

# Conception française de l'intérêt général et du service public

Anicet Le Pors

Si la Fonction publique est au cœur de la notion de service public, celui-ci est le vecteur de l'intérêt général dont la prise en compte très ancienne dans notre histoire : sous l'Ancien Régime, c'était le « bien commun » que le roi avait la charge de défendre pour son peuple. C'est l'« utilité commune » évoqué dès l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* », tandis que l'article 17 évoque une notion voisine, celle de « *nécessité publique* ». C'est l'intérêt général qui permet de fonder en droit les relations de l'État et de la société. Sous cette inspiration historique, s'est créée, en France, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle une école du service public. L'un de ses fondateurs, Léon Duguit écrivait : « *L'État est une coopération de services publics, organisés et contrôlés par des gouvernements* ». C'est dans ce cadre général qu'il convient de situer préalablement la défense de la Fonction publique et de ses statuts.

## 1. La conception française de l'intérêt général

Les économistes se sont intéressés à l'intérêt général. Ainsi, dans la théorie économique néoclassique, si les agents économiques agissent rationnellement, la poursuite de leurs intérêts particuliers aboutit à la réalisation d'un « optimum social », mais celui-ci n'est que la « préférence révélée des consommateurs », or le citoyen est irréductible au consommateur. Le juge administratif et le juge constitutionnel font un usage fréquent de la notion d'intérêt général, sans cependant lui donner un contenu propre. Il y a à cela deux raisons. La première est que l'intérêt général est finalement une notion essentiellement politique, qui peut varier d'une époque à l'autre et qu'il ne faut donc pas figer, mais dont l'appréciation incombe d'abord au pouvoir politique, notamment au législateur. La seconde est que le juge ne fait généralement référence à l'intérêt général que de manière subsidiaire par rapport au principe d'égalité. Si le principe d'égalité peut conduire à des solutions différentes dans des situations différentes, l'intérêt général peut le justifier également pour des situations semblables ou peu différentes.

Pour autant, le juge administratif ne s'est jamais désintéressé du contenu de l'intérêt général. La jurisprudence comme la doctrine ont tôt considéré que l'intérêt général était l'objet même de l'action de l'État et que l'administration ne devait agir que pour des motifs d'intérêt général. L'intérêt général est alors assimilé aux grands objectifs, voire aux valeurs de la nation : la défense nationale, le soutien de certaines activités économiques, la continuité du service public. Toutefois, le juge administratif veille à ce que l'invocation de l'intérêt général ne recouvre pas un acte arbitraire, un détournement de pouvoir, et que la dérogation au principe d'égalité justifiée par une raison d'intérêt général soit bien en rapport avec l'objet poursuivi.

C'est ainsi que l'intérêt général est présent dans la décision d'expropriation pour cause d'utilité publique, mais celle-ci ne peut être légalement déclarée que « si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE Ass. 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*). L'intérêt général siège aussi dans l'exercice du pouvoir de police des autorités administratives, qui peuvent s'opposer à l'exercice de certaines libertés individuelles pour des motifs d'ordre public. Ainsi, le respect de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie n'a pas fait obstacle à ce qu'un maire puisse interdire l'attraction dite du « lancer de nain » (Conseil d'État, Assemblée du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*). L'intérêt général n'est pas, au demeurant, l'exclusivité des personnes publiques, et il peut prendre en compte des intérêts privés ; lorsqu'elle invoque l'intérêt général, l'autorité administrative doit veiller à ce qu'il ne leur soit pas porté une atteinte excessive (CE Assemblée du 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne c. Bernette*). Enfin, il peut y avoir divergence entre l'intérêt général, identifié à l'intérêt national, et l'interprétation que font les juridictions internationales de certaines dispositions de conventions internationales, par exemple en ce qui concerne le droit à une vie familiale normale posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En outre, à la limite, l'intérêt général pourrait confiner à la raison d'État.

Si le juge constitutionnel – comme le juge administratif – a fait preuve d'une certaine prudence dans la définition de l'intérêt général, considérant qu'il n'a pas un pouvoir général d'appréciation comparable à celui du Parlement, une partie importante de ses décisions y fait référence. C'est ainsi qu'au fil du temps, il a retenu une succession d'intérêts que l'on peut

regarder comme autant de démembrements de l'intérêt général : le caractère culturel de certains organismes, une bonne administration de la justice, des limitations au droit de grève dans les services de la radio et de la télévision, le logement des personnes défavorisées, une meilleure participation du corps électoral, les nationalisations et la validation rétroactive de règles illégales.

## 2. La conception française du service public

Dans la conception française, l'intérêt général ne saurait donc se réduire à la somme des intérêts particuliers ; il est d'une autre qualité, associé à la constitution ancienne de l'État-nation, à la forme centralisée que celui-ci a rapidement pris, et aux figures historiques qui l'ont incarné tels Richelieu, Colbert, Robespierre, Napoléon ou de Gaulle. Il s'ensuit, traditionnellement, une distinction franche public-privé que l'on fait remonter habituellement au Conseil du roi de Philippe Le Bel à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle et que matérialise un service public important, fondé sur des principes spécifiques. Cette tradition a donné naissance fin XIX<sup>e</sup> début du XX<sup>e</sup> siècle à l'«école française» du service public et du droit administratif illustrée par d'éminents juristes (Duguit, Laferrière, Hauriou, Romieu, etc.).

### 2.1. Une notion simple devenue complexe

Pendant longtemps, la notion de service public a été caractérisée par la réunion de trois conditions : une mission d'intérêt général, l'intervention d'une personne morale de droit public, un droit et un juge administratifs. Son objectif n'était donc pas la seule rentabilité, mais l'accomplissement de missions diverses ressortissant à l'idée que le pouvoir politique se faisait de l'intérêt général. Les sujétions de services public correspondantes devaient faire l'objet d'un financement par l'impôt et non par les prix, ce qui entraînait, en contrepartie, l'existence de prérogatives de service public telles que, par exemple, la responsabilité de l'État ne pouvait le plus souvent être recherchée que sur la base d'une faute d'une certaine gravité.

Cette conception de base, simple à l'origine, s'est complexifiée sous l'effet d'un double mouvement. D'une part, le champ du service public s'est étendu à de nouveaux besoins, à des activités jusque-là considérées comme relevant du privé (régies, services publics industriels et commerciaux). D'autre part, des missions de service public ont été confiées à des organismes privés (assurances sociales et sécurité sociale, compétence en matière disciplinaire d'ordres professionnels ou de fédérations sportives, concession et délégation de service public). En outre, l'extension du secteur public, base matérielle d'une partie importante du service public, a rendu l'un et l'autre plus hétérogènes. Le service public économique s'est plus franchement distingué du service public administratif. De nombreuses associations ont proliféré à la périphérie des personnes publiques, notamment des collectivités locales. Le champ ouvert à la contractualisation a affaibli l'autorité du règlement.

### 2.2. Service public et construction européenne

Cependant, c'est le conflit entre la conception française de l'intérêt général et du service public, d'une part, et les principaux objectifs de la construction européenne, d'autre part, qui alimentent aujourd'hui ce que l'on peut appeler une crise du service public ou du service d'intérêt économique général (SIEG), selon la terminologie communautaire courante. Alors que la conception française du service public s'est tradi-

tionnellement référée à trois principes, égalité, continuité et adaptabilité, une autre logique lui est opposée, de nature essentiellement économique et financière, l'option d'une «économie de marché ouverte où la concurrence est libre et non faussée» dont les critères sont essentiellement monétaires : taux d'inflation et fluctuations monétaires, déficit des finances publiques, taux d'intérêt à long terme.

La traduction juridique de cette démarche conduit à une marginalisation des mentions relatives à l'intérêt général ou au service public dans le traité instituant la Communauté européenne (aujourd'hui traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). De fait, le service public n'est expressément mentionné qu'à l'article 73, au sujet du remboursement de servitudes dans le domaine des transports. Les quelques articles qui font référence à la notion, sous des vocables divers, traduisent son caractère d'exception.

Ainsi, l'article 86, relatif aux entreprises chargées de la gestion de «services d'intérêt économique général», les assujettit aux règles de la concurrence en ne formulant qu'une réserve de portée limitée, «dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie». Il donne mandat à la Commission de veiller au respect des règles de concurrence, en adressant «les directives ou décisions appropriées aux États membres». L'objectif de «renforcement de la cohésion économique et sociale» figure, par ailleurs, à l'article 158. On peut toutefois noter, au cours des dernières années, une certaine prise de conscience favorable à la notion de service d'intérêt général, traduite notamment par trois arrêts de la Cour de justice des communautés européennes. L'arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993 décide qu'un opérateur, distinct de l'opérateur du service d'intérêt général, peut offrir des services spécifiques dissociables du service d'intérêt général de distribution du courrier, mais seulement «dans la mesure où ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général».

L'arrêt *Commune d'Almélo* du 27 avril 1994, prévoit qu'une entreprise régionale de distribution d'énergie électrique peut passer une clause d'achat exclusif «dans la mesure où cette restriction à la concurrence est nécessaire pour permettre à cette entreprise d'assurer sa mission d'intérêt général». Un arrêt intervenu sur une action en manquement, *Commission des Communautés européennes c. République française*, du 23 octobre 1997, a admis l'existence de droits exclusifs d'importation et d'exportation de EDF et de GDF, en considérant qu'ils n'étaient pas contraires aux échanges intracommunautaires d'électricité et de gaz.

Cela dit, c'est une conception restrictive du service d'intérêt général qui continue de prévaloir au sein de l'Union européenne, comme en témoigne la réforme structurelle des services de télécommunications, qui a fait éclater ce service public en trois catégories : le service universel (le téléphone de poste fixe à poste fixe, la publication de l'annuaire), les missions d'intérêt général (relatives aux fonctions de sécurité de l'État, armée, gendarmerie) et les services obligatoires imposant l'existence d'une offre de nouveaux services sur l'ensemble du territoire, mais sous la contrainte de l'équilibre financier, ce qui ôte toute garantie que le principe d'égalité soit effectivement respecté.

Suite à la ratification du traité d'Amsterdam, l'article 16 du traité instituant la Communauté européenne associe valeurs communes et services d'intérêt économique général : «Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent

dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.» Cette conception restrictive de la notion de service public par l'Union européenne a joué un grand rôle dans le rejet par la France, par référendum du 29 mai 2005, du traité constitutionnel européen. En dernier lieu, la Commission européenne vient de refuser d'établir une directive cadre sur les services publics au moment où la Confédération européenne des syndicats lui a remis une pétition de plus de cinq cent mille signatures en faveur d'une telle directive.

### 2.3. Quelle refondation du service public ?

Que le service public doive s'adapter ne fait pas de doute, c'est même la condition d'application du principe de continuité. Mais la refondation du service public économique, appelée notamment par le progrès technique et la mondialisation, est inséparable de celle de sa base matérielle essentielle, le secteur public. Les grandes entreprises publiques ont été constituées au lendemain de la seconde guerre mondiale, sur la base d'un principe de spécialisation leur conférant un monopole de production. Ensuite, ces entreprises ont acquis un savoir-faire dans un grand nombre de domaines connexes dont l'exercice est indispensable à leur équilibre financier. Cette évolution a conduit à définir de nouveaux concepts et à prévoir qu'une «certaine marge de diversification» était admissible, autorisant, par exemple, EDF à développer des activités d'ingénierie, mais non de télésurveillance.

La complexification du service public se manifeste aussi de multiples façons : difficulté grandissante à rendre compatibles les différents schémas d'aménagement du territoire, opacité des documents soumis aux enquêtes en vue des déclarations d'utilité publique (ce qui oblige à rédiger des résumés non techniques des études d'impact), multiplication des lois «transversales» (eau, montagne, littoral, air) parfois mal articulées aux lois déjà existantes.

Les justifications du service public reposent sur l'idée que c'est en son sein que l'on rencontre les tâches les plus nobles, car finalisées par l'intérêt général, et les plus difficiles, en raison de l'ampleur des processus de socialisation qui s'y développent. Le service public aurait ainsi une vocation spécifique à servir de référence en matière de modernité (poids des dépenses de recherche, progrès de la science économique, de l'informatique, Concorde, Airbus, TGV, etc.), de rationalité (choix multicritères, gestion prévisionnelle des effectifs, rationalisation des choix budgétaires, évaluation des politiques publiques) et d'équité (relations administration-usagers, accès aux documents administratifs, motivation des actes administratifs).

La demande de service public n'a cessé de croître au cours des dernières décennies, en relation avec la crise de l'État-providence, les atteintes à la cohésion sociale, le développement de l'exclusion, notamment dans les domaines de la sécurité, de la justice, de la solidarité sociale et de la diffusion du savoir. Seul le service public peut développer sur le long terme les politiques publiques nécessaires en ces domaines. La réponse libérale a consisté en une assez large dérégulation. Un transfert de pouvoir réglementaire a été opéré en faveur d'autorités administratives indépendantes (Commission des opérations de bourse, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des télécommunications) sans que l'activité régle-

mentaire globale diminue pour autant. Des services administratifs ont été transformés en établissements publics administratifs, en établissements publics industriels et commerciaux et, souvent, en sociétés commerciales à capitaux d'État, mixtes ou privés. De nouvelles catégories d'établissements publics ont vu le jour (La Poste et France Télécom). Dans le même temps, la faible croissance a mis en difficulté les budgets sociaux et a conduit, malgré la pénurie des moyens, à multiplier les organismes de transferts sociaux et de solidarité.

Cette évolution générale a amené les pouvoirs publics à engager une réflexion sur la refondation et les perspectives du service public. Cette réflexion s'est développée dans plusieurs rapports officiels visant, soit à compléter les principes traditionnels (égalité, continuité et adaptabilité) par de nouveaux principes (neutralité, laïcité, transparence, participation et déontologie), soit à séparer la doctrine du service public jugée toujours fondée, du mode d'organisation susceptible de prendre des formes et des statuts variés, soit à concevoir une large réorganisation des structures administratives et gouvernementales.

Enfin, sous couvert de modernisation, le récent Conseil de modernisation des politiques publiques qui s'est tenu le 14 décembre dernier a, parmi les 96 mesures de réforme de l'État qu'il a retenues, prévu : la suppression du Haut conseil du secteur public, du Comité d'enquête sur les coûts et les rendements des services publics, du Conseil national de l'évaluation, du Haut Conseil à la coopération internationale, de huit des neuf centres interministériels de renseignements administratifs (CIRA). Ces suppressions venant après l'intégration de la direction de la Prévision dans la Direction générale du Trésor et de la politique économique et surtout l'emblématique disparition du Commissariat général du Plan créé au lendemain de la Libération, montre la volonté du pouvoir de supprimer tout instrument de pensée économique rationnelle et son abandon aux lois du marché.

### 2.4. L'importance fondamentale de l'appropriation sociale

Le service public ne recouvre pas exactement le secteur public, c'est-à-dire le champ couvert par la propriété publique. D'autre part, le service public dépasse le champ de la fonction publique qui regroupe les principales fonctions de l'État et des collectivités publiques.

Il n'y a pas identité du service public et du secteur public, propriété de l'État ou d'une autre collectivité publique. On a reconnu très tôt aux personnes publiques la possibilité de se livrer à des actes de gestion privée et de contracter (CE 6 février 1903, *Terrier*). Réciproquement, des organismes privés peuvent être chargés de missions de service public, par la voie de la concession, par exemple (CE 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*), mais même en dehors de tout système contractuel (CE Assemblée du 13 mai 1938, *Caisse primaire «Aide et protection»*).

Pourtant, si, au niveau micro-économique, il est possible, en certains cas, d'opérer une nette dissociation entre service public et secteur public, cette séparation n'est guère soutenable au niveau macro-économique, car c'est dans le cadre de la société tout entière que se définit l'intérêt général et que le service public comme le secteur public trouvent leurs justifications principales.

La propriété privée est un attribut de la citoyenneté, mais elle peut connaître des limitations qui elles-mêmes font partie de la citoyenneté. Ainsi, après l'article premier qui évoque l'«utilité commune», l'article 17 de la Déclaration des droits de