

II – La Constitution et le fonctionnement des services publics : une donne redistribuée

En ce qui concerne le régime des services publics et la Constitution, plus qu'un rendez-vous manqué, vaut-il mieux parlé d'une donne redistribuée.

En effet, la Constitution ne consacre pas les lois dites de Rolland : les principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité du service public. Certes, le Conseil constitutionnel ne les ignore pas ; il en consacre même l'existence sous l'expres-

27- L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin 1913, ainsi que rééd. *La Mémoire du Droit*, 2001. sion des « exigences du service public »²⁸ ou encore des principes régissant le « bon fonctionnement du service public »²⁹. Mais il n'en donne pas le détail et surtout il ne les élève pas, comme un ensemble de principes spécifiques aux services publics, au rang constitutionnel. Certes, encore, le Conseil reconnaît « les principes constitutionnels propres aux services publics »³⁰, qui comprennent le principe de continuité et son accessoire que l'on désignera comme le principe de la protection de la maîtrise publique des services publics. Mais c'est le plus fréquemment pour les distinguer des « exigences du service public » qui s'imposent à l'administration et auxquelles il reconnaît, semble-t-il, seulement une valeur législative. Bref, « les lois de Rolland » et « les principes constitutionnels propres aux services publics » ne se recourent pas.

Pour autant, on ne saurait restreindre le couple « Constitution et services publics », à ces dernières normes. D'autres dispositions constitutionnelles, dont le champ d'application ne se limite pas aux services publics, pèsent sur le régime de ces derniers. Leur importance paraît même si grande qu'elle explique probablement que les principes constitutionnels propres aux services publics restent si peu nombreux.

Le fait que la Constitution s'écarte de la jurisprudence administrative quant à la typologie des principes des services publics n'emporte toutefois pas des conséquences importantes sur leur fonctionnement. Le droit constitutionnel des services publics n'a pas bouleversé le droit administratif des services publics. Trois raisons au moins le justifient. En premier lieu, le service public n'occupe pas la même place dans la Constitution que dans la jurisprudence administrative. Deuxièmement, la dogmatique des droits fondamentaux véhiculée par la Constitution ne paraît pas avoir bouleversé l'application, par le

juge administratif, des lois de Rolland. Enfin, l'autonomie respective des principes opposables au législateur et ceux opposables à l'administration a aussi à voir avec l'autonomie du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ; autonomie qui n'équivaut pas à un désaccord, mais bien plutôt à un complément de leurs fonctions.

A - Les principes généraux affectant le régime des services publics

Si peu de normes constitutionnelles sont propres aux services publics, ceux-ci sont saisis, dans leur fonctionnement, par un grand nombre de principes constitutionnels. En effet, que ce soient le principe d'égalité, celui de laïcité ou du français comme

28- CC, 31 juill. 2003, n° 2003-480 DC, *Archéologie préventive II*.

29- CC, 22 juill. 2002, n° 2002-460 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*. 30- CC, 31 juill. 2003, n° 2003-480 DC, *Archéologie préventive II*.

langue de la République, leur champ d'application dépasse le seul cadre du service public, même si leurs effets y jouent à plein.

Ceci est tout particulièrement vrai pour le principe d'égalité devant le service public. Si le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État s'accordent pour déduire de ce principe la prohibition de limiter l'accès des administrés aux services publics pour des raisons religieuses, politiques ou toutes autres sans lien avec leur objet, et pour considérer qu'il n'exclut pas que des règles différentes s'appliquent aux usagers se trouvant dans des situations différentes, à condition que cette différence soit objective et en rapport avec l'objet du service³¹, les deux juridictions ne confèrent pas le même statut à ce principe. Le Conseil d'État a tendance, notamment depuis l'arrêt *Société des Concerts du Conservatoire*³², à l'autonomiser et se contente de lui reconnaître une valeur législative³³. Cette attitude doit évidemment beaucoup à la place occupée par la notion dans la jurisprudence administrative et les constructions théoriques du droit administratif, au point de constituer la « pierre angulaire de l'idéologie juridique du service public »³⁴. Pour sa part, c'est finalement assez récemment que le Conseil constitutionnel a appliqué le principe d'égalité devant le service public. Ceci s'explique par le hasard des saisines, mais aussi par le fait que, pour le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité devant le service public ne fait que prolonger celui d'égalité devant la loi³⁵. Le Conseil fonde même le premier dans le second³⁶, au motif probablement que les services publics n'existent que, directement ou indirectement, par loi et que leur exécution concourt à celle de la loi. Ainsi, tout comme le principe d'égalité devant la loi, celui d'égalité devant

les services publics prohibe les discriminations qui ne reposent pas sur des différences objectives entre les usagers et en rapport avec l'objet du service. Cette différence de statut du principe d'égalité devant le service public dans la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence administrative ne paraît pas avoir de répercussion sur son application par le Conseil d'État. Les deux juridictions se rejoignent pour ne pas le transformer en un principe de non-discrimination. Ainsi, aucun des deux juges ne reconnaît un droit à un traitement aux administrés prétendant se trouver dans une situation différente de celle de la plupart des individus, au contraire des instances communautaires, tout deux partageant la conviction que « préserver l'égalité et lutter contre les discriminations ne sont pas des concepts

31- Sachant que la différence de traitement n'est pas une obligation en droit français, à la différence de ce que prévoit le droit communautaire. Comp. CE, ass., 28 mars 1997, *Soc. Baxter* : Rec. p. 114, et CJCE, 25 janv. 1979, aff. C-98/78, *A. Racke c/ Hauptzollamt Mainz* : Rec., p. 69.

32- CE, 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire* : GAJA, 18^e éd., comm. 64.

33- Ex. récent : CE, 15 févr. 2012, n° 332640, *SIPPEREC* : Rec. 2012, tables (à paraître).

34- G.-J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, 3^e éd., n° 1108.

35- CC, 29 juill. 2002, n° 2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* ; CC, 16 juill. 2009, n° 2009-584 DC, *Loi relative à la réforme de l'hôpital et aux patients, à la santé et aux territoires*.

36- CC, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *IVG II*.

substituables »³⁷. Et si le Conseil d'État admet plus facilement que dans le passé l'invocation du principe d'égalité lors de recours contre des actes individuels, il ne paraît pas que ce soit sous l'effet de la dogmatique des droits fondamentaux³⁸ véhiculée par la Constitution.

Des constats similaires s'imposent en ce qui concerne le principe de laïcité, consacré par l'article 1^{er} de la Constitution. Certes, le Conseil constitutionnel en a sanctionné le respect à propos des services publics, notamment de l'enseignement³⁹, mais d'une part, ce principe déborde ce cadre puisqu'il interdit le financement des associations culturelles⁴⁰ et qu'il gouverne le fonctionnement de l'ensemble de la République⁴¹ et d'autre part, la consécration constitutionnelle en 1958 de ce principe a longtemps eu peu d'effets sur la jurisprudence du Conseil d'État. Et si la législation et la réglementation ont facilité ces dernières années les aides aux établissements culturels, c'est parce que les juges constitutionnel et administratif ont accepté ce mouvement et l'ont même cautionné en réinterprétant ce principe. Par exemple, les arrêts du Conseil d'État sur les baux emphytéotiques administratifs culturels⁴² ne diffèrent pas fondamentalement de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi autorisant les communes à financer les établissements privés scolaires religieux⁴³.

Enfin, il en va de même pour le principe selon lequel le français est la langue de la République, consacré par l'article 2 de la Constitution. Preuve encore que si la notion de service public constitue l'un des piliers de la République depuis la fin du XIX^e siècle, elle ne s'y résume pas et que l'État ne se réduit pas à une somme de services publics comme le prétendait Duguit, le principe du français comme langue de la République que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sanctionnent tous deux, ne se limite pas au fonctionnement des services publics : que ce soit celui de l'éducation ou d'autres. Sur ce point encore, la Constitution n'a pas eu un impact considérable sur le régime des services publics. En effet, dès avant 1995, le Conseil d'État avait rappelé que la langue du service public de la justice est le français⁴⁴. Puis il a annulé des actes ministériels autorisant que des écoles privées sous contrat avec l'État prodiguent leurs

37- S.-J. Liéber et D. Boghetti, chron. sous CE, ass., 30 oct. 2009, *Dame Perreux* : AJDA, 2009, p. 2391.

38- CE, 30 déc. 2010, *Ministère du Logement et de la Ville c/ M^{me} Durozey*, AJDA, 2011 p. 150, chron. D. Botteghi et A. Lallet.

39- CC, 22 oct. 2009, n° 2009-591 DC, *Loi n° 2009-1312 du 28 oct. 2009 tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées*.

40- CC, 13 janv. 1994, n° 93-329 DC, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privé par les collectivités territoriales*.

41- CC, 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.

42- CE, ass., 19 juill. 2011, n° 308817, *Fédération de la libre-pensée et de l'action sociale du Rhône*, et n° 320796, *Mme Vayssière* : AJDA, 2011, p. 1667, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

43- CC, 22 oct. 2009, n° 2009-591 DC.

44- CE, sect., 22 nov. 1985, Quillevère : Rec. CE, p. 333, concl. D. Latournerie – CC, 9 avr. 1996, *Autonomie de la Polynésie française* ; CC, 6 déc. 2001, n° 2001-452 DC, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*.

enseignements en breton⁴⁵. En refusant de voir en l'article 75-1 de la Constitution la source d'un droit fondamental à obtenir un enseignement public dans une langue régionale⁴⁶, le Conseil constitutionnel s'inscrit certainement dans la même veine jacobine que le Conseil d'État en matière de fonctionnement des services publics.

B - Les principes propres aux services publics

En dehors de celui de la continuité, les « principes constitutionnels propres aux services publics » sont bien difficiles à énumérer avec certitude. Toutefois, très probablement, faut-il ranger dans cette catégorie à côté du principe de continuité des services publics celui de la protection de la maîtrise publique sur ces activités d'intérêt général. Si l'application du premier de ces deux principes n'a pas connu d'évolutions notables depuis la IV^e République, celui de la protection de la maîtrise publique des services publics renferme des potentialités encore largement inexplorées.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont reconnu la valeur constitutionnelle du principe de continuité des services publics⁴⁷, l'un en 1950 et l'autre en 1979, les deux juridictions en ont adopté sensiblement la même conception. Elles ne rattachent plus ce principe à la « continuité essentielle de la vie nationale »⁴⁸ pour reprendre la formule de l'arrêt *Winkell*, qui compliquait sa conciliation avec d'autres principes constitutionnels. Au lieu d'en faire un absolu, potentiellement liberticide, elles considèrent plus simplement que ce principe impose le fonctionnement régulier et ponctuel des services publics, ponctualité et régularité dont les exigences varient en fonction de l'objet même de ces activités. Si, par exemple, la lutte contre les incendies et les services hospitaliers doivent être assurés en permanence, les services de la poste et de l'éducation connaissent légitimement un rythme différent. De même, pour tous les juges, le principe de continuité du service public justifie des limitations du droit de grève des agents qui l'assurent. Toutefois, alors que le Conseil et la Cour de cassation⁴⁹ appliquent l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 à la lettre en réservant au législateur le pouvoir de fixer ces limites, le pouvoir réglementaire et les conventions collectives ne pouvant que préciser les modalités d'application des dispositions législatives⁵⁰, et estiment que son silence n'équivaut pas à une inertie coupable, mais

45- CE, 29 nov. 2002, n° 238653, *Syndicat national des enseignements du second degré (SNES)* : LPA, 2003, n° 111, p. 9, concl. R. Schwartz.

46- CC, 20 mai 2011, n° 2011-130 QPC, *C. Lang* : LPA 2011, n° 174, p. 15 ; note J.-E. Gicquel.

47- CE, 7 juill. 1950, *Dehaene* : GAJA, 18^e éd., comm. 62 ; CC, 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision* : GDCC, 14^e éd., comm. 25.

48- CE, 7 août 1909, *Winkell* : Rec. p. 826, et p. 1296, concl. Tardieu.

49- Cass., Soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448, *SA Transports Sérout* : Dr. social, 1996, n° 1, p. 37, note C. Radé. Impl. Cass. Soc., 15 déc. 2009, n° 08-43.603 : Bull. soc. 2009, V, n° 283 ; Cass., Soc., 27 juin 2007, n° 06-42084 (inédit).

50- CC, 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*.

à un choix – l'instauration d'un service minimum n'étant jamais une obligation pour le législateur –, le Conseil d'État adopte un raisonnement contraire et considère ce silence comme une impérite à laquelle il revient aux chefs de service de suppléer⁵¹. Sous cette réserve, les rapports entre le droit de grève et la continuité du service public n'ont donc pas été affectés par le développement de la jurisprudence constitutionnelle. Il ressort des jurisprudences que le plus fréquemment, le principe de la continuité est invoqué comme un titre d'habilitation pour limiter les libertés des administrés, notamment leur droit de grève. Certes, les juges prennent garde à ne pas sacrifier ce droit, mais, même s'ils en prohibent toute « restriction injustifiée », on perçoit mal les bornes qu'ils

posent à ce mouvement législatif⁵². La jurisprudence *association AC !* donne même un nouvel essor à cette dimension institutionnelle du principe de la continuité du service public. Par exemple, c'est au nom de ce principe que le Conseil d'État a limité dans le temps l'annulation d'un règlement violant l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, consacrant le principe constitutionnel de la participation des travailleurs⁵³. Toutefois, les potentialités de ce principe restent encore en partie à découvrir puisque le Conseil constitutionnel en a déduit, sans s'arrêter à la question de l'atteinte à la liberté d'entreprendre, l'habilitation pour le législateur à créer des services publics complémentaires à ceux existants, notamment quand ces derniers sont imposés par la Constitution, comme celui de l'enseignement public⁵⁴. Ceci dit, *mutatis mutandis*, n'était-ce pas ce que le Conseil d'État avait jugé dans son arrêt *Delansorme*⁵⁵ ? Preuve s'il en fallait encore qu'en la matière, la jurisprudence constitutionnelle a été devancée – certes, parfois selon sa propre logique – par la jurisprudence administrative.

Il n'en va pas exactement de même avec le principe de la protection de la maîtrise publique des activités de service public. Nous concédons que le Conseil constitutionnel ne formule pas ainsi ce principe. Cette expression systématise les « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics »⁵⁶. S'il ne fait pas de doute que se rattache à ces exigences l'interdiction faite au législateur de priver « de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels [les biens publics] reste[nt] affecté[s] »⁵⁷, la catégorie de ces « exigences constitutionnelles » reste floue, celles propres aux services publics comme les autres⁵⁸. Malgré tout, des

51- CE, sect., 17 mars 1997, n° 123912, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière et Hotz* (deux arrêts): Rec. CE, p. 90 ; AJDA, 1997, p. 833, note M. Bellanger et G. Darcy ; CE, 11 juin 2010, n° 333262, *Syndicat Sud RATP* : AJDA, 2010, p. 1719, concl. F. Lenica.

52- Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-569 DC, *Droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles*.

53- CE, 15 mai 2012, n° 339834, *Féd. Interco CFDT* : Rec. Tables (à paraître).

54- Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-569 DC, *Droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles*.

55- CE, sect., 18 déc. 1959, *Delansorme* : Rec. p. 692 ; AJ 1960, II, p. 213, concl. Mayras.

56- CC, déc. 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, *Aéroports de Paris, Dr. adm.* 2005, n° 6, p. 22, note R. Fraisse. 57- Cons. const., déc. n° 2005-513 DC, 14 avr. 2005, *Loi relative aux aéroports*, préc.

58- T. Dubut, Le juge constitutionnel et les concepts : réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », RFDC, 2009, n° 80, p. 749.

décisions relatives au crédit-bail sur le domaine public ou encore aux privatisations d'établissements chargés de mission de service public, il ressort que ces exigences constitutionnelles ont pour objet de contraindre le législateur à maintenir ou instaurer les prérogatives et les moyens nécessaires⁵⁹ dont ont

besoin les autorités responsables des services publics pour en assurer le bon fonctionnement. Ainsi, par exemple, si l'administration peut recourir au contrat de crédit-bail pour financer la construction d'ouvrages nécessaires à des missions de services publics, la loi doit prendre garde à ce que ce type de contrat ne la dépossède pas de ses prérogatives indispensables à la continuité du service public. Dans cette perspective, ces exigences constitutionnelles renferment la capacité de l'administration à modifier le contrat pour les besoins de l'évolution du service public. Dit autrement, indirectement et implicitement, le Conseil constitutionnel consacre le principe d'adaptabilité des services publics, qui s'adosse également au caractère révocable des dispositions réglementaires et des contrats administratifs qui régissent au quotidien le fonctionnement des services publics, à moins qu'il n'en fasse qu'une « garantie légale » de ces exigences constitutionnelles, pour reprendre la formule utilisée, entre autres, dans la décision *Aéroports de Paris*⁶⁰.

Il paraît déjà acquis que ce principe légitime, tout comme il encadre la dissociation du service public et la propriété publique. De même, s'il autorise la privatisation du statut des personnels chargés de l'exécution du service public, il commande aussi que l'administration conserve un pouvoir de réquisition en cas de besoin. Ou encore, il a pour effet de ne pas contraindre à ériger en monopole l'activité de service public, serait-elle exercée par un établissement public⁶¹, ou de priver de toute liberté d'agir les personnes privées qui en sont chargées⁶², dès lors que l'administration conserve les moyens juridiques d'en garantir le bon fonctionnement, sachant que le degré de la maîtrise publique sur le service public augmente avec la dimension régaliennne du service public. Ainsi, l'État ne saurait confier à un cocontractant ses « fonctions de direction, de greffe de surveillance des établissements pénitentiaires, inhérentes à l'exercice par l'État de sa mission de souveraineté »⁶³.

Pour l'instant, quoique le Conseil leur ait dévolu cette mission⁶⁴, ni le juge administratif ni le juge judiciaire n'a eu à appliquer directement cet aspect du droit constitutionnel des services publics. Ceci doit beaucoup au fait que ces juges ont développé des jurisprudences aux effets approchant via, par exemple, le principe

59- Cons. const., 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*.

60- Cons. const., déc. n° 2005-513 DC, 14 avr. 2005, *Loi relative aux aéroports* ; Cons. const., 3 déc. 2009, n° 2009-594 DC, *Loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*.

61- CC, 31 juill. 2003, n° 2003-480 DC, *Archéologie préventive II*.

62- CC 6 juill. 2009, n° 2009-584 DC, *Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*.

63- CC, 22 mars 2012, n° 2012-651 DC, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*. 64- 23 juill. 1996 ; Décision n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*.

d'inaliénabilité du domaine public et la prohibition pour l'administration de déléguer ses prérogatives de police administrative ou d'en définir contractuellement les conditions d'exercice.

Cela dit, l'impression que le droit constitutionnel n'a pas altéré le droit administratif des services publics ne doit pas faire illusion. D'un côté, il a un effet neutre, décevant pour d'aucuns, en endiguant peu les législations de « privatisation » des modes d'exécution des services publics. D'un autre, il consacre certains des principes essentiels du service public, parfois même en étendant la portée, ce qui démontre que si la notion de service public n'occupe pas une place prééminente dans la Constitution, son esprit marque le droit public français.

Certains regretteront ces constats. D'autres s'en feront une raison pour plusieurs motifs.

Tout d'abord, il n'est pas acquis qu'une constitutionnalisation plus prononcée de la notion de service public et de son régime aurait mieux protéger « le service public à la française » contre, d'une part, les politiques de privatisation, menées par des majorités suffisantes pour modifier la Constitution et, d'autre part, les exigences européennes qui, fortes du principe de primauté du droit communautaire, n'ont que faire des spécificités constitutionnelles des États membres.

Ensuite, sous réserve des critiques que l'on peut adresser aux juges constitutionnels et administratifs d'avoir neutralisé la catégorie des services publics constitutionnels, on ne saurait d'un côté taxer les juges d'activisme et de l'autre leur reprocher de ne s'être pas élevés contre les mouvements de privatisation des services publics portés par des majorités parlementaires démocratiquement élues.

De plus, comment ne pas voir derrière ces regrets de la trop faible constitutionnalisation des services publics, celui d'administrativistes souhaitant la consécration de leur matière, plus ou moins animés de la conviction qu'il n'y a pas de notions et de régimes juridiques sûrs et pérennes, faute d'une assise constitutionnelle, ce que dément pourtant la réalité du droit positif français ?