste mouvement d'*aggiornamento* politique et administratif, la Constitution et le service public ont partie liée. Le

déclin de l'un peut entraîner la chute de l'autre. Mais la renaissance de l'un peut aussi contribuer à donner à l'autre un nouvel essor.

Déclins et promesses... Le retour des saisons n'est pas inscrit dans les astres. Il ne suffit pas d'attendre la dissipation des nuages. Mais, s'il existe une volonté politique claire - celle des dirigeants et celle des citoyens - rien n'est perdu. Tout est possible. La Constitution et le service public, les deux piliers de l'Etat moderne, ont, alors, de beaux jours devant eux. Et l'Etat ne peut que mieux s'en porter.

Quels sont les signes d'un déclin que l'on ne croit pas inexorable ? Quelles sont les pistes d'une renaissance que l'on croit indispensable ?

I - LES SIGNES DU DECLIN

Les signes du déclin sont évidents. Ils marquent la Constitution, ils marquent le service public. Leurs normes et leurs méthodes sont critiquées. Leur action est contestée. Leur existence même est mise en cause. Le diagnostic est clair. S'ils ne réagissent pas, ils sont voués à disparaître.

A - Le déclin des Constitutions tient, semble-t-il, à trois facteurs : le nombre, le langage et, ceci peut paraître plus curieux, la jalousie qu'elles suscitent.

1 - Il y a, d'abord, le nombre. Il n'y a jamais eu autant d'Etats et donc autant de Constitutions de par le monde. Mais la quantité n'est pas synonyme de la qualité.

Combien de Constitutions papiers, comme on dit parfois, et de normes constitutionnelles d'autant plus belles et d'autant plus généreuses qu'elles sont dépourvues de toute portée effective ? Combien de Constitutions en sommeil parce qu'un coup d'Etat, une guerre civile, voire des circonstances exceptionnelles, ont mis une sourdine aux règles fondatrices de l'Etat de droit ? Combien de Constitutions dont les dispositions sont violées sans vergogne, sans contrôle, sans censure ?

A ce propos, il sera permis de donner un conseil méthodologique. Il serait temps de mieux séparer le bon grain de l'ivraie. Il serait salubre de ne pas accepter des compagnonnages encombrants. Il y a Constitution et Constitution. Autant le dire haut et clair.

2 - Il y a aussi le langage des Constitutions. Dans les Etats européens, la Constitution représente une règle juridique effective, une règle qui s'impose aux gouvernés comme aux gouvernants, une règle dont les juridictions assurent le respect, y compris lorsque l'activité normative prend la forme de la loi.

La qualité de la langue constitutionnelle se perd pourtant. Les assemblées se laissent aller au verbiage. Elles confondent la règle de droit et le propos politique. Elles se laissent tenter par des formulations qui relèvent du droit mou, sinon du droit gazeux. Gare au droit qui s'évapore ! C'est toujours une part de l'Etat qui s'évapore avec lui.

L'inscription aux marges de la Constitution française d'une « charte de l'environnement », les propositions de modification de la Constitution belge en vue d'imposer « le développement durable » de la planète fournissent des exemples récents et préoccupants de la nouvelle rhétorique constitutionnelle⁵.

Sans compter que nul ne songe à élaguer ou à simplifier. La Constitution grossit par voie d'alluvionnements successifs. A ce propos, il doit être possible de formuler un avertissement. La Constitution s'étoffe. Très bien. Qu'elle prenne garde, cependant, à ne pas s'étouffer sous des végétations luxuriantes qui relèvent, comme en d'autres domaines, de l'effet d'annonce plutôt que de la formulation précise d'une règle de droit positif.

3 - Un troisième phénomène, plus inattendu mais non moins dangereux, ne peut être perdu de vue. C'est celui de la jalousie.

Des concurrents s'éveillent. Ils se dressent sur le terrain constitutionnel. Ils ne nient pas la valeur, le sens ou l'utilité de la Constitution. Au contraire, ils célèbrent les mérites de la Constitution. Ils la prennent pour

5 - F. DELPEREE, « Dix observations de méthodologie constitutionnelle. A propos du développement durable », in *Mélanges offerts à Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007.

modèle, ils la copient, ils la concurrencent. A la limite, ils visent à la supplanter. L'imitation, c'est l'hommage du vice à la vertu.

Mais d'où viennent ces concurrents ? D'en bas et d'en haut.

Dans un Etat comme la Belgique, qui pratique sans retenue le fédéralisme depuis plus de trente-cinq ans, le premier concurrent, c'est la région (c'est l'Etat fédéré, comme on dit aux Etats-Unis). En l'occurrence, le terme d'Etat est usurpé⁶. Mais la formule a fait des petits.

Car, s'il y a des Etats, le mot est mis entre guillemets, au coeur de l'Etat, pourquoi n'y aurait-il pas des Constitutions, toujours entre guillemets, à côté de la Constitution ? Pourquoi pas des Constitutions régionales à côté de la Constitution nationale ? Des projets de Constitution flamande ou de Constitution wallonne voient actuellement le jour. Ils émanent de courants politiques indépendantistes qui voient dans ces « mini » Constitutions l'esquisse du nouvel Etat qu'ils voudraient construire de leurs mains⁷.

La régionalisation à la française n'a évidemment rien à voir avec ce qui se pratique en Belgique mais aussi en Espagne ou en Italie. L'Etat décentralisé est en mesure de faire obstacle à des volontés autonomistes accentuées. Il est à même de préserver l'unité de la politique générale. Il dispose d'une batterie de contrôles juridiques et administratifs qui affectent l'action et parfois même le personnel des collectivités territoriales. Ceux qui en douteraient reliront avec profit les alinéas 5 et 6 du nouvel article 72 de la Constitution.

Il y a évidemment un second concurrent. Et il est plus dangereux. C'est l'Europe. L'on vient de célébrer le cinquantième anniversaire des négociations de Val Duchesse qui ont préparé la rédaction du traité de Rome. Mais l'Europe a fait du chemin en un demi siècle. L'Union européenne a été jusqu'à rédiger sa Constitution. Une « méga » Constitution, cette fois.

6 - L'on sait que, dans l'histoire américaine, l'expression n'avait d'autre utilité que d'amadouer les anciennes colonies anglaises et de les inviter, à partir de 1787, à abandonner leur souveraineté pour entrer dans un seul et même Etat.

7 - Quelques naïfs se laissent prendre au jeu. Ils oublient que la Constitution est nécessairement une règle suprême et que cette suprématie ne saurait être partagée.

Ici aussi, il y a abus de langage. C'est une erreur juridique. Le Conseil constitutionnel l'a dit en termes excellents : un traité ne saurait s'appeler « Constitution ». C'est aussi une erreur politique. Robert Badinter l'a rappelé à plusieurs reprises. L'excès linguistique n'a pas servi la cause de l'Europe. Il a fait peur à ceux qui, à juste titre, se disaient que la Constitution, c'était l'assise de l'Etat et qu'accepter la Constitution de l'Europe, c'était en quelque sorte entériner la disparition des Etats membres. D'un autre côté, il a déçu ceux qui n'ont pas trouvé dans cette Constitution les ingrédients qui font l'originalité d'une telle règle de droit, et notamment l'existence d'un pouvoir constituant.

Le projet constitutionnel est inscrit dans le traité de Rome, celui du 29 octobre 2003. Ce document présente des mérites évidents. Il place le citoyen au coeur de la construction européenne. Il rend plus opérationnelles les institutions de l'Union. Il contribue à la visibilité de l'Union, notamment sur la scène internationale.

Ce document présente des défauts tout aussi évidents. C'est un monstre juridique. Un texte de 450 articles, assortis d'annexes et de protocoles additionnels... C'est illisible même pour des juristes confirmés. Une chatte n'y retrouverait pas ses petits. Les meilleures intentions sont noyées dans un fatras de dispositions qui n'ont pas leur place dans une Constitution. Il aurait fallu élaguer.

Plus préoccupant encore. Avec ses qualités et ses défauts, la Constitution européenne se présente ni plus ni moins comme l'adversaire de la Constitution nationale. Un texte précis en témoigne. Ce texte, c'est celui de l'article I-VI du traité. « *La Constitution (sous-entendu : européenne) et le droit adopté par les institutions de l'Union... priment le droit des Etats membres* ». Y compris, sans nul doute, le droit qui est inscrit dans leur Constitution. L'affirmation a le mérite de la franchise.

Certes, l'on peut donner de cette disposition une interprétation anesthésiante. La primauté du droit communautaire ne vaudrait que dans les matières qui sont de compétence communautaire. Ce qui signifierait implicitement que, dans les matières qui sont de droit national, c'est la Constitution de l'Etat qui primerait le droit de l'Union. La primauté jouerait à double sens. Mais, si c'est cela, pourquoi ne pas le dire en toutes lettres ?

B - Le déclin du service public est tout aussi évident. Il tient à son histoire, à son langage (décidément, les mots sont importants...) et à sa localisation.

1 - L'histoire du service public est paradoxale, entre toutes. Le professeur Jacques Caillosse le rappelait récemment⁸. Le service public est pensé par Léon Duguit. Mais, contrairement à une idée reçue, il l'est dans une conception réductrice de l'organisation et du rôle de l'Etat. Pour Duguit, les pouvoirs publics n'existent pas. Il n'y a que des hommes qui vouent leur existence à des tâches de service⁹.

La jurisprudence va prendre, cependant, le relais de la doctrine. Le Conseil d'Etat va se saisir de l'oeuvre du doyen de Bordeaux. Il va en tirer parti pour célébrer l'Etat, pour magnifier l'action des pouvoirs publics, pour assurer la croissance exponentielle de leurs activités. L'Etat actif, comme on dit aujourd'hui, trouve ici des illustrations multiples, que ce soit sur le terrain économique, social ou culturel.

De cette manière, le service public s'identifie à l'Etat. L'Etat est service public ou il n'est pas l'Etat. Il y a une véritable fusion des institutions, des rôles et des tâches. Cette osmose annonce pourtant le déclin du service public. La réflexion qui s'esquisse à partir des années 80 sur le rôle de l'Etat, sur les fonctions et les activités de l'administration conduit, en effet, à des opérations successives de dégraissage de l'Etat.

Le service public subit de plein fouet cette évolution. Il tend, par la force des choses, à se racrapoter et à se réduire à un strict essentiel. Par exemple, à l'exercice des missions régaliennes. Mais, ce faisant, reste-t-il fidèle à sa vocation originelle de fournisseur de « services » ?

2 - Deuxième dérive, celle du langage. Au début du XXe siècle, le service public devient un mythe institutionnel - au même titre que les traditions républicaines ou l'Etat unitaire -. Il est sacralisé. Il est l'oriflamme du droit administratif. Il emmène dans son sillage un ensemble de lois, de principes et de

8 - J. CAILLOSSE, « Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ? », in *La réforme de l'Etat* (dir. J.-J. PARDINI et Cl. DEVES), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 177.

9 - L. DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents* (réédité avec une préface de F. MODERNE), Paris, Dalloz, 2005, p. 362 : « Il n'y a d'autre volonté politique que la volonté individuelle des gouvernants ».

valeurs - au nombre desquelles la règle d'égalité devant le service public occupe une place primordiale -. Il sert aussi de critère pour déterminer la compétence du Conseil d'Etat.

Service public, fonction publique, domaine public, travaux publics, juge administratif... Tout s'inscrit dans la logique de Duguit et de l'oeuvre prétorienne du Palais royal.

Le mythe du service public subsiste. Il sert encore, aujourd'hui, dans une large mesure, à qualifier l'action de l'Etat. Il suffit de consulter sur la toile le portail de l'administration française. Son intitulé coule de source : « Service-Public », avec un curieux trait d'union entre service et public, comme pour mieux souligner que les citoyens (le public) sont les destinataires naturels de l'action administrative.

Tout ceci est vrai. Il n'en reste pas moins que les mêmes citoyens se rendent compte, chaque jour, que le vocabulaire utilisé est déconnecté de la réalité sociale. Les soins de santé, l'enseignement, les transports, autant de services, c'est le mot qui convient, qui sont désormais rendus dans un régime de libre pratique. Autant de services où l'administration n'est plus qu'un fournisseur comme un autre. Et il entre, sur le marché, en concurrence avec d'autres prestataires de services - parfois meilleurs, parfois moins performants - .

Le mythe tombe alors du piédestal sur lequel il avait peut-être été imprudemment placé.

3 - Troisième élément, la localisation. Le service public fait volontiers figure d'exception « à la française ». Face aux mouvements de mondialisation et d'européanisation, le service public vise à rassurer les Français.

Mais ceux-ci ne sont pas dupes. Ils se rendent compte, en effet, qu'à ce jeu, la France risque d'apparaître, dans ce domaine et en d'autres, comme le petit village gaulois - ou breton - qui résiste avec opiniâtreté aux courants idéologiques qui viennent d'outre-Manche et même d'outre-Atlantique.

Dans les discours officiels, le service public prend parfois les allures de la ligne Maginot de l'an '40 ? La résistance n'a été que de faible durée, c'est un euphémisme.

A l'entour, les amis parlent autrement. L'expression de « service public » n'a pas d'équivalent en anglais ou en allemand. Mieux : les amis raisonnent autrement. Une partie de l'Europe latine croit encore au service public. Mais l'Europe du nord ou l'Europe centrale l'ignorent totalement.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner si les traités fondateurs de l'Union européenne et, en dernier lieu, le traité établissant une Constitution pour l'Europe, se montrent sur ce terrain d'un laconisme évident. Et ce n'est pas le tiède « *service économique d'intérêt général* » du traité de Rome qui démentira le propos. Pas plus que le service universel, conçu comme un service minimaliste, au sens des directives communautaires¹⁰.

Autrement dit, à quoi sert-il d'avoir raison tout seul ?

II - LES PROMESSES DU RENOUVEAU

Le constat est sans appel. Une renaissance est, cependant, possible. Elle l'est pour autant que la Constitution et le service public prennent leur destin en mains et qu'ils s'attachent, comme l'aveugle et le paralytique, à conjuguer leurs destinées.

A - La Constitution doit prendre son destin en mains. Elle doit se garder de tomber dans les travers qui ont d'ores et déjà été dénoncés. Verbiage, inflation, désuétude... Mieux, elle doit investir des terres nouvelles. Elle doit notamment prendre position sur la conception de l'administration publique, et notamment du service public, qu'elle entend privilégier.

Jusqu'à présent, la Constitution est restée fort discrète à ce sujet. Il suffit de prendre pour exemple la Constitution de la Vème République. Que dit-elle ? Trois choses, en tout et pour tout.

Dans son article 13, alinéa 2, elle précise que le Président de la République « *nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat* ». Ce qui est la moindre des choses.

10 - Y. GAUDEMET, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », in *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 507 ; M. LOMBARD, « Service public et service universel ou la double inconstance », in *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau* (cité), p. 507.

Dans son article 20, alinéa 2, elle souligne que « *le Gouvernement dispose de l'administration* ». La formulation n'est pas anodine. La Constitution ne se contente pas de dire que le Gouvernement dispose d'« une » administration, ce qui aurait pu paraître banal, mais qu'il dispose « de » l'administration. Ce qui signifie qu'il exerce à son égard les prérogatives du commandement et de l'autorité.

Dans son célèbre article 34, alinéa 3, la Constitution réserve encore au législateur le droit de fixer « *les règles concernant :... la création de catégories d'établissements publics (ainsi que) ... les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété du secteur public au secteur privé* ».

Les décisions du Conseil constitutionnel sur les nationalisations (le 16 janvier et le 11 février 1982) puis sur les privatisations (les 25 et 26 juin 1986)¹¹ éclairent la portée qu'il convient de donner à cette disposition. Elles rappellent qu'il y a des services publics constitutionnels dont « *la nécessité... découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle* ». Elles soulignent que ces services doivent répondre à des prescriptions de valeur constitutionnelle : l'égalité de traitement des usagers, la continuité du service public, la neutralité du service public. Mais, comme l'a relevé Louis Favoreu, elles laissent curieusement au législateur le soin de préciser quels services entrent effectivement dans la catégorie des services publics constitutionnels.

Il faut ajouter à ces dispositions elliptiques trois articles de la déclaration du 26 août 1789. L'article 6 contient les principes fondamentaux du droit de la fonction publique. L'article 12 fait de même à propos de la force publique. L'article 15 inscrit le principe de la responsabilité de la puissance publique puisque « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ».

11 - Auxquelles il y a lieu d'ajouter la décision du 30 novembre 2006 à propos de la loi relative au secteur de l'énergie : « *Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise* ». Avec cette précision : « *Le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution ne l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée* ». Sur ce thème, voy. J.-E. SCHOETTL, « Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie », *Les petites affiches*, 7 et 8 décembre 2006.

Un autre apport est constitué par trois articles du préambule de 1946. L'article 9 mentionne l'existence d'entreprises dont l'exploitation présente «*les caractères d'un service public national* » ; elles doivent devenir la propriété de la collectivité. L'article 11 fait de l'enseignement public à tous les degrés un devoir de l'Etat. L'article 18 garantit à tous les ressortissants de l'Union française «*l'égal accès aux fonctions publiques* ».

Ces neuf textes appellent, semble-t-il, deux commentaires.

L'on observe, d'abord, que la superposition des textes - 1789, 1946, 1958 - laisse apparaître des trous béants. Pas un mot des autorités administratives indépendantes, pas un mot du médiateur, pas un mot ou si peu de la décentralisation par services. Je ne suis pas surpris par de tels oublis. Mais je me dis qu'il serait temps de combler les vides.

Il faut constater, ensuite, que le silence est encore plus assourdissant lorsque l'on quitte le domaine des institutions administratives et lorsque l'on aborde le domaine de l'action administrative. Celle que les services publics sont censés poursuivre. La Constitution est muette sur ce plan. Elle ne formule pas de règles de fond.

A cet égard, la Charte des droits fondamentaux du citoyen de l'Union dont on sait qu'elle formait la deuxième partie d'une Constitution pour l'Europe s'exprime plus clairement. La voici qui énonce une exigence de «*bonne administration* », qui assigne à l'autorité publique des impératifs de qualité, qui définit en quelque sorte les contours de la démocratie administrative.

Les Constitutions des Etats européens ont quelques longueurs de retard sur les textes internationaux. Si elles ne veulent pas être définitivement dépassées, elles doivent réinvestir le domaine de l'administration et, en particulier, celui du service public.

Il y a urgence à intervenir en ce domaine. La doctrine et la jurisprudence, si éminentes qu'elles soient, ne suffisent plus. Il faut affirmer haut et clair, jusque dans le texte constitutionnel, les valeurs administratives auxquelles nous croyons.

Pour que, comme le disait déjà la déclaration de '89, le « *but de toute institution publique* », à savoir le service de l'intérêt général, soit « *constamment présent... à tous les membres du corps social (et) leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs* ».

B - La question rebondit. Quel est le service public auquel il convient de faire référence dans la Constitution ? Comment l'identifier ? Comment le singulariser ?

Deux pistes de réflexion sont ici esquissées.

La première s'inscrit dans le cadre d'une réflexion proprement nationale.

La doctrine publiciste a longtemps privilégié l'approche organique du service public. Ce dernier s'inscrivait, oserait-on écrire : s'incarnait, dans un ensemble d'institutions publiques : l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les régions, et, au-delà d'eux, les formes démembrées de l'organisation politique et administrative. Le service public, c'était le maillon et, en même temps, le ciment d'un réseau institutionnel complexe.

Aujourd'hui, la même doctrine est invitée à adopter un point de vue plus fonctionnaliste. La référence à l'intérêt général ne suffit-elle pas à caractériser un ensemble d'activités que poursuivent diverses autorités, étant entendu que certaines d'entre elles prennent la forme de personnes morales de droit public mais que d'autres peuvent aussi emprunter des modes d'organisation qui les rapprochent d'institutions privées, à but ou non commercial ?

Telles sont les deux branches de l'alternative. D'une part, une conception rigoureuse du service public. Au risque de tenir un discours à ce point intégriste que plus aucune institution publique n'y trouve place. Le service public se meurt faute de combattants. D'autre part, une conception extrêmement souple du service public, une conception « banalisante », pour reprendre le mot de Franck Moderne. Au risque d'englober, sous cette appellation générique, des activités sans commune mesure entre elles. Le service public se dilue, il se noie dans des formes diversifiées d'organisation sociale.

Le droit belge apporte peut-être sur ce terrain des éléments intéressants de réflexion. Il esquisse des solutions nuancées. La loi du 21 mars 1991 organise, en effet, le statut des entreprises publiques. Il s'agit sans conteste de personnes morales de droit public. La loi les invite, cependant, à faire le départ entre leurs missions. Certaines d'entre elles sont dites de service public. D'autres peuvent être assumées en régime de libre concurrence.

Pour ne prendre qu'un exemple, lorsqu'un établissement public de radiodiffusion réalise un journal d'information, un débat sur des questions de société, voire une émission de variétés, il remplit sans doute des tâches de service public. Mais lorsqu'il organise un spectacle, lorsqu'il vend des DVD ou lorsqu'il imprime des T-shirts avec son logo, il ne doit pas se parer des plumes du service public. Il entre de plain pied dans le secteur concurrentiel. Des régimes juridiques différents s'appliquent à ces deux domaines d'activités.

La deuxième piste s'inscrit dans le contexte européen. Le service public peut y apparaître comme la contrepartie - certains diront : la condition - de l'ouverture au marché. C'est pour préserver des obligations de service public que des règles sont énoncées ou que des procédures sont organisées.

Ces obligations ne constituent pas un but en elles-mêmes. Elles ne se concrétisent pas dans des activités matérielles. Elles apparaissent plutôt comme les limites qui sont apportées aux opérations de libéralisation et de privatisation. Elles sont conçues comme des garde-fous.

Pour ne prendre qu'un exemple, le secteur de l'énergie comprend sans nul doute des services d'intérêt général. Le problème n'est pas tant de savoir si c'est une personne publique ou une personne privée qui assume ces prestations que de vérifier si le fournisseur de services est ou non assujetti au respect d'obligations spécifiques de service public.

Quels sont ces engagements de service public ? Ils peuvent affecter la sécurité de l'approvisionnement, la qualité, la régularité et le prix de l'énergie fournie¹²⁻¹³. Ils peuvent aussi porter sur la protection de l'environnement¹⁴.

12 - La privatisation de Gaz de France a montré que les engagements pris ne valaient pas seulement dans l'ordre national mais qu'ils devaient désormais recevoir une portée transnationale. La Belgique, en particulier, n'a pas manqué d'imposer des clauses protectionnistes pour préserver sa liberté de choix en matière énergétique.

Comment ne pas rappeler deux impératifs qu'il sera permis, en l'occurrence, de qualifier de constitutionnels ? Celui de la subsidiarité et celui de la solidarité.

La subsidiarité ? Lorsque les entreprises privées ne sont pas en mesure de respecter leurs engagements, l'autorité publique, qui se tient en réserve, doit être habilitée à intervenir pour faire respecter les droits des usagers qui sont ceux des citoyens.

La solidarité ? Lorsqu'une personne morale, qu'elle soit publique ou privée, est chargée d'une tâche de service public, ou lorsque des obligations de service public lui sont imposées, la moindre des choses est qu'elle en fasse profiter tous les usagers du service public et qu'elles le fassent dans des conditions d'égalité. Par exemple, elle fournira aux abonnés une quantité minimale d'énergie, que ceux-ci aient ou non payé la redevance. Des coupures intempestives peuvent être condamnées au nom du principe de solidarité sociale.

*

Sera-t-il permis, pour conclure, de faire référence à un ouvrage classique : « *De l'analyse raisonnée de l'histoire de France* » ? Chacun connaît l'auteur : René-François de Chateaubriand. Dans l'un de ses développements, tout à la fois historiques et prophétiques, dont il a le secret, Chateaubriand écrit : « *On ne peut dire qu'un peuple soit (entièrement) barbare quand il a conservé la culture de l'intelligence et la connaissance de l'administration* ».

Point besoin de souligner l'excellence de la langue. Chacun connaît le talent de l'auteur. Mais comment ne pas relever la perspicacité du

13 - L'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *commune d'Almelo*, du 27 avril 1994, a précisé, à propos de la fourniture d'électricité, que l'entreprise régionale d'approvisionnement doit « *assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées, à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables aux clients* ».

14 - Les pouvoirs publics peuvent soutenir les entreprises qui produisent de l'électricité écologique (encore appelée « électricité verte »). Ils peuvent aussi encourager les économies d'énergie.

propos ? Le raccourci est fulgurant ! Il traverse les siècles. Il traverse les frontières. Il traverse les esprits.

Les fonctionnaires de demain doivent cultiver l'intelligence des hommes et des choses. Ils doivent jeter des ponts entre le passé et le présent, sans oublier l'avenir. Ils doivent pratiquer la connaissance de l'administration. Ils doivent vivre sous l'égide de la Constitution de leur pays. Ils ne doivent pas avoir peur de regarder leurs voisins, en Europe et dans le monde. Ils doivent être mus par l'esprit du service public qui reste, quoi qu'on dise, l'un des leviers majeurs de l'action de demain.

Avec l'homme de Combourg, il faut célébrer la culture de l'intelligence et la connaissance de l'administration. Ce sont les meilleures garanties du bon fonctionnement de l'Etat moderne.