



HAL
open science

Le droit privé du travail et le secteur public

Camille Charlot

► **To cite this version:**

Camille Charlot. Le droit privé du travail et le secteur public : Un autre regard sur l'hybridation du droit privé et du droit public. Droit. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2018. Français. NNT : . tel-03425365

HAL Id: tel-03425365

<https://hal.science/tel-03425365>

Submitted on 10 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE
École de droit de la Sorbonne

Le droit privé du travail et le secteur public
Un autre regard sur l'hybridation du droit privé et du droit public

*Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
présentée et soutenue publiquement par :*

Camille CHARLOT

Le 5 mars 2018, à Paris

Sous la direction de :

Monsieur Pierre-Yves VERKINDT
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

JURY :

Monsieur Jean-Denis COMBREXELLE
Président de la Section sociale du Conseil d'État
Professeur associé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Monsieur Alexandre FABRE
Professeur à l'Université d'Artois

Monsieur Christian-Albert GARBAR
Professeur émérite à l'Université François-Rabelais de Tours
(rapporteur)

Monsieur Jean MOULY
Professeur émérite à l'Université de Limoges
(rapporteur)

Monsieur Pierre-Yves VERKINDT
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

*L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord au Professeur Pierre-Yves Verkindt, pour ses précieux conseils et la bienveillance dont il a fait preuve à mon égard au cours de ces années de recherche et de rédaction. Qu'il veuille bien trouver dans ce travail l'expression de ma sincère et profonde reconnaissance.

Ils vont ensuite aux Professeurs Jean-Denis Combrexelle, Alexandre Fabre, Christian-Albert Garbar et Jean Mouly pour avoir accepté de me faire l'honneur de siéger dans mon jury de soutenance.

Je tiens tout particulièrement à remercier le Professeur François Gaudu pour m'avoir encouragée à débiter ce travail de recherches, ainsi que le Professeur Jean-François Akandji-Kombé.

Mes remerciements vont également aux universitaires, avocats, membres d'administrations ou de directions juridiques, et syndicalistes qui m'ont partagé leur expérience et ont ainsi grandement contribué à enrichir mes réflexions.

Je remercie bien évidemment tous ceux qui, par leur présence amicale, leurs encouragements, leurs précieux conseils ou leurs attentives relectures, ont permis l'achèvement de ce travail, parmi eux : Marine Aubrière, Bérénice Bauduin, Dirk Baugard, Clémentine Chatein, Olivia Cros, Valentine Darmois, Margaux Kirat, Jean-Eudes Maes, Mathilde Marchal, Joseph Morin, Anne-Charlotte Paut, Charlotte Schiffer, Christine Villisech ainsi que les membres du CRDS et du QG pour leur accueil chaleureux.

Enfin, mes pensées vont à mes parents, mes sœurs et mes amis, pour leur soutien et leur présence indéfectible.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
ANI	accord national interprofessionnel
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
AN	Assemblée nationale
ass.	Assemblée, arrêt d'Assemblée
ass. plén.	Assemblée plénière, arrêt d'Assemblée plénière
Bibl.	Bibliothèque
BIT	Bureau international du travail
BO	<i>Bulletin Officiel</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. DRH</i>	<i>Cahiers du DRH</i>
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
CFP	<i>Les Cahiers de la Fonction publique</i>
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
Conseil constit.	Conseil constitutionnel
contra	en sens contraire
coord.	ouvrage coordonné par
CPH	Conseil de prud'hommes
CSBP	<i>Les Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i> (depuis 1945)
DC	décision issue du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, lois des traités, des règlements des Assemblées
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
Dir.	directive
dir.	sous la direction de
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. ouvr.</i>	<i>Droit ouvrier</i>

<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
éd.	éditions, éditeur
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
esp.	espèce
ex.	exemple
fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
in	dans
infra	au-dessous
JCP A	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique) éd. administration et collectivités territoriales</i>
JCP E	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique) éd. entreprise et affaires</i>
JCP G	<i>Juris-classeur périodique (La semaine juridique) éd. générale</i>
JCP S	Juris-classeur périodique (La semaine juridique) éd. sociale
JORF	<i>Journal Officiel de la République Française</i>
JOCE	<i>Journal officiel de la Communauté européenne</i>
JSL	<i>Jurisprudence sociale Lamy</i>
Lebon	<i>Recueil Lebon</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
OIT	Organisation internationale du travail
p.	page
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
RDT	<i>Revue du droit du travail</i>
RDP	<i>Revue de droit public et de science politique</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rec.	<i>Recueil de la juridiction concernée</i>
rééd.	réédition
réf.	Référé
Rép.	<i>Répertoire Dalloz de contentieux administratif</i>
Rép. trav.	<i>Répertoire Dalloz de droit du travail</i>
req.	requête
Rev. adm.	<i>Revue administrative</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RJEP	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.	page(s) suivante(s)
S.	<i>Recueil Sirey</i>
SIG	service d'intérêt général

SIEG	service d'intérêt économique général
SIGNE	service d'intérêt général non économique
<i>SSL</i>	<i>Semaine sociale Lamy</i>
suppl.	supplément
<i>T.</i>	<i>Tables annuelles du Recueil Lebon</i>
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
trad.	Traduction, traduit de
supra	au-dessus (plus haut)
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
Th. dactyl.	Thèse dactylographiée
UE	Union européenne
vol.	volume

Étude actualisée au 1^{er} janvier 2018.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'EFFACEMENT PROGRESSIF DU PARTICULARISME ATTACHÉ AU SERVICE PUBLIC

Titre I. Le particularisme confronté à la banalisation du service public

Chapitre 1. La banalisation par le droit de l'Union européenne

Chapitre 2. La banalisation par les nouveaux modes de gestion des activités de service public

Chapitre 3. La banalisation par la remise en cause du lien nécessaire entre mission de service public et statut de travail exorbitant du droit commun

Titre II. Le particularisme confronté à l'affirmation des droits fondamentaux du travailleur

Chapitre 1. La reconnaissance progressive des droits collectifs du travailleur du service public

Chapitre 2. La reconnaissance restreinte des droits individuels du travailleur du service public

SECONDE PARTIE : LA PORTÉE DE L'IMPLANTATION DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL DANS LE SECTEUR PUBLIC

Titre I. Les modalités d'implantation du droit privé du travail

Chapitre 1. L'extension du domaine d'application du Code du travail

Chapitre 2. Le rôle actif des juges dans l'harmonisation des régimes de travail

Chapitre 3. La propagation d'une logique issue du droit privé du travail au sein de la fonction publique

Titre II. L'hybridation problématique du droit privé du travail et du droit de la fonction publique

Chapitre 1. La recherche d'une représentation collective appropriée au sein des entreprises à personnel mixte

Chapitre 2. La neutralisation de l'exigence d'égalité entre les travailleurs du secteur public

INTRODUCTION

1. Il existerait d'un côté les « gens du privé » et, de l'autre, les « gens du public »¹. Ceci explique peut-être que le juriste habitué à manier un Code du travail ait tendance à se tenir à l'écart du secteur public, ce monde obscur doté d'une logique et de règles spéciales, à première vue bien éloignées des conflits et antagonismes agitant le monde de l'entreprise privée².

L'opposition entre secteur public et secteur privé trouve son origine dans la distinction plus générale entre le droit public et le droit privé. Fondée sur l'existence même de l'État³, présentée comme un « invariant culturel »⁴, cette dichotomie légitime l'autorité étatique en même temps qu'elle en justifie le particularisme juridique⁵ : d'un côté, les règles concernant la sphère publique (l'État, l'administration ou les collectivités publiques) et, de l'autre, celles applicables aux rapports entre particuliers⁶. Malgré son caractère parfois artificiel, cette

¹ F. DE SINGLY et C. THÉLOT, *Gens du privé gens du public. La grande différence.*, Bordas, coll. L'œil économique, 1989.

² À cet égard, il est commun de souligner l'ambivalence du droit du travail, dont les règles peuvent dans un même temps poursuivre une finalité protectrice des salariés et une finalité économique, assimilée à une technique d'organisation de l'entreprise. Pour un point de vue critique, voir not. G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouvr.*, 1951, reproduit in *Dr. ouvr.*, 2004, p. 52 et, du même auteur, *Le droit du travail. Une technique réversible.*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, spéc. pp. 6-7.

³ M. TROPER, « Chapitre XII, La distinction droit public – droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, 1994, PUF, spéc. pp. 197 : « Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, lorsque les actes ou les biens attribués à cette ou à ces personnes sont soumis à un régime juridique particulier, on parle de droit public et qu'on tente, conformément au mode de justification en usage dans tout système juridique, de présenter ce droit particulier comme tiré de l'Être même de la personne d'État. »

⁴ Même les droits par principe hostiles à toute différenciation (Grande Bretagne) ont fait une place à un certain particularisme des affaires publiques (voir J.-B. AUBY, « À propos de la notion d'exorbitance en droit administratif », in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, éd. Université de Poitiers, diff. LGDJ, 2004, p. 9).

⁵ Voir J.-B. AUBY, « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français », in (dir.) J.-B. AUBY et M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 19. Bien que pour certains auteurs, cette dichotomie soit bien davantage une division d'étude ou d'enseignement dépourvue de prétentions scientifiques (B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010).

⁶ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 2015, 10^{ème} éd., spéc. p. 86. Voir égal. M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2007, spéc. pp. 25-29.

distinction continue de structurer l'ordre juridique interne et se traduit directement dans le droit positif⁷.

2. Pour autant, l'association dans un même intitulé de recherche du « droit privé du travail » et du « secteur public » n'a pas de quoi surprendre, tant s'entremêlent les périmètres respectifs de ces deux locutions. En effet, le cadre juridique des relations professionnelles du secteur public connaît d'importantes transformations, accordant au droit privé du travail une place en constante progression.

§ 1. Délimitation de l'étude

a. Le périmètre du droit privé du travail

3. Le droit privé du travail est celui qui régit les relations tant individuelles que collectives entre des personnes privées, employeurs et salariés. Aux règles légales et réglementaires principalement concentrées au sein du Code du travail s'ajoutent la production jurisprudentielle et l'activité normative des acteurs privés : les conventions et accords collectifs conclus par les partenaires sociaux, les actes unilatéraux pris par l'employeur et enfin les obligations résultant du contrat de travail conclu entre les parties⁸.

L'application du droit privé du travail est généralement déclenchée par la conclusion d'un contrat de travail, c'est-à-dire le contrat par lequel une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter une prestation de travail sous la subordination juridique d'une personne physique ou morale (l'employeur), en échange d'une rémunération⁹. La Chambre sociale caractérise ce lien de subordination juridique par « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur*

⁷ Voir M. TROPER « Chapitre XII, La distinction droit public – droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, 1994, PUF, spéc. pp. 183-198 : « *La distinction du droit public et du droit privé n'est pas simplement, à notre époque, une distinction conceptuelle. C'est une distinction opérée par le droit positif, soit parce qu'il résulte du caractère public ou privé d'une situation l'application d'une règle de fond, au moins une règle de compétence juridictionnelle, soit parce que les organes créateurs du droit entendent justifier ainsi certaines de leurs décisions.* »

⁸ Celui-ci étant soumis aux règles du droit commun des contrats. L'article L. 1221-1 du Code du travail énonce que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter.* »

⁹ Voir not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2018, 31^{ème} éd., spéc. pp. 261 et s.

qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements »¹⁰.

4. Le droit privé du travail ne s'applique donc pas à tous les travailleurs, ni même à tous les travailleurs subordonnés, mais seulement à ceux qui sont liés à leur employeur par un contrat de droit privé. Il se distingue en cela du droit de la fonction publique, dont les différents statuts régissent les rapports professionnels entre l'administration et son agent public. Certes, en droit privé, le contrat de travail implique l'application d'une réglementation qui présente à certains égards les aspects d'un statut¹¹, mais à la différence du salarié, le fonctionnaire est placé dans une situation réglementaire et statutaire vis-à-vis de son employeur¹², ce qui exclut tout lien contractuel¹³. Par commodité de langage, nous privilégierons la terminologie usuelle de « droit du travail » et ne préciserons son caractère privé que lorsqu'il s'agira d'accentuer la distinction entre celui-ci et le droit de la fonction publique.

b. Le périmètre du secteur public

5. Si le terme est fréquemment utilisé, le secteur public n'a ni consistance précise, ni définition juridique¹⁴. On ne saurait pour autant lui dénier toute existence juridique puisque l'article 34 de la Constitution y fait expressément référence : c'est au législateur que revient le

¹⁰ Ainsi, la qualification de contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle. Voir not. Cass. soc., 13 novembre 1996, *Société Générale*, n° 94-13.187, *Bull.*, V, n° 386 ; Cass. soc., 1^{er} décembre 2005, *Taxis G7*, n° 05-43.031, *Bull.*, V, n° 349 ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 05-43.265 ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 05-43.265 ; Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, *Bull.*, V, n° 141 ; Cass. soc., 30 avril 2014, n° 13-11.857. L'article L. 8221-6 du Code du travail prévoit toutefois certaines présomptions simples de non-salariat.

¹¹ Voir not. A. SUPIOT, « Entre contrat et statut : une vue européenne de la relation de travail » in *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 3^{ème} éd., 2015, pp. 13 et s.

¹² L'article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, portant Statut général des trois fonctions publiques, dispose que « le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire ».

¹³ La nature même du lien de fonction publique a été débattue. Alors même que le Tribunal des conflits excluait tout lien contractuel (TC, 27 décembre 1879, *Guidet*, *Sirey*, 1881, 3, 76 ; TC, 7 août 1880, *Le Goff*, *Sirey*, 1882, 3, 11), le Conseil d'État a reconnu par l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909 l'existence d'un « contrat de droit public » liant les agents préposés au service public à l'administration, que le commissaire du Gouvernement TARDIEU qualifiait dans ses conclusions de « contrat de fonction publique » (CE, 17 août 1909, *Winkell*, p. 826, concl. TARDIEU, *D.*, 1911.3.17). Le Conseil d'État a toutefois abandonné toute référence au contrat dès l'arrêt *Tichit* du 1^{er} mars 1912 (CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, *Sirey*, 1913-3.137) pour le rejeter définitivement en 1937 (CE, 22 octobre 1937, *Mademoiselle Minaire*, *Lebon*, p. 243).

¹⁴ Ainsi, la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public exclut de son champ d'application les entreprises publiques sous forme sociétale tandis que les dispositions relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics excluent de leur application les entreprises, organismes et établissements publics qui ne gèrent pas un service public (articles L. 2512-1 et s. du Code du travail).

soin de fixer les règles concernant « *les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». Plus indirectement, l'expression ressort également de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ».

6. Le secteur public comporte deux dimensions, l'une économique et l'autre administrative¹⁵.

Dans sa première dimension, le droit positif ne fournissant pas de définition uniforme de l'entreprise publique¹⁶, nous retiendrons une approche doctrinale axée sur deux critères cumulatifs. Sur le plan matériel, il s'agit de « *toute entreprise ayant une activité industrielle et commerciale produisant des biens ou des services destinés à l'échange marchand, et soumise simultanément aux contraintes du marché et de l'intérêt public* ». Sur le plan organique, l'entreprise est « *dotée de la personnalité morale et l'État ou d'autres personnes publiques disposent séparément ou conjointement de la majorité des actions ou des voix dans les organes délibérants, ou bien d'un pouvoir prépondérant sur les décisions ou la gestion* »¹⁷. Le terme d'« opérateur public », plus neutre, est parfois préféré. Entendu comme toute « *structure bénéficiant d'une autonomie, ayant une activité économique et soumise à l'influence prépondérante d'une personne publique* », il occulte toute référence directe à l'intérêt général¹⁸.

Le régime juridique de l'entreprise publique est de surcroît marqué par une forte hétérogénéité. Deux modèles dominants¹⁹ se dégagent néanmoins : celui de l'établissement public industriel et commercial – tel que le groupe SNCF ou la RATP, et celui de la société

¹⁵ On peut également identifier une dimension sociale si l'on choisit de mettre à part les organismes de sécurité sociale.

¹⁶ Voir encore récemment, à propos de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative à la passation des marchés publics, L. RAPP, « Qu'est-ce qu'une "entreprise publique" ? », *AJDA*, 2017, p. 1993. Voir égal. l'article L. 111-4 du Code des juridictions financières qui donne compétence à la Cour des comptes pour contrôler les entreprises publiques, sans en déterminer les contours.

¹⁷ M. DURUPTY, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *Rev. adm.*, 1984, p. 7, spéc. p. 19.

¹⁸ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Domat, 2016, 5^{ème} éd., p. 321. Dans cette même logique, le Professeur DELION avait défini l'entreprise publique comme « *un organisme doté de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services vendus contre un prix et soumis au pouvoir prépondérant d'une autorité publique* » (A.-G. DELION, « La notion d'entreprise publique », *AJDA*, 1979, p. 3, spéc. p. 14).

¹⁹ Ainsi, le portefeuille de l'Agence des participations de l'État, principale incarnation de l'État actionnaire, comprend à la fois des établissements publics, tels que le groupe SNCF ou la RATP, et des sociétés commerciales à participation publique telles que le groupe EDF ou La Poste (APE, *Rapport d'activité de l'État actionnaire 2015-2016*).

commerciale, telle que La Poste ou le groupe EDF. Tandis que le premier est une personne morale de droit public spécialisée, dont la vocation est de gérer un service public industriel et commercial selon les principes de la gestion privée²⁰, la seconde est une personne morale de droit privé dont la majorité du capital social est détenue par une ou plusieurs collectivités publiques²¹.

L'étendue du secteur public économique ne tient qu'à la volonté des autorités publiques de soutenir ou d'intervenir dans l'économie du pays²². Après avoir connu une période de forte expansion, principalement du fait de vagues de nationalisations dans l'après-guerre et de l'alternance politique de 1981, le secteur public fait l'objet d'un mouvement de rétractation depuis les lois de privatisations des 2 juillet et 6 août 1986²³ et du 19 juillet 1993²⁴. Dans cette perspective, les rapports qu'entretient l'entreprise publique avec la notion de service public sont aussi étroits que délicats. La logique de service public légitime l'entreprise publique en la plaçant au service de la collectivité toute entière, au détriment parfois de son intérêt financier²⁵. Il est toutefois courant de mesurer l'intensité que la charge de service public fait peser sur les entreprises publiques en distinguant entre celles qui évoluent dans un secteur concurrentiel et celles qui sont soumises à une forte contrainte de service public²⁶.

7. Dans sa dimension administrative, le secteur public comprend l'ensemble des administrations et établissements publics de l'État et des collectivités territoriales. On soulignera dès à présent les diverses acceptions de l'administration. Le vocable désigne tantôt une *activité* – le fait d'administrer – tantôt un *organe* – l'autorité administrative – qui exerce cette activité. À ces deux sens matériel et organique s'ajoute celui, plus abstrait, de

²⁰ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, dit Bac d'Eloka*, Lebon, 91, D., 1921.3.1, concl. MATTER. On précisera que la poursuite d'une mission de service public est une présomption simple, qui peut être renversée (sur ce point, voir E. FATÔME, « Établissement public et service public », *AJDA*, 1997, p. 96).

²¹ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²² Pour un historique détaillé des fluctuations du secteur public, voir not. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Domat, 5^{ème} éd., 2016, pp. 311-320.

²³ Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *JORF* du 3 juillet 1986, et loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *JORF* du 7 août 1986.

²⁴ Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, *JORF* du 21 juillet 1993.

²⁵ B. CHENOT, « Les paradoxes de l'entreprise publique », *Revue française de science politique*, 1955, n° 4, pp. 725-735.

²⁶ Voir not. Conseil d'analyse économique, *Rapport Service public Secteur public*, La Documentation française, 1997 ; S. NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, avril 1967, La Documentation française, 1968.

l'administration, par lequel on entend désigner l'ensemble des organes publics par lesquels est conduite l'action publique²⁷.

L'État et les collectivités territoriales sont des structures administratives générales. Elles peuvent gérer leurs services elles-mêmes, c'est-à-dire en régie directe²⁸, ou par le biais de structures dites spécialisées. Parmi elles, on retiendra principalement l'établissement public administratif, personne morale de droit public dont la vocation est de gérer un service public administratif, selon les principes de la gestion publique²⁹. Les établissements dits à « double visage » prennent en charge des activités à la fois administratives et industrielles ou commerciales³⁰. Ainsi en va-t-il des Chambres de commerce et d'industrie³¹ ou de l'Office national des forêts³².

8. En marge de ces formes traditionnelles ont proliféré de nouvelles catégories de personnes publiques au régime hybride, mêlant gestion privée et gestion publique, telles que la Banque de France³³, la Caisse des dépôts et consignations³⁴ ou encore les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes³⁵ : ainsi en est-il de l'Autorité des marchés financiers³⁶ et de la Haute autorité de santé³⁷.

9. Malgré la diversité des activités qu'elles exercent et des régimes juridiques qui leur sont applicables, toutes ces entités ont en commun de consacrer au moins une partie de leur activité à la poursuite d'une mission de service public, sous le contrôle direct ou indirect de la puissance publique. En cela, elles se différencient des personnes morales évoluant traditionnellement au sein du secteur privé. Nous avons toutefois préféré utiliser le terme de

²⁷ J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 2016, 26^{ème} éd., spéc. p. 10.

²⁸ Classiquement, la gestion en régie, ou « gestion directe », signifie que la collectivité publique qui a institué le service le gère avec ses propres moyens financiers, humains et matériels. Le service public en régie n'a donc pas de personnalité juridique propre, distincte de celle de la collectivité dont il dépend. (Voir P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Domat, LGDJ, 2017-2018, 11^{ème} éd., spéc. p. 255.)

²⁹ Il constitue en cela le pendant administratif de l'établissement public industriel et commercial, voir TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, dit Bac d'Eloka, Lebon*, 91, D., 1921.3.1, concl. MATTER.

³⁰ Voir not. J.-F. LACHAUME, « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, 2003, p. 362.

³¹ TC, 17 novembre 2014, n° C 3965 ; TC, 24 mai 2004, n° C 3410.

³² TC, 9 juin 1986, n° 02428.

³³ TC, 16 juin 1997, *Société La Fontaine de Mars, M. et M^{me} Muet c/ Banque de France, Lebon*, p. 532.

³⁴ Article L. 518-2 du Code monétaire et financier.

³⁵ Une liste limitative et un statut général ont été fixés par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018 du 21 janvier 2017.

³⁶ Article L. 621-1 du Code monétaire et financier.

³⁷ Article L. 161-37 du Code de la santé publique.

« secteur public » à celui de « service public » dans l'intitulé de notre étude, afin d'embrasser la diversité des entités concernées et des régimes juridiques qui leur sont associés.

c. Le cadre juridique des relations professionnelles du secteur public

10. À la diversité des entités qui composent le secteur public répond la diversité des régimes de travail qui y sont applicables.

Les administrations et les établissements publics administratifs emploient principalement des fonctionnaires. Le statut de fonctionnaire – encore appelé agent public titulaire – n'a pas de définition juridique précise. Il s'agit d'un agent public qui acquiert cette qualité en vertu d'un texte, qu'il s'agisse du statut de la fonction publique de l'État³⁸, de la fonction publique hospitalière³⁹, de la fonction publique territoriale⁴⁰ ou encore de statuts particuliers tels que ceux des militaires⁴¹ ou des magistrats⁴². Il résulte toutefois de l'édifice statutaire que le fonctionnaire est l'agent public employé sur un « *emploi permanent* », autrement dit lié à l'activité durable des autorités publiques⁴³.

³⁸ L'article 2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État prévoit que : « *Le présent titre s'applique aux personnes qui, régies par les dispositions du titre I^{er} du statut général, ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations de l'État, des autorités administratives indépendantes ou des établissements publics de l'État.* »

³⁹ L'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière prévoit que : « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux personnes qui, régies par les dispositions du titre I^{er} du statut général, ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet ou à temps non complet dont la quotité de travail est au moins égale au mi-temps, et titularisées dans un grade de la hiérarchie des établissements ci-après énumérés [...].* »

⁴⁰ L'article 1^{er} de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale prévoit que : « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnes qui, régies par le titre I^{er} du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, ont été nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative des communes, des départements, des régions ou des établissements publics en relevant, à l'exception des agents comptables des caisses de crédit municipal. Elles ne s'appliquent pas aux personnels des établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales.* »

⁴¹ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, *JORF* n° 72 du 26 mars 2005.

⁴² Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* du 23 décembre 1958.

⁴³ Voir not. l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite LE PORS : « *Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut.* » Cette loi constitue le titre I^{er} du Statut général des fonctionnaires et est commune aux trois fonctions publiques.

Au sein des établissements publics industriels et commerciaux, les rapports entre l'employeur public et son personnel sont en principe régis par le Code du travail⁴⁴, à l'exception du chef d'établissement et du comptable lorsque celui-ci possède la qualité de comptable public⁴⁵. Les rapports entre une société de forme commerciale et son personnel sont également régis par le Code du travail, même si celle-ci gère un service public ou concourt à l'exécution d'un tel service et ce, quelles que soient ses modalités de fonctionnement et de financement⁴⁶.

11. En marge de cette dichotomie droit public – droit privé du travail s'est développée une zone grise, intermédiaire, ni tout à fait soumise au droit du travail, ni tout à fait soumise au droit de la fonction publique. En effet, les relations professionnelles au sein du secteur public favorisent les formes d'hybridation. Cette pratique bien connue du monde horticole et botanique vise à obtenir un « *croisement fécond naturel, ou artificiel, entre deux variétés* »⁴⁷. Au sens courant du terme, lequel peut être appliqué à la matière juridique, présente ainsi un caractère hybride ce qui « *est composé de deux éléments de nature différente anormalement réunis* »⁴⁸.

En premier lieu, certaines entreprises publiques ont été dotées d'un statut du personnel ayant valeur réglementaire, de sorte que leur personnel est à la fois soumis aux règles du Code du travail et à des règles statutaires : c'est le cas, par exemple, des salariés du groupe ferroviaire SNCF, de la RATP, ou encore des industries électriques et gazières.

En second lieu, les administrations gérant un service public administratif emploient des agents contractuels de droit public⁴⁹ – ce qui signifie qu'ils ne relèvent en principe ni du Statut de la fonction publique, ni du Code du travail⁵⁰ – pour occuper des emplois qui ne sont pas « permanents » au sens dudit Statut. Néanmoins, la loi du 26 juillet 2005⁵¹ a ouvert à ces agents la possibilité d'être embauchés dans le cadre de contrat de droit public à durée

⁴⁴ En 2009, le Conseil d'État constatait que le recours à la formule de l'établissement public industriel et commercial pouvait être davantage motivé par la volonté de la personne publique d'échapper aux règles de droit public qu'à la nature du service en cause (CE, *Les établissements publics*, EDCE, *La doc. fr.*, 15 octobre 2009, p. 18).

⁴⁵ CE, 26 janvier 1923, *De Robert-Lafrégéyre* ; CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ; TC, 4 juillet 1991, *M^{me} Pillard*.

⁴⁶ CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, n° 141728, publié au *Lebon*.

⁴⁷ A. REY, *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, V° Hybridation.

⁴⁸ A. REY, *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, V° Hybride.

⁴⁹ TC, 25 mars 1996, *Berkani*, n° 03000, *RFDA*, 1996, p. 819, concl. Ph. MARTIN.

⁵⁰ Voir C. MONIOLLE, *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État : entre précarité et pérennité*, LGDJ, 1999.

⁵¹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

indéterminée. Ces administrations ont également été autorisées par le législateur à employer du personnel sous contrat de droit privé sous certaines conditions.

Enfin, certains établissements publics et sociétés commerciales ont été autorisés par le législateur à employer à la fois des agents publics et des salariés de droit privé. Ainsi en va-t-il des sociétés commerciales Orange et La Poste, de la Haute autorité de santé ou encore de la Cour des comptes. Dans ces hypothèses de plus en plus nombreuses, le Code du travail s'applique de façon distributive et doit être combiné avec certaines règles de la fonction publique.

12. Malgré la diversité des régimes de travail existant au sein du secteur public, il est possible d'identifier un employeur unique. Même s'il se présente sous de multiples facettes, il s'agit toujours de la puissance publique⁵². Parce qu'elle est garante de l'intérêt général⁵³, celle-ci bénéficie d'un certain particularisme juridique qui la distingue des employeurs privés.

§ 2. Prérequis de l'étude : le particularisme juridique de la puissance publique

13. Le droit administratif constitue l'ensemble des règles spéciales, propres au droit public et *a priori* distinctes du droit commun, qui encadrent l'action des administrations, des collectivités territoriales, de l'État et de leurs démembrements. Subdivision du droit public, le droit administratif a pour moteur principal le service public et la recherche de l'intérêt général au moyen de procédés dits exorbitants du droit privé.⁵⁴

Les nombreuses controverses doctrinales auxquelles sont sujettes les « notions-clés » du droit administratif nous imposent d'explicitier le positionnement adopté dans le cadre de notre étude. En effet, le particularisme juridique de la puissance publique imprègne, d'une manière ou d'une autre, l'ensemble des relations professionnelles du secteur public.

⁵² Cette puissance doit être entendue au sens « weberien » de pouvoir, la bureaucratie étant à la fois l'organisation et l'instrument de la domination de l'État (voir M. WEBER, *La domination*, La Découverte, coll. Politique et sociétés, éd. 2013, spéc. pp. 43-118).

⁵³ En ce sens, Y. SAINT-JOURS, *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1986, spéc. p. VIII.

⁵⁴ M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, V° Droit administratif, p. 138.

a. La reconnaissance d'un droit spécifique à la puissance publique

14. La recherche d'un critère d'application du droit administratif. Si l'identification des fins et des moyens de la puissance publique a engendré bien des difficultés, nous retiendrons plus particulièrement l'opposition de l'« école de la puissance publique », initiée par HAURIOU, et de l'« école du service public », dont DUGUIT est présenté comme le chef de file⁵⁵.

HAURIOU a défini le droit administratif au regard des moyens exorbitants de la puissance publique. Autrement dit, le droit administratif ne doit s'appliquer que lorsque le service public est assuré par les procédés de la gestion administrative⁵⁶. DUGUIT, qui recherchait davantage les finalités du droit, a érigé la notion de service public en système de légitimation de l'État. Celui-ci n'est pas une puissance souveraine dont la volonté s'imposerait naturellement à ses sujets mais « *un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics* », ces derniers devenant alors la « *notion fondamentale du droit public moderne* »⁵⁷. Ce n'est que par la suite que son disciple JÈZE a fait de cette notion le critère d'application du droit administratif, sa « *pierre angulaire* »⁵⁸. Quant au juge administratif, celui-ci avait recouru à la notion de service public dès la fin du 19^{ème} siècle pour ménager sa compétence juridictionnelle, lorsque le critère de la puissance publique n'y suffisait plus⁵⁹.

⁵⁵ L'existence ou les contours de telles écoles sont toutefois controversés. Voir not. F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon DUGUIT, Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon DUGUIT*, Université Montesquieu Bordeaux IV, Bruylant, 2011 ; M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, p. 158.

⁵⁶ Voir M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 1933, 12^{ème} éd. rééd. Dalloz, 2002, spéc. p. XII, 18, 544 ou encore 726 ; sur la gestion administrative, au sens d'exécution des services publics : voir *La gestion administrative*, éd. Larose, 1899, rééd. Dalloz, 2012.

⁵⁷ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, 1913, rééd. La mémoire du droit, 1999, p. 51.

⁵⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3^{ème} éd., 1930, rééd. Dalloz, 2004, spéc. pp. 9-10. À cet égard, si Léon DUGUIT ne défendait pas l'idée d'un droit autonome au profit de l'administration, sa théorie, loin de compromettre la puissance publique, lui a fourni une légitimité nouvelle en instrumentalisant les prérogatives administratives (voir L. NIZARD, « À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1975, p. 91).

⁵⁹ Voir P. BRUNET, « Doctrines "juridictionnelles" et doctrines "méta-conceptuelles" du service public », in *Le service public*, Association française pour la recherche en droit administratif, Dalloz, 2014, p. 22.

Ces controverses ont été largement dépassées et il semble aujourd'hui admis que la puissance publique et le service public peuvent l'un et l'autre, à l'instar d'autres critères, entraîner l'application du droit administratif ou la compétence de la juridiction administrative⁶⁰.

15. La spécificité du droit administratif au regard du droit privé. Le particularisme du droit administratif demeure fondé sur la nature particulière des finalités poursuivies par les autorités publiques. Autrement dit, si celles-ci échappent aux règles de droit commun, c'est parce que leur « raison d'être » est d'être préposées à la satisfaction des besoins essentiels de la population, par des activités d'« intérêt général » ou, plus précisément, par des activités de « service public »⁶¹. Dans ce cadre, la décision unilatérale demeure le procédé le plus caractéristique de l'action publique et de son droit, bien que le recours à la technique contractuelle, loin d'être absent, soit en constante progression⁶². La puissance publique dispose pour cela d'un privilège de juridiction. Sauf disposition législative contraire, l'appréciation de la légalité – au sens large⁶³ – des actes administratifs relève de la compétence exclusive du juge administratif⁶⁴.

Néanmoins, l'exorbitance en droit administratif n'est que partielle dans la mesure où seule une part du contenu de la légalité administrative se distingue des règles du droit commun⁶⁵.

⁶⁰ Voir not. B. THOMAS-TUAL, « Service public, puissance publique et fonction publique : un triptyque par-delà la doctrine », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 615.

⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 2001, 15^{ème} éd., spéc. p. 1 et p. 573. L'auteur relevait ainsi que « ce que peut avoir de relief la détention de prérogatives de puissance publique par l'administration ne doit pas dissimuler qu'elle n'en dispose que pour assurer au mieux le service de l'intérêt général, c'est-à-dire les services publics ». Voir égal. J. RIVERO : « Le moteur de l'action administrative, au contraire [de l'action des particuliers], est essentiellement désintéressé : c'est la poursuite de l'intérêt général, ou encore de l'utilité publique, ou, dans une perspective plus philosophique, du bien commun. » (*Droit administratif*, Précis Dalloz, 1975, 7^{ème} éd., p. 10) ou encore G. JÈZE : « Ces règles juridiques spéciales, ces théories juridiques spéciales, les procédés du droit public, se ramènent à cette idée essentielle : l'intérêt particulier doit s'incliner devant l'intérêt général. » (*Les principes généraux du droit administratif*, Giard, tome 2, 1930, 3^{ème} éd., rééd. Dalloz, 2004, p. 3.)

⁶² CE, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », *Rapport pour l'année 2008*, EDCE, 2008.

⁶³ Le principe de légalité, essentiel à l'effectivité de l'« État de droit », signifie que l'activité administrative doit être conforme au droit. La légalité est alors entendue au sens large d'un ensemble hiérarchisé de normes constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles, réglementaires, auxquelles s'ajoutent les normes conventionnelles issues du droit de l'Union européenne et des diverses conventions internationales (voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, pp. 1011 et s.).

⁶⁴ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁶⁵ Voir F. MELLERAY, « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA*, 2003, p. 1961 et, plus largement, F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, éd. Université de Poitiers, diff. LGDJ, 2004. Nous en retiendrons qu'il convient de parler d'exorbitance dans le droit administratif et non d'exorbitance du droit administratif, bien que l'usage même des termes d'« exorbitance » et de « droit commun » par opposition à un « droit de l'administration », ait pu être discuté (voir J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1975, p. 363).

On distinguera donc dès à présent les deux acceptions possibles de la puissance publique : la première fait référence à l'institution publique, laquelle s'identifie à l'intérêt général qu'elle symbolise, tandis que la seconde se limite aux « *prérogatives de puissance publique* », lesquelles sont exorbitantes du droit commun, à l'instar des sujétions qui pèsent sur l'administration.

b. L'intérêt général, moteur de l'action publique

16. Synonyme plus ou moins fidèle des notions de « bien commun », d'« intérêt public » ou encore d'« utilité publique », l'intérêt général constitue le véritable mobile du droit public, le critère qui le distingue du droit privé. Nul n'est besoin de s'attarder sur le contenu concret de l'intérêt général : son caractère idéologique, l'instrument de légitimation de l'État qu'il constitue, en même temps qu'il en détermine la finalité et les limites, ont déjà été démontrés⁶⁶. Relève donc de l'intérêt général ce que les autorités publiques conçoivent comme tel.

Cela étant précisé, la tradition française s'inscrit dans une filiation volontariste de l'intérêt général, qui exige plus qu'un simple arbitrage entre intérêts particuliers. Dans cette perspective, l'intérêt général est d'abord « *l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers*⁶⁷. L'intérêt général se distingue donc tout autant des intérêts collectifs que des intérêts individuels. Il n'est pas non plus l'« intérêt commun », au sens civiliste du terme, qui apparaît dès lors qu'il existe une convergence d'intérêts entre les parties, non que les intérêts propres de chacune d'elles soient semblables ou qu'ils se confondent, mais parce qu'ils coïncident⁶⁸. Pour autant, ces intérêts ne constituent pas des catégories étanches, nécessairement antagonistes, et ils se mueront ou participeront à l'intérêt général si l'autorité publique en décide ainsi⁶⁹.

⁶⁶ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, spéc. pp. 21-30 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 11.

⁶⁷ CE, *L'intérêt général, Rapport public pour l'année 1999*, EDCE, *La doc. fr.*, spéc. p. 265.

⁶⁸ Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 581, spéc. p. 583.

⁶⁹ Voir not. CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, n° 80804, *Lebon* : « *Considérant qu'en jugeant que "si la déviation projetée profite au premier chef aux établissements Peugeot dont les usines sont séparées par la route nationale n° 463 dans son tracé actuel, l'intérêt de cette société n'est pas exclusif de l'intérêt général du projet" [...] le tribunal administratif de Besançon n'a pas entaché sa décision d'une contradiction de motifs [...]. Considérant enfin que si la déviation de la route en question procure à la société "Automobiles Peugeot" un avantage direct et certain, il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale.* »

17. L'intérêt général constitue de surcroît une « *norme de référence* » par laquelle le juge administratif contrôle la mise en œuvre des fins d'intérêt général par l'administration. Au-delà de la « *simple synthèse entre intérêts particuliers ou de l'arbitrage entre intérêts publics, géographiques ou sectoriels, qui, chacun, revendiquent leur légitimité* », le juge veille, sans se substituer aux pouvoirs publics, à « *une conciliation rigoureuse entre les droits des individus et les exigences de l'intérêt général, afin que celui-ci ne puisse jamais apparaître comme un alibi à la raison d'État* »⁷⁰.

c. Le service public, notion cardinale du droit de l'administration

18. La dimension « mythique »⁷¹, voire « émotionnelle »⁷² du service public, tout comme ses « faillites conceptuelles »⁷³ sont bien connues. En effet, le service public présente avant tout un caractère politique. DUGUIT lui accordait une fonction sociale et n'en formulait d'ailleurs qu'une définition plutôt floue, à savoir « *toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernements, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* »⁷⁴. C'est pourquoi la notion de service public, en ce qu'elle incarne l'opposition public-privé, ne peut qu'être empreinte d'une forte valeur idéologique⁷⁵. Cela n'en fait pas moins un objet d'étude pour le juriste, l'imbrication du droit et de l'idéologie n'étant d'ailleurs pas l'apanage du service public. Pour reprendre les termes du Professeur CHEVALLIER, « *toutes les composantes de l'ordre juridique sont, à des titres divers, imprégnées des valeurs sociales dominantes et elles en assurent la diffusion avec une*

⁷⁰ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre » in CE, *L'intérêt général, Rapport public pour l'année 1999*, précité, spéc. pp. 361 et s.

⁷¹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10^{ème} éd., 2015, p. 3.

⁷² G. BIGOT, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 1.

⁷³ G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, pp. 527 et, du même auteur, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, pp. 1.

⁷⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, 1913, Librairie Armand Colin, rééd. La mémoire du droit, 1999, p. 51.

⁷⁵ On entendra l'idéologie au sens de la science des idées : voir not. G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in *Le service public*, Association française pour la recherche en droit administratif, Dalloz, 2014, p. 42 et O. RENAUDIE, « La dimension idéologique du service public hospitalier », *RDSS*, 2017, p. 617.

singulière efficacité, puisqu'elles les dotent de la force obligatoire attachée à la règle de droit »⁷⁶.

19. Pour autant, ni le législateur ni les juges ne se sont aventurés à doter la notion de service public d'une définition juridique concrète. Plus encore, si le Constituant de 1946 – pour justifier les nationalisations à venir – a imposé que tout « *service public national* » soit la propriété de la collectivité, il s'est bien gardé d'en définir la substance⁷⁷. Faute de disposer d'une définition substantielle du service public, le juriste s'est attelé à en dégager les critères d'identification.

L'objet de notre étude n'étant pas de remettre en discussion ces conceptions, nous nous appuyerons sur une approche classique de la notion. Pour qu'une activité soit qualifiée de service public, elle doit, selon un critère organique, être assumée directement ou indirectement par une personne publique et, selon un critère matériel, être exercée dans un but d'intérêt général⁷⁸. Le juriste est donc bien obligé de s'en tenir à une approche minimaliste : est service public l'activité que les pouvoirs publics ont entendu ériger comme tel. Pour cette raison, nous retiendrons, dans le champ de notre étude, une conception finaliste du service public qui, de ce fait, ne peut être réduit à la simple fourniture de prestations par l'administration et intègre nécessairement son activité de police⁷⁹.

⁷⁶ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, CURAPP, PUF, 1979, voir spéc. p. 50 : « *Le droit administratif occupe néanmoins dans l'ordre juridique une position irréductible dans la mesure où son domaine d'application c'est l'appareil chargé de mettre en œuvre la puissance d'État : les représentations qu'il véhicule vont être relatives à l'État et tendre à renforcer le jeu de croyances sur lesquelles il repose.* » Voir égal. L. NIZARD, « À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Cujas, 1975 p. 91.

⁷⁷ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

⁷⁸ Voir not. G.-J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, Domat, 4^{ème} éd., 2016, pp. 108 et s. ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Domat, 11^{ème} éd., 2017-2018, p. 235 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd., 2016, p. 388 ; J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2015, p. 5 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Domat, 15^{ème} éd., 2001, p. 578. *Contra*. Le Professeur TOUZEIL-DIVINA retient trois indices permettant l'identification d'un service public : un indice organique (la présence ou le contrôle, quel que soit son degré, d'une personne publique), un indice fonctionnel (qui est la matérialisation d'une activité d'intérêt général) et un indice matériel (que caractérise la présence, même minime, de prérogatives de puissance publique) : voir M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, V^o Service public, p. 450. Le fort coefficient d'incertitude entachant les procédures mises en œuvre pour identifier le service public a été de longue date souligné (D. LINOTTE, A. MESTRE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 2^{ème} éd., 1992, pp. 49 et s). Voir Partie 1, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

⁷⁹ En ce sens, sur l'absence de pertinence autre que pédagogique de la pratique doctrinale visant à tracer une ligne de démarcation entre le service public et la police administrative, voir not. J.-L. DE CORAIL, « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », in

20. La qualification de service public d'une activité entraîne l'application d'un régime juridique spécifique, au sens d'un ensemble de procédés et d'obligations dérogatoires au droit commun. S'il existe une forte hétérogénéité dans ces règles, lesquelles varient selon la nature de l'activité, il existe des principes communs, théorisés par ROLLAND sous la forme de lois essentielles : la continuité, la mutabilité (ou adaptabilité) et l'égalité (ou neutralité)⁸⁰.

21. Le service public est alors le terrain de prédilection de la conciliation d'intérêts, dont l'acuité est inconnue du droit privé du travail. S'enchevêtrent ainsi l'intérêt de la personne publique – puissance publique, l'intérêt de la personne publique – employeur, l'intérêt du service, les intérêts collectif et individuel des travailleurs, sans omettre les intérêts des usagers et ceux des entreprises concurrentes⁸¹. Il est évident que ces intérêts ne coïncident pas nécessairement pour former un intérêt commun.

§ 3. Intérêts de l'étude associant le droit privé du travail et le secteur public

22. L'importance quantitative de l'emploi dans le secteur public, tous statuts confondus, pourrait à elle-seule présenter un intérêt suffisant. En effet, au 31 décembre 2015, selon les chiffres dévoilés par le Ministère de l'action et des comptes publics pour l'année 2017⁸², l'emploi dans le secteur public⁸³, représentait 24,3 % de l'emploi subordonné (secteur public et secteur privé cumulé) et 19,9 % de l'emploi total (travail subordonné et indépendant

Mélanges EISENMANN, Cujas, 1975, p. 299 ; J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, 2008, PUF, pp. 40 et s.

⁸⁰ En réalité ROLLAND a dégagé une quatrième loi, qui est le rattachement à une personne publique – désormais appréhendé comme critère d'identification du service public – voir M. TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public interne*, LexisNexis, 2017, V° Louis ROLLAND, p. 271.

⁸¹ Les exigences du droit de la concurrence imposent à la puissance publique de prendre en compte cet intérêt parce qu'il est une composante de l'intérêt général, à l'instar d'autres intérêts particuliers. Dans son rapport public pour l'année 2002, le Conseil d'État exposait ainsi : « *Cela signifie aussi que lorsque la personne publique agit, non pas en qualité d'opérateur économique, mais de puissance publique et que son intervention, à ce titre, est susceptible d'affecter des activités entrant dans le champ d'application du droit de la concurrence, l'objectif du fonctionnement concurrentiel des marchés ne saurait être le seul qu'elle ait à prendre en compte, parce que l'intérêt général ne s'y réduit pas. Si l'autorité publique doit tenir compte de l'impact de ses décisions sur la concurrence et notamment du point de savoir si elles risquent de compromettre le fonctionnement concurrentiel de tel ou tel marché, pour adapter le contenu et la portée de ses décisions, il est indispensable de lui laisser, en droit, une marge d'appréciation à opérer entre impératif de la concurrence et autres impératifs.* » (CE, *Rapport pour l'année 2002, Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, *La doc. fr.*, spéc. p. 333). Pour une approche européenne, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁸² Ministère de l'action et des comptes publics, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, « Les chiffres-clés ».

⁸³ C'est-à-dire intégrant les effectifs titulaires et non titulaires de la fonction publique, les effectifs des entreprises publiques, les effectifs des organismes publics et ceux des organismes privés mais à financement public prédominant.

cumulé). Prise dans ses trois versants, la fonction publique employait 5 451 millions de personnes, dont 940 211 sous statut contractuel, soit 17,2% de ses effectifs. Il convient d'ajouter à ces chiffres les 198 000 bénéficiaires de contrats aidés employés par l'administration. Les entreprises publiques employaient quant à elles 790,9 milliers de salariés à la fin de l'année 2015 selon les chiffres publiés par l'INSEE⁸⁴.

Surtout, le droit des relations du travail au sein du secteur public a connu d'importantes évolutions, au sein desquelles le droit privé du travail occupe une place prépondérante.

a. Un renouvellement du droit applicable au secteur public économique

23. Les travaux de recherches portant sur les relations professionnelles du secteur public économique réalisés au cours des années 1990 sont particulièrement riches d'enseignements. Jacky CHORIN⁸⁵ a ainsi analysé les relations du travail dans les entreprises publiques à statut, sous le prisme du service public, au regard du particularisme dont ces relations étaient encore imprégnées face au droit commun du travail, tandis que Nicole MAGGI-GERMAIN⁸⁶ consacrait son étude aux bouleversements engendrés par la consécration légale de la négociation collective au sein des entreprises publiques à statut⁸⁷. Le Professeur GARBAR⁸⁸ a quant à lui élargi ses investigations à l'ensemble des entreprises publiques et de leurs personnels, pour dévoiler la « physionomie mixte, parfois « chaotique », du droit des relations professionnelles s'y étant construit et dont les prémices du droit de l'Union européenne auguraient bien des changements.

24. Depuis, le secteur public a connu d'importantes transformations, traduisant un certain recul de l'interventionnisme étatique en matière économique. Alors que la notion de service public et le particularisme juridique qui y était attaché ont été remis en cause par le droit de l'Union européenne, les autorités publiques ont elles-mêmes privilégié de nouveaux modes de gestion des services publics. Les privatisations d'entreprises publiques et les transformations

⁸⁴ INSEE, *Tableaux de l'économie française*, édition 2017.

⁸⁵ J. CHORIN, *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994.

⁸⁶ N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996.

⁸⁷ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, dite troisième loi Auroux. Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du Code du travail.

⁸⁸ Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996.

d'établissements publics en sociétés de droit privé se sont multipliées, affectant d'autant les régimes de travail applicables au sein du secteur public économique.

b. Un renouvellement des interférences entre le droit du travail et le droit de la fonction publique

25. Parce qu'elle n'est qu'une conséquence de la distinction classique du droit public et du droit privé, l'opposition droit du travail et du droit de la fonction publique peut présenter un caractère artificiel. En effet, la coexistence de ces deux droits faux-jumeaux n'empêchent ni les interactions ni les influences communes, comme l'a démontré Nicolas FONT en 2009⁸⁹. Mais si la pénétration du droit public au sein du droit du travail a de longue date été révélée⁹⁰, encore convient-il de distinguer entre ce qui relève de l'expansion du droit public et ce qui relève de l'influence proprement dite du droit de la fonction publique.

26. Sans aucun doute, le droit public et son juge sont amenés à régir certains pans du droit du travail, à mesure que la puissance publique intervient pour réguler les rapports de droit privé⁹¹ : contrôle de l'inspection du travail, extension des conventions collectives ou encore homologation des plans de sauvegarde de l'emploi.

27. L'influence du droit de la fonction publique sur la construction du droit privé du travail est quant à elle indéniable, tant s'agissant de l'obtention des congés payés en 1936 que de

⁸⁹ N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009. Après avoir dégagé le patrimoine commun et les rapprochements de ces deux droits du travailleur subordonné, l'auteur faisait le constat, non de l'émergence d'une « troisième voie » qui serait celle de rapprochements réciproques mais bien d'une influence du droit du travail et du droit de la fonction publique.

⁹⁰ Voir not. J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. 69 et, du même auteur, « Droit du travail et droit administratif », *Dr. soc.*, 1960, p. 609 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail », in *Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ?*, L'Épitoque-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, 2012, p. 9 ; J.-M. OLIVIER, « La distinction du droit public et du droit privé dans le droit du travail », in (dir.) J.-B. AUBY et M. FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, éd. Panthéon Assas, 2004, p. 69.

⁹¹ Voir not. X. PRÉTOT, « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in (dir.) B. TEYSSIE, *Les sources du droit du travail*, PUF, 1998, p. 150 : « *Le légicentrisme conserve cependant son emprise dans notre pays et confère ainsi à l'intervention de l'État une place première dans l'élaboration des sources du droit du travail, l'autonomie normative des partenaires sociaux ou de l'entreprise s'inscrivant elle-même dans le cadre tracé par la puissance publique.* » Sur l'appropriation par le juge prud'homal des techniques dégagées par le juge administratif pour sanctionner l'excès de pouvoir, voir A. FABRE, « Les techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur », in (dir. M. TOUZEIL-DIVINA et M. SWEENEY), *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, L'Épitoque-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, vol. 1, 2012, p. 65. Voir égal. N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, spéc. pp. 464 et s.

l'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'employeur par la loi du 4 août 1982⁹². Pour autant, le mouvement s'est inversé et, désormais, si certains aspects du droit du travail et du droit de la fonction publique peuvent faire l'objet de comparaisons, seul le premier semble exercer une réelle influence sur le second⁹³. Les principaux manuels consacrés au droit de la fonction publique soulignent d'ailleurs l'emprise du droit du travail, que ce soit par le biais des principes généraux du droit dégagés par le juge administratif⁹⁴ ou par le biais des récentes évolutions du droit de la fonction publique⁹⁵. Bien que certains auteurs y aient décelé un mouvement de convergence par le jeu d'évolutions parallèles, d'influences communes ou d'emprunts réciproques⁹⁶, c'est bien davantage par les termes de « normalisation », de « banalisation », de « privatisation » ou encore de « travaillisation » de la fonction publique que les auteurs spécialisés semblent désormais accueillir cette influence⁹⁷.

⁹² Voir N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, pp. 487 et s. Sur l'emprunt par les statuts réglementaires du personnel au sein des entreprises publiques, voir Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, spéc. pp. 458 et s.

⁹³ En ce sens, D. BAUGARD, « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit privé » et E. MARC, « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit public », *Les CFP*, suppl. n° 340, 2014, respectivement p. 38 et p. 46. Voir pour les prémices de cette évolution, Y. SAINT-JOURS, « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, 1978, p. 231.

⁹⁴ J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2012, spéc. p. 10 (À l'inverse, la 4^{ème} éd. de cet ouvrage, en 2002, n'évoquait pas cette question, ce qui peut laisser penser qu'elle a pris une importance croissante ces dernières années).

⁹⁵ F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, p. 31 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, 3^{ème} éd., 2017, p. 7 ; A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *Traité de la fonction publique*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2012, p. 1.

⁹⁶ E. MARC et Y. STRUILLOU, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA*, 2010, p. 1181 ; P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, rééd. *Dr. soc.*, 2010, p. 1246. Voir égal. J. WOLIKOW, « Fonctionnaires et salariés : différences, convergences », *AFJP*, 2010, p. 172.

⁹⁷ Le choix du vocable peut alors traduire un certain jugement de valeur. Aux termes de « privatisation » ou « travaillisation » de la fonction publique régulièrement invoqués (voir not. M. TOUZEIL-DIVINA, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228 ; D. JEAN-PIERRE, « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A*, 15 juillet 2003, n° 29), certains auteurs préfèrent évoquer la « normalisation » (M. POCHARD, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 1906) ou la « banalisation » du droit de la fonction publique (M.-Ch. DE MONTECLER, « Une nouvelle étape dans la banalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2017, p. 140 ; S. BAZILE, « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *AJFP*, 2010, p. 116 ; J. BOURDON, « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP*, 2005, p. 284).

c. Le regard de la doctrine sur l'opposition droit du travail – droit de la fonction publique

28. Un sujet peu étudié par les spécialistes du droit du travail. Si la question a connu un regain d'intérêt au cours des dernières années⁹⁸, la doctrine « travailliste » semble relativement indifférente aux interactions, influences ou rapprochements qui peuvent être observés entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. Sans doute ce désintérêt est-il avant tout le produit d'un enseignement académique distinct⁹⁹.

Si l'on prend les principaux ouvrages généraux consacrés à la matière, les développements relatifs aux agents publics sont assez succincts et principalement centrés sur le champ d'application du droit du travail. Parmi les manuels qui précisent les frontières du Code du travail à l'égard des agents publics, nombre d'entre eux prennent acte du fait que ces derniers relèvent d'un droit à part¹⁰⁰. Certains auteurs évoquent toutefois, à cette occasion, une certaine imprégnation du droit de la fonction publique par le droit du travail¹⁰¹ tandis que d'autres soulèvent la question des agents non titulaires, ne relevant ni de la protection du Code du travail, ni de celle du Statut de la fonction publique¹⁰².

29. Une justification systématique par les spécialistes du droit de la fonction publique. Le droit de la fonction publique est avant tout présenté comme une branche du droit

⁹⁸ Comme en témoigne la tenue de colloques ayant donné lieu à de riches publications : M. TOUZEIL-DIVINA, M. SWEENEY (dir.), *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, L'Épitoge-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, vol. 1, 2012 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, A. LACABARATS, B. STIRN (coord.), « Droit du travail et droit de la fonction publique », Les Rencontres sociales de la Sorbonne, *Les CFP*, n° 340, 2014 ; P. ESPUGLAS-LABATUT, Ch.-A. DUBREUIL, M. MORAND, *Le Droit public du travail*, L'Épitoge-Lextenso, Coll. L'Unité du Droit, vol. 14, 2015.

⁹⁹ Sur la pertinence d'un enseignement unique regroupant droit du travail et droit de la fonction publique, à la place du dédoublement actuel qui « conduit souvent les apprentis privatistes à tout ignorer du droit de la fonction publique, et leurs homologues publicistes à ne rien savoir du droit privé du travail », voir les doutes formulés par Ch.-A. GARBAR, « Pour un cours unique de droit des relations du travail ? », in (dir.) Ph. WAQUET, *13 paradoxes en droit du travail*, Lamy, coll. Axe Droit, 2012, p. 459.

¹⁰⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., « Introduction » ; J.-E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 26^{ème} éd., 2018, p. 11.

¹⁰¹ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, spéc. p. 18-19 ; B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, spéc. p. 69.

¹⁰² E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, 2017, 11^{ème} éd., spéc. p. 25 ; B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO, A. MARTINON, *Droit du travail, Relations individuelles*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2014, spéc. pp. 69-70. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, LGDJ, Domat, 10^{ème} éd., 2016, pp. 25-26. Voir égal. J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, tome 1, PUR, 2001, pp. 18-24.

administratif¹⁰³. Dès lors, la non-application du droit privé, en l'occurrence du droit du travail, est systématiquement exposée en introduction des manuels consacrés à la matière. Toutefois ce particularisme est justifié en termes essentiellement politiques, historiques voire symboliques. Les spécificités de l'emploi public semblent en effet relever de deux ordres.

30. En premier lieu est mise en avant la conception spécifique que la France développe de la fonction d'administrateur¹⁰⁴. Certains auteurs relèvent que « *le particularisme ainsi affirmé [du droit de la fonction publique] correspond tout simplement à la conception française du droit applicable à l'administration* »¹⁰⁵. En ce sens, l'emploi dans la fonction publique serait avant tout un sacerdoce qui ne saurait être rabaissé à une simple activité professionnelle. Il s'agit là d'une conception de l'emploi public relativement ancienne. Ainsi Maurice HAURIOU exposait-il que « *toute fonction publique contient un ministère de service public ou un office qui n'est pas réductible à l'idée d'un simple travail* »¹⁰⁶ tandis que Roger GRÉGOIRE écrivait : « *Les fonctionnaires incarnent l'État dans le temps même où ils le servent [...]. À ce titre encore, la fonction publique n'est pas un métier comme les autres. C'est un service.* »¹⁰⁷

31. En second lieu, le particularisme de la fonction publique serait dû aux sujétions particulières qui résulteraient des nécessités du service public¹⁰⁸. Le droit applicable à

¹⁰³ Voir not. J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2012, spéc. p. 3 ; O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, 3^{ème} éd., 2017, « Avant-propos ».

¹⁰⁴ Voir not. O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, 3^{ème} éd., spéc. p. 5 ; R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, Librairie Armand Colin, 1954, spéc. p. 32 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, spéc. pp. 6-29 : le droit de la fonction publique y est présenté comme un « produit de l'histoire », passé d'un modèle autoritaire à une logique participative à compter du Statut de 1946. Voir égal. J.-F. LACHAUME, A. VIROT-LANDAIS, *La fonction publique*, Dalloz, Connaissance du droit, 4^{ème} éd., 2017, spéc. p. 27 : les auteurs se bornent à présenter la condition juridique du fonctionnaire, « en définitive, dérogatoire dans sa conception et son inspiration au droit régissant les relations de travail dans le secteur privé ».

¹⁰⁵ J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, 7^{ème} éd., 2012, spéc. p. 10. Les auteurs soulignent le poids hautement politique du droit de la fonction publique. Dans le même sens, O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, 3^{ème} éd., 2017, p. 5.

¹⁰⁶ M. HAURIOU, *Notes*, t. 3, spéc. p. 38, cité par E. MARC, « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit public », *Les CFP*, suppl. n° 340, 2014, p. 46. Pour une traduction moderne de cet esprit, voir A. LE PORS, « Faut-il rapprocher les statuts d'agents publics et de salariés », *RDT*, 2010, p. 144.

¹⁰⁷ R. GRÉGOIRE, *La fonction publique*, Librairie Armand Colin, 1954, spéc. p. 32.

¹⁰⁸ Voir not., au sein d'une littérature abondante, A. LE PORS, « Faut-il rapprocher les statuts d'agents publics et de salariés », *RDT*, 2010, p. 144 : « *Il en est ainsi parce que les fonctions et activités exercées relèvent de missions de service public, elles-mêmes inspirées par l'intérêt général exprimé sur le terrain politique. C'est cette spécificité qui caractérise l'agent public et qui fonde la logique statutaire. Spécificité qui conduit à doter l'État, les autres collectivités publiques et les entreprises publiques de prérogatives de puissance publique dans la gestion des personnels, entraînant pour ceux-ci des sujétions appelant, en contrepartie, des garanties individuelles et collectives inscrites dans le statut général des fonctionnaires et*

l'emploi public est donc exclusif du droit privé du travail car il est « *conçu pour faire face non aux opportunités des entreprises et groupements particuliers mais aux nécessités de l'État et au service public* »¹⁰⁹. L'exorbitance du droit de la fonction publique s'expliquerait donc par « *le souci d'assurer l'efficacité et la continuité de l'action de l'État en réalisant un délicat équilibre entre subordination et autonomie de l'administration à l'égard du pouvoir politique* »¹¹⁰. Ces contraintes ne sont toutefois ni explicitement identifiées, ni précisément délimitées.

§ 4. Problématique

32. Le particularisme du service public a été remis en cause, au plan européen, par la construction du marché unique impliquant une concurrence non faussée entre les pays membres et, au plan interne, par la redéfinition du rôle de la puissance publique, recentrée sur son « cœur de métier », impliquant de nouvelles modalités de gestion des services publics. Parallèlement, la puissance publique-employeur a été affaiblie par la montée en puissance des droits fondamentaux du travailleur subordonné, impliquant un nouvel arbitrage entre l'intérêt général et les intérêts particuliers des travailleurs employés dans le cadre des services publics.

Ces évolutions conduisent à aligner sur le droit commun le traitement juridique réservé aux autorités publiques, à leurs activités comme à leurs personnels, de sorte que la place occupée par le droit privé du travail au sein du secteur public s'accroît continuellement. En effet, si le service public conserve une part irréductible d'exorbitance, son particularisme s'efface

dans les autres statuts. » ; G. KOUBI, « Orientation et réorientation professionnelles. Indices d'une disparition programmée du modèle de la fonction publique », in (dir.) M. TOUZEIL-DIVINA, M. SWEENEY, *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, L'Épitoje-Lextenso, 2012 : « *La confusion des références agencées dans le souci de parfaire le lien entre le monde du travail et les tâches d'administration dessert l'analyse car, quel que soit l'angle de vue adopté, il ne peut y avoir de convergence entre le "sens" de l'emploi public et l'"intérêt" de l'emploi privé [...]. Le constat retenu est celui de l'objectif, non explicite et inexprimé mais persistant bien que souterrain, de la disparition du modèle de la fonction publique en tant que celle-ci participe au maintien du "service public à la française" suivant l'expression convenue* », spéc. p. 234 et p. 236. Voir également, pour une analyse portant les critères de service public et de puissance publique comme fondement des spécificités du droit de la fonction publique, B. THOMAS-TUAL, « Service public, puissance publique et fonction publique : un triptyque par-delà la doctrine », in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 615.

¹⁰⁹ A. PLANTEY et M.-C. PLANTEY, *Traité de la fonction publique*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2012, p. 113.

¹¹⁰ O. DUBOS, « L'exorbitance du droit de la fonction publique », in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, éd. Université de Poitiers, diff. LGDJ, 2004, p. 243. Le particularisme de la fonction publique est présenté sous la forme plutôt consensuelle d'un « *produit d'une subtile alchimie entre une prérogative et une sujétion de l'administration : la prérogative est fondée sur l'unilatéralité de l'administration dans la détermination de la situation juridique des fonctionnaires, alors que la sujétion lui impose de les traiter dans la stricte égalité, sans subjectivité* ».

progressivement et laisse place à un vide qui encourage l'expansion d'un droit privé du travail faisant figure de droit commun.

33. Ce mouvement suscite de nombreuses interrogations. Comment le renouvellement de la conception du service public se répercute-t-il sur l'encadrement juridique des relations de travail du secteur public ? Par quels procédés l'implantation du droit privé s'opère-t-elle ? À quelles résistances ou déformations s'expose-t-il ?

Ces quelques interrogations permettent de mesurer l'importance de présenter une étude associant le droit privé du travail et le secteur public. L'essentiel est devant nous : il convient de procéder à un état des lieux de l'encadrement juridique des relations professionnelles du secteur public.

Ce bilan doit avant tout présenter une dimension intellectuelle. Le fondement, la raison d'être d'un particularisme juridique est-il encore solide ? Nous démontrerons que si le service public constituait jusqu'alors un marqueur déterminant de la distinction droit privé-droit public en matière de relations professionnelles, il ne suffit plus à expliquer l'assujettissement du travailleur à un statut résolument autonome. En d'autres termes, le particularisme irréductible du service public ne justifie plus, à lui-seul, une incompatibilité de principe entre le droit privé du travail et le service public et, partant, ne parvient pas à s'opposer à une implantation continue du droit privé du travail dans le secteur public. L'érosion du particularisme du service public se traduit donc, en droit positif, par la place sans cesse plus grande occupée par le droit du travail.

Ce bilan doit également présenter une dimension technique. Il convient de mesurer l'état d'avancement du processus d'hybridation en cours. Quelle est l'emprise concrète du droit du travail dans l'encadrement juridique des relations de travail du secteur public ? Cette photographie nous permettra de mieux saisir les difficultés du métissage et de préconiser, lorsque cela est possible, des solutions pour y remédier. Il s'agira, en somme, d'apprécier les effets de l'hybridation du droit privé et du droit public en notre matière.

34. Nous examinerons ainsi, dans un premier temps, l'effacement progressif du particularisme juridique du service public (**Première partie**), avant d'étudier, dans un second temps, la portée de l'implantation du droit privé du travail dans le secteur public (**Seconde partie**).

Première partie. L'effacement progressif du particularisme attaché au service public

Seconde partie. La portée de l'implantation du droit privé du travail dans le secteur public

PREMIÈRE PARTIE : L'EFFACEMENT PROGRESSIF DU PARTICULARISME ATTACHÉ AU SERVICE PUBLIC

35. Consubstantiel à la construction de l'« État moderne »¹¹¹, le droit administratif français a dû s'adapter à l'avènement d'un « État post-moderne »¹¹², dont les fonctions et les missions sont en perpétuelle redéfinition. Le service public, tant dans ses contours que dans son régime, ne pouvait qu'en être affecté.

Dans ce contexte, se pose la question de l'intensité du particularisme juridique attaché au service public au regard du droit commun. En effet, la division droit privé - droit public ne présente d'intérêt que si les normes applicables à la relation impliquant les autorités publiques présentent une spécificité qui les distingue des relations entre particuliers¹¹³. Or, les spécificités du service public ont été amoindries par la conjugaison de deux mouvements distincts.

D'une part, le service public en lui-même s'est banalisé tant dans son objet, sa finalité, que dans les moyens employés pour l'atteindre. En ces trois aspects, le service public et ses différents modes de gestion ne se distinguent plus fondamentalement des activités caractéristiques du secteur privé (**Titre I**).

D'autre part, l'irruption des droits et libertés fondamentaux du travailleur au sein même de la réalisation du service public conduit, par la convergence du droit du travail et du droit de la fonction publique qu'elle entraîne, à harmoniser la condition juridique du travailleur subordonné. Si elle se traduit par un affaiblissement de la toute-puissance administrative, laquelle avait pendant longtemps été justifiée par la prééminence de l'intérêt général sur les intérêts corporatistes de son personnel, certains impératifs du service public sont encore de nature à empêcher une application pleine et entière des droits fondamentaux (**Titre II**).

Titre I. Le particularisme confronté à la banalisation du service public

Titre II. Le particularisme confronté à l'affirmation des droits fondamentaux du travailleur

¹¹¹ G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif...*, La Mémoire du Droit, 2015.

¹¹² J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2004.

¹¹³ Voir not. B. BONNET et P. DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010.

TITRE I. LE PARTICULARISME CONFRONTÉ À LA BANALISATION DU SERVICE PUBLIC

36. En 1991, le Professeur CAILLOSSE observait que « *la place jadis dominante [du] droit administratif sur le marché des idées est à présent contestée* »¹¹⁴. Les concepts de service public et même de puissance publique, qui légitimaient *a priori* ou justifiaient *a posteriori* un régime juridique exorbitant du droit commun, ont progressivement perdu de leur consistance.

Cette évolution découle tout d'abord du droit de l'Union européenne, lequel repose sur une logique qui lui est propre : celle de la construction d'un marché unique fondé sur le libre jeu de la concurrence et les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Dans cette perspective, les Institutions européennes ont retenu une conception stricte des services d'intérêt général ou des activités de puissance publique permettant de déroger au droit commun de l'Union, dont il résulte une remise en cause générale du « service public à la française » (**Chapitre 1**).

L'influence du droit de l'Union européenne ne saurait toutefois masquer les transformations internes. En effet, les autorités publiques elles-mêmes tendent à remettre en cause le particularisme juridique encadrant leur action. Celles-ci recourent largement aux techniques de droit privé pour gérer des activités d'intérêt général ou préfèrent se recentrer sur leur « cœur de métier » et se reporter, pour le reste, sur des opérateurs privés (**Chapitre 2**).

Sous l'effet de cette double dynamique, les restructurations du secteur public ont progressivement remis en cause le lien nécessaire qui prévalait jusqu'alors entre la poursuite d'une mission de service public et la soumission du travailleur à un statut exorbitant du droit commun (**Chapitre 3**).

Chapitre 1. La banalisation par le droit de l'Union européenne

Chapitre 2. La banalisation par les nouveaux modes de gestion des activités de service public

Chapitre 3. La banalisation par la remise en cause du lien nécessaire entre mission de service public et statut de travail exorbitant du droit commun

¹¹⁴ J. CAILLOSSE, « La modernisation de l'État », *AJDA*, 1991, p. 755.

CHAPITRE 1. LA BANALISATION PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

37. Le droit français, applicable aux services publics, et le droit de l'Union, applicable aux activités économiques et aux services d'intérêt général, reposent sur des considérations idéologiques opposées. En droit interne, le régime exorbitant auquel est soumise la personne publique a pour origine, et pour justification, la poursuite de l'intérêt général, dont elle est garante et qui doit à ce titre primer sur les intérêts individuels. À l'inverse, l'Union européenne a pour objectif la réalisation d'un marché unique assurant prospérité et développement économique des États membres. Dans cette perspective, les règles de concurrence font partie intégrante de l'intérêt général et doivent à ce titre recevoir la plus large application. En conséquence, l'État, à l'instar de ses établissements, doit être traité en opérateur économique¹¹⁵ comme les autres dès lors qu'il agit comme tel et sort de ses missions strictement régaliennes. La banalisation du régime applicable à l'opérateur public¹¹⁶ qui en résulte est observable tant au regard de l'application des règles économiques de fonctionnement du marché intérieur (**Section 1**) que de celle des règles sociales intervenant au soutien du marché intérieur (**Section 2**).

SECTION 1. LA BANALISATION DU RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AU SERVICE PUBLIC

38. Parce qu'elles constituent le ferment du marché intérieur, les règles de concurrence doivent trouver à s'appliquer dès que le commerce entre États-membres est susceptible d'être affecté¹¹⁷. Dans cette perspective, les Institutions européennes ont retenu une acception de la notion d'entreprise aussi large (§ 1) que celle du service public est circonscrite (§ 2). À cet égard, le statut juridique – public ou privé – accordé par le droit national à l'opérateur économique est indifférent, sauf lorsqu'il apparaît en lui-même incompatible avec la réalisation du marché intérieur. C'est le cas de l'établissement public industriel et commercial (EPIC), dont le particularisme est régulièrement remis en cause par les Institutions

¹¹⁵ Nous assimilons les notions d'entreprise et d'opérateur économique. Il ne sera donc pas traité, dans le champ de notre étude, de la distinction, par ailleurs controversée, devant être faite entre l'entreprise au sens du droit de la concurrence et l'opérateur économique au sens du droit de la commande publique. (Sur cette controverse, voir S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 5^{ème} éd., pp. 327-328).

¹¹⁶ L'opérateur public s'entend de la « *structure bénéficiant d'une autonomie, ayant une activité économique et soumise à l'influence prépondérante d'une personne publique* » (S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 5^{ème} éd., p. 321).

¹¹⁷ Ces règles sont principalement énoncées aux articles 101 à 109 du TFUE.

européennes (§ 3). Plus encore, si l'État actionnaire est toléré, les traités ne préjugent pas du régime de la propriété dans les États membres, son comportement à l'égard de l'entreprise doit être celui d'un « investisseur privé en économie de marché », excluant toute considération qui serait liée à des intérêts publics plus généraux (§ 4).

§ 1. L'appréciation extensive de la notion d'entreprise

39. Une définition fondée sur la nature économique de l'activité poursuivie. Dans le silence des Traités, la Cour de justice a développé une approche fonctionnelle et utilitariste de l'entreprise, laquelle s'entend de « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité [c'est-à-dire publique ou associative] et de son mode de financement¹¹⁸ [c'est-à-dire par des subventions ou des impôts, qu'ils soient directs ou indirects] ».

Ce n'est pas le critère organique de l'entité qui détermine la nature de l'activité mais au contraire la nature – économique ou non – de l'activité que poursuit l'entité qui permet de qualifier cette dernière et décide de l'application éventuelle du droit de la concurrence. Le statut juridique de droit public de l'opérateur est donc indifférent, tout comme l'absence de personnalité juridique indépendante de l'organe intégré dans l'administration d'État n'exclut pas la qualification d'entreprise¹¹⁹. Lorsque la personne publique poursuit à la fois des activités économiques et des activités relevant de prérogatives de puissance publique, la Cour de justice se livre à une appréciation de chaque activité en cause, seules les secondes échappant au droit de la concurrence¹²⁰.

On le devine, la distinction opérée en droit interne entre, d'une part, les services publics industriels et commerciaux – relevant de la gestion privée – et, d'autre part, les services publics administratifs – relevant de la gestion publique – est inopérante. En effet, la Cour de justice retient une conception particulièrement restreinte des activités qui, parce qu'elles se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique, échappent à la qualification d'activité économique. À titre d'exemple, si les missions de police¹²¹ et de contrôle de la

¹¹⁸ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. I-1979, point 21 ; CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637, point 17 ; CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, aff. C-244/94, Rec. I-4013, point 14.

¹¹⁹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ République italienne*, aff. 118-85, Rec. I-02599, points 10-12.

¹²⁰ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. C-118/85, Rec. I-02599, point 7.

¹²¹ CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroport de Paris c/ Commission*, C-82/01, Rec. I-9297, point 76.

sécurité aérienne¹²² relèvent des activités de puissance publique, à l'inverse, la construction d'une nouvelle piste¹²³ et la gestion d'infrastructures aéroportuaires¹²⁴ constituent des activités économiques soumises aux règles de concurrence.

40. Une définition de l'activité économique fondée sur l'existence d'un marché. L'activité économique a été définie par la Cour de justice comme « toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné »¹²⁵. Cette qualification implique la réunion de deux conditions cumulatives : l'existence d'un marché concurrentiel d'une part et, d'autre part, une intervention de l'opérateur au sein de celui-ci en qualité d'offreur de biens ou de services¹²⁶.

Cette première condition, tenant à l'existence d'un « marché concurrentiel », offre aux États membres une relative marge d'appréciation dans la poursuite d'activités qu'ils estiment relever de l'intérêt général et devoir ainsi soustraire aux lois du marché. Certes, appliqué littéralement, ce critère aurait pu permettre d'inclure toute activité dans le champ d'application du droit de la concurrence, dès lors que – presque – toutes les activités sont susceptibles d'être exercées par des opérateurs privés. Dans l'affaire *FENIN contre Commission*, l'Avocat général exposait ainsi que rien ne s'oppose en théorie à ce que la défense d'un État soit sous-traitée à des personnes privées¹²⁷. C'est selon lui pour éviter toute appréciation abstraite de cette condition que la Cour de justice a intégré l'idée de « participation à un marché ». Dès lors, ce n'est pas le fait qu'une activité puisse théoriquement être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais c'est le fait que l'activité en cause soit exercée dans des conditions de marché qui détermine son caractère économique. En substance, ces conditions sont caractérisées par un comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité, peu important que les dispositions légales en vigueur fassent obstacle à l'émergence d'une concurrence réelle sur ce

¹²² CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. I-43, point 30.

¹²³ CJUE, 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c/ Commission européenne*, aff. C-288/11 P, point 43.

¹²⁴ CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroport de Paris c/ Commission*, précité, point 78.

¹²⁵ CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. C-180 à 184/98, Rec. I-6451, point 75 ; CJCE, 18 juin 1998, *Commission/Italie*, aff. C-35/96, Rec. I-3851, point 36 ; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. C-118/85, Rec. I-02599, point 7.

¹²⁶ Ce qui exclut les seules opérations d'achat, indifféremment de l'usage auquel le bien est destiné (CJCE, 11 juil. 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c/ Commission*, aff. C-205/03, Rec. I-6295, point 26).

¹²⁷ Concl. POIARÈS MADURO, sous CJCE 11 juillet 2006, *FENIN c/ Commission*, précitée, Rec. I-6301, point 12.

marché¹²⁸. On observera toutefois que la position des Institutions européennes est loin d'être claire. Ainsi, la Commission considère au contraire que « *la décision d'une autorité de ne pas permettre à des tiers de fournir un service donné (par exemple, parce qu'elle souhaite le fournir elle-même) ne signifie pas qu'aucune activité économique n'est exercée. En dépit d'une telle fermeture du marché, il est possible de conclure à l'existence d'une activité économique lorsque d'autres opérateurs sont désireux et capables de fournir le service en question sur le marché concerné.* »¹²⁹

41. Dès lors, l'État est en principe libre de soustraire du marché certaines activités – et donc de soustraire des opérateurs de l'emprise du droit de la concurrence – mais il ne peut le faire qu'à condition de mettre *effectivement* en œuvre le principe de solidarité et d'organiser des politiques de redistribution¹³⁰. Aussi, pour déterminer si l'activité doit être soumise au droit de la concurrence, la Cour de justice s'attache à vérifier que l'État, dans le but d'instaurer une politique de redistribution et en la confiant exclusivement à des entités étatiques qui seraient uniquement guidées par des considérations de solidarité, aurait entendu l'exclure de toutes considérations de marché. C'est la raison pour laquelle les régimes nationaux de sécurité sociale échappent aux règles de concurrence¹³¹, alors que les fonds sectoriels de pension et les régimes d'assurance vieillesse complémentaire y sont soumis dès lors qu'ils reposent sur un principe de capitalisation. Dans cette hypothèse, ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni l'absence de but lucratif, ni les exigences de solidarité ne sont alors de nature à priver l'activité de son caractère économique¹³².

42. La soumission des entreprises publiques aux règles de concurrence. Parce qu'elle ne peut exister sans une stricte égalité entre les opérateurs intervenant sur un même marché, la logique concurrentielle poursuivie par les Institutions européennes entraîne un alignement du régime juridique des entreprises publiques sur celui des entreprises privées.

¹²⁸ Concl. POIARÈS MADURO, *Rec.* I- 6301, point 13.

¹²⁹ Communication de la Commission du 11 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2016/C 262/01), spéc. p. 4 ; Communication de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général [C(2011) 9404 final]spéc. p. 5.

¹³⁰ POIARÈS MADURO, *Rec.* I-6307, point 27.

¹³¹ CJCE, 7 février 1993, *Poucet et autres*, aff. C-159/91, *Rec.* I-637 points 17-19.

¹³² CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, aff. C-244/94, *Rec.* I-4013, point 17 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, *Rec.* I-5751, point 84.

Les articles 101 et 102 du TFUE prohibant respectivement les ententes incompatibles avec le marché intérieur¹³³ et les abus de position dominante¹³⁴, s'appliquent ainsi à toute entreprise, quelle que soit sa nature juridique. Mais s'agissant des entreprises publiques, ces règles doivent être lues à la lumière de l'article 106, § 1 du TFUE selon lequel les « États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités ». Il s'agit là d'éviter que les États-membres ne profitent de leurs rapports privilégiés avec les entreprises publiques pour contourner les interdictions d'autres règles du Traité qui s'adressent directement à eux et amener ces entreprises, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter leur position dominante de façon abusive.

43. Il est donc interdit à l'entreprise publique, en position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'utiliser les ressources que lui procure son activité monopolistique pour subventionner une offre proposée sur un marché concurrentiel à un prix prédateur, ou abusivement bas. La Commission avait ainsi relevé une infraction à l'encontre de la société Deutsche Post AG, qui proposait d'assurer le transport de colis pour le secteur de la vente par correspondance à des prix inférieurs aux coûts de réalisation, grâce aux bénéfices réalisés dans le secteur monopolistique de l'envoi de courrier¹³⁵. Dans le même sens, le Conseil de la concurrence a condamné La Poste pour avoir accordé à ses clients « grands comptes » du secteur de la vente par correspondance des remises de couplage et des remises de fidélité. En l'espèce, le Conseil a considéré que ces remises, en ce qu'elles ne reflétaient pas de gains d'efficacité et d'économies d'échelles, avaient pour effet de freiner le libre jeu de la concurrence¹³⁶.

44. En outre, les entreprises en situation de monopole doivent donner accès aux activités auxiliaires ou complémentaires dans des conditions équitables et non discriminatoires à tous

¹³³ L'article 101 du Traité définit ces ententes comme « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ».

¹³⁴ Est « incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

¹³⁵ Décision du 20 mars 2001, n° 2001/354/CE, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (affaire COMP/35.141 – Deutsche Post AG), JOCE, n° L 125, 5 mai 2001.

¹³⁶ Conseil de la concurrence, 30 novembre 2004, décision n°04-D-65 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial.

leurs concurrents. Pour la Cour de justice, constitue un abus « *le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise* ». ¹³⁷ C'est sur ce fondement que la Commission a sanctionné l'entreprise ferroviaire nationale italienne. Alors qu'elle disposait d'un monopole légal sur l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire italienne et d'un monopole de fait sur la fourniture de la traction pour le transport de voyageurs, celle-ci avait refusé de traiter effectivement les demandes de sillons adressées par une entreprise allemande et de lui fournir la traction indispensable à l'exploitation du service de transport international de voyageurs envisagé ¹³⁸. Sont également qualifiées d'abusives les pratiques consistant à « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* » ¹³⁹. Sur ce fondement, le Conseil de la concurrence a notamment sanctionné La Poste pour avoir violé le principe de non-discrimination dans l'application de ses tarifs, et favorisé ses propres filiales, au détriment des entreprises concurrentes ¹⁴⁰.

45. Mais les Institutions européennes accordent également une attention particulière aux rapports entretenues par les entreprises publiques et leurs filiales. La Commission européenne a ainsi sanctionné les entreprises nationales ferroviaires allemande, belge et néerlandaise ainsi que certaines de leurs filiales pour avoir conclu un accord prévoyant la commercialisation de tous les transporteurs ferroviaires de conteneurs maritimes en provenance ou à destination de l'Allemagne et transitant par un port allemand, belge ou néerlandais, par un organe commun sur la base de tarifs convenus entre elles. Dans cette affaire, la Commission avait également sanctionné l'entreprise allemande pour avoir utilisé sa position dominante sur le marché des transports ferroviaires en Allemagne aux fins d'imposer des tarifs de transports ferroviaires discriminatoires sur le marché des transports terrestres de conteneurs maritimes en provenance ou à destination d'Allemagne et transitant par un port allemand, belge ou

¹³⁷ CJCE, 3 octobre 1985, *Telemarketing*, aff. 311/84, Rec. I-03261, cons. 27.

¹³⁸ Décision n°2004/33 de la Commission, 27 août 2003, *GVG/FS, JOUE*, n° IL 11, 16 janvier 2004.

¹³⁹ Article 102 alinéa 2 point c du TFUE.

¹⁴⁰ Conseil de la concurrence, déc. n° 05- D-63 du 17 nov 2005 relative d'une part à des pratiques mises en œuvre par La Poste et certaines de ses filiales dans le secteur du traitement du courrier et d'autre part à des pratiques reprochées à La Poste et certains syndicats de routeurs dans le secteur de la préparation des objets postaux.

néerlandais¹⁴¹. En droit interne, le Conseil de la concurrence a qualifié d'entente anticoncurrentielle et d'abus de position dominante l'accord de coopération conclu entre le groupe SNCF et la société Expedia, en vue de la création d'une filiale commune ayant pour objet de fournir sur le site voyages-sncf.com des services d'agence de voyage autres que la distribution de billets de train. En l'espèce, le Conseil a notamment retenu que la filiale commune bénéficiait d'un avantage considérable en prenant appui sur le monopole légal détenu par la SNCF¹⁴².

§ 2. La conception restreinte des services d'intérêt général

46. *Le service public à la française, objet d'incertitudes terminologiques et conceptuelles.*

Au sens strict, le service public s'entend de la mission d'intérêt général prise en charge directement ou indirectement par une personne publique, selon un régime exorbitant du droit commun. Mais il faut bien admettre qu'au sens plus courant, le vocable « service public » emporte souvent des confusions sous forme de métonymie¹⁴³, lesquelles ont grandement contribué à sa mystification¹⁴⁴. Aussi peut-on user indifféremment de la notion de service public pour désigner à la fois l'activité (ex : le service public de l'énergie, des postes, du rail), les missions substantielles du service (ex : des impératifs sociaux ou d'aménagement du territoire), le mode de propriété ou de gestion du service (le secteur public, le monopole public, l'entreprise publique, l'établissement public industriel et commercial), le statut du personnel qui y est attaché (le statut réglementaire, le statut de la fonction publique) ou encore plus largement les valeurs idéologiques qui y sont attachées¹⁴⁵. C'est cette confusion qui a donné son ampleur au « mythe » du service public. Le rapport dit DENOIX DE SAINT

¹⁴¹ Décision du 29 mars 1994 de la Commission, n° 94/10, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE, *JOCE*, n° L 104, 23 avril ; CJCE, Ord. 27 avril 1999, *Deutsche Bahn/Commission*, C-436/97 P, *Rec.* I-2387.

¹⁴² Conseil de la concurrence, 5 février 2009, décision n° 09-D-06 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne.

¹⁴³ M. LOMBARD, « L'impact du droit communautaire sur le service public », in *Droit administratif européen* (dir. J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE), Bruylant, 2007, pp. 969-982.

¹⁴⁴ Le professeur CHEVALLIER identifie quant à lui trois types de signification du vocable « service public » simultanément à l'œuvre, « *institutionnelle, juridique, idéologique, qui interfèrent sans cesse et s'alimentent réciproquement : de même que la réalité du fonctionnement concret des services publics tend à être occultée par l'écran du mythe, la force agissante de celui-ci produit une série d'effets sociaux tangibles ; quant au régime juridique, il contribue à consolider le mythe et à cristalliser la réalité. Le service public est donc une notion complexe, dans laquelle se mélangent de manière indiscernable, indissociable et indissoluble le réel et le mythe, soudés par le ciment du droit.* » (*Le service public*, PUF, coll. Que sais-je, 10^{ème} éd., p. 4).

¹⁴⁵ En ce sens, voir not. E. COHEN et C. HENRY, « Sur les bases et l'évolution récente des services publics industriels et commerciaux en France et dans l'Union européenne », in *Service public Secteur public*, Rapport Conseil d'analyse économique (E. COHEN, C. HENRY), *La doc. fr.*, 1997, spéc. p. 15.

MARC (1996) relevait ainsi que « *ce que l'on appelle aujourd'hui service public à la française n'est ni une doctrine, ni un modèle d'organisation entièrement français. Dans son usage actuel, l'expression désigne des modalités d'organisation : celles qui consistent à confier l'exécution des services publics en réseaux à des monopoles publics, le plus souvent nationaux, dont les salariés bénéficient d'un statut particulier. Cet usage est doublement impropre.* »¹⁴⁶ Aussi le rapport préconisait-il une stricte distinction entre les missions de service public et ses modalités d'organisation.

Parallèlement, la définition juridique du service public a perdu de son intelligibilité dès lors que les autorités publiques ont largement recours aux règles de gestion issues du droit privé ou aux personnes privées pour mener à bien leurs missions¹⁴⁷ et que celles-ci peuvent être exécutées indifféremment par des travailleurs soumis à statut de droit public ou de droit privé¹⁴⁸.

En définitive, dans l'imaginaire collectif, les notions de service public, de secteur public et de statut public se superposent. Un lien plus ou moins fort s'établit donc entre la mission, l'organe, la gestion et le statut qui y sont attachés.

47. Une confrontation inévitable. Ce sont précisément ces confusions que le droit de l'Union européenne met en exergue¹⁴⁹ du fait qu'il procède d'une logique radicalement différente¹⁵⁰. En effet, dans la mesure où la prospérité et la satisfaction des consommateurs doit découler de l'intégration économique et de la réalisation du marché intérieur, l'impératif de concurrence relève en lui-même de l'intérêt général.

¹⁴⁶ R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le service public*, Rapport au Premier ministre, *La doc. fr.*, 1996, p. 19.

¹⁴⁷ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁴⁸ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

¹⁴⁹ La Commission relève ainsi : « *Il convient de souligner que les termes "service d'intérêt général" et "service d'intérêt économique général" ne doivent pas être confondus avec l'expression "service public", qui est moins précise. Celle-ci peut avoir différentes significations et être ainsi source de confusion. Elle peut se rapporter au fait qu'un service est offert au grand public ou qu'un rôle particulier lui a été attribué dans l'intérêt public, ou encore se référer au régime de propriété ou au statut de l'organisme qui fournit le service en question.* » Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004 [COM(2004) 374 final], Annexe 1, p. 23.

¹⁵⁰ À cet égard, le Professeur BERROD entame son étude par le constat suivant : « *Le service public est [...] par essence, un impensé du droit de l'Union. Les États conçoivent et développent le service public si bon leur semble. L'Union européenne est, par définition, préoccupée par l'application des règles de concurrence et de libre circulation, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.* » (« Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in *Le service public*, Dalloz, 2014, coll. Thème et commentaires de l'AFDA, pp. 108-122, spéc. p. 109). Voir égal. sur le rôle de « catalyseur » du droit de l'Union sur la déconstruction de la notion interne de service public, Ch.-A. GARBAR, « Service public de crise, service public en crise ? Quelques réflexions sur la déconstruction du "service public à la française" », in *Union européenne, Crises et perspectives*, (dir.), A. BERRAMDANE, W. CREMER, A. PUTTLER, J. ROSSETTO, Mare & martin, coll. droit public, 2014, p. 185.

Toutefois, si les Institutions européennes ont d'abord focalisé leur action sur l'élimination de toute entrave aux échanges entre les États membres, elles ont été amenées, devant les réticences et appréhensions suscitées par cette approche, à tenir compte de l'existence et du particularisme de services publics nationaux. Le 21 mai 2003, la Commission a publié un *Livre vert sur les services d'intérêt général*¹⁵¹ puis un *Livre blanc sur les services d'intérêt général*¹⁵² le 12 mai 2004, aux termes desquels elle a toutefois pris soin de réaffirmer l'importance du marché intérieur et des règles de concurrence quant à la modernisation et à l'amélioration de la qualité et de l'efficacité des services publics nationaux.

Il a néanmoins fallu attendre le Traité de Lisbonne pour que soit officialisée la notion de services d'intérêt général (SIG)¹⁵³, sorte d'avatar « laïcisé » du concept de service public¹⁵⁴. Celle-ci recouvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme relevant de l'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public¹⁵⁵. Le droit de l'Union opère ainsi une distinction entre, d'une part, les services d'intérêt économique général (SIEG) soumis dans des proportions variables aux règles de concurrence et, d'autre part, les services d'intérêt non économique (SIGNE). On le devine donc dès à présent, la distinction qui prévaut en droit interne entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs¹⁵⁶ est inopérante.

48. La définition des services d'intérêt économique général (ci-après SIEG). L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». L'article 14 du TFUE insiste quant à lui sur « la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union [ainsi que sur le] rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union », en conséquence de quoi il appartient à l'Union et

¹⁵¹ *Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général* du 21 mai 2003 [COM(2003) 270 final] point 4.

¹⁵² *Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général* du 12 mai 2004 [COM(2004) 374 final].

¹⁵³ Protocole n° 26 du TFUE portant sur les services d'intérêt général, introduit par le Traité de Lisbonne. La notion de services d'intérêt économique général était quant à elle présente dès le Traité de Rome.

¹⁵⁴ Expression empruntée à R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, 1996, p. 215. L'auteur relève que le concept de service public est systématiquement traduit au niveau européen par des expressions d'apparence plus neutre.

¹⁵⁵ *Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général* du 12 mai 2004 [COM(2004) 374 final], Annexe 1, p. 23.

¹⁵⁶ Sur les critères de définition et de distinction entre service public industriel et commercial et service public administratif, voir P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat, 11^{ème} éd., pp. 276-286.

aux États membres « *chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités* », de veiller « *à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ».

À défaut de précision des Traités, la Commission et la Cour de justice se sont employées à dégager une définition des SIEG communes aux États membres, dont la qualification dépend de la réunion de trois conditions cumulatives. L'activité doit tout d'abord présenter un caractère économique – à défaut de quoi elle échappe au droit de la concurrence et par conséquent aux dérogations aménagées par lui. Elle doit ensuite être mise à la charge de l'opérateur « *par un acte de la puissance publique* »¹⁵⁷, qu'il prenne la forme d'un acte unilatéral (loi ou règlement) ou d'un contrat¹⁵⁸. Contrairement à la position adoptée par le juge interne pour identifier un service public géré par une personne privée¹⁵⁹, le seul contrôle de l'activité par une autorité publique ne suffit pas à satisfaire cette condition. Enfin, l'activité doit être poursuivie en raison d'un intérêt général. Du fait du caractère éminemment idéologique de cette condition, la Cour de justice a fondé son approche non sur l'activité en cause mais sur ses conditions d'exécution. Autrement dit, elle vérifie au cas par cas l'existence d'obligations de service public mises à la charge de l'entreprise par l'autorité publique, telles qu'une obligation de livrer sur tout le territoire ou de respecter l'égalité de traitement entre les clients¹⁶⁰. Dans l'arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, la CJCE a ainsi jugé qu'« *il ne saurait être contesté que la Régie des Postes (belge) est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* »¹⁶¹.

¹⁵⁷ CJCE, 21 mars 1974, *BRT*, aff. 127/73, Rec. p. 313, point 20 ; CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, aff. 66/86, Rec. p. 803, point 55.

¹⁵⁸ CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. I-1477, point 47 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. 159/94, Rec. I-5819, point 66.

¹⁵⁹ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁰ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. 159/94, Rec. I-5819, point 72 ; CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. I-1477, point 48.

¹⁶¹ CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I-2533, point 15.

49. En définitive, le SIEG se définit comme un service de nature économique que les États membres ou l'Union européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général¹⁶². La notion se rapproche en cela du service public industriel et commercial (SPIC) tel qu'il est défini en droit interne. En effet, celui-ci poursuit des activités économiques, de production et d'échange, exercées dans un contexte de concurrence et selon des procédés de gestion largement privée. Mais il s'agit par-là de garantir, dans un secteur commercial, l'existence d'obligations de service public pour ne pas laisser les prestations dépendre du seul jeu du marché. C'est donc dans le régime juridique auquel SIEG et SPIC sont soumis que les divergences apparaissent.

50. *Un régime dérogatoire strictement encadré.* Les services d'intérêt économique général sont en principe soumis aux règles de concurrence. Les Traités prévoient une dérogation dans le seul cas où l'application de ces règles ferait échec « *à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* » – sous la réserve que le développement des échanges ne soit pas « *affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* »¹⁶³.

La Cour de justice admet ainsi les restrictions de concurrence « *dans la mesure où [elles] sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises* »¹⁶⁴, sans qu'il soit nécessaire pour cela que la viabilité économique de l'entreprise en charge du SIEG soit menacée¹⁶⁵.

Le raisonnement de la Cour de justice part de la prémisse selon laquelle l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre des secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence au niveau des secteurs économiquement rentables. La Cour de justice admet en effet qu'autoriser des entrepreneurs particuliers à exercer leur concurrence dans les secteurs de leur choix les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par l'opérateur chargé des missions de service public puisqu'ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les

¹⁶² Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004 [COM(2004) 374 final], Annexe 1, p. 23.

¹⁶³ Article 106 du TFUE.

¹⁶⁴ CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec. I-2533*, point 13.

¹⁶⁵ CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ France*, aff. 159/94, *Rec. I-5819*, point 95.

pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables¹⁶⁶.

En cela, l'appréciation de la Cour de justice n'est pas fondamentalement éloignée de la conception française du service public. Toutefois, les restrictions concurrentielles – qu'elles prennent la forme de droits exclusifs, de subventions ou de compensations – doivent être strictement proportionnées à ce qu'impose la satisfaction de l'intérêt général.

51. Les restrictions concurrentielles découlant de l'attribution de droits exclusifs. Dans l'affaire *Corbeau*, la Cour de justice a admis que l'État belge puisse accorder des droits exclusifs à la Régie des postes s'agissant du service postal traditionnel mais non s'agissant des « *services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas* », sauf à ce que ces services remettent en cause l'équilibre économique du SIEG assumé par la Régie des postes¹⁶⁷. Cette exigence de proportionnalité oblige l'État membre à identifier précisément tant les missions de service public qu'il entend prendre en charge que le coût de celles-ci. À défaut, l'opérateur ne saurait bénéficier de cette dérogation et demeure soumis au droit commun de la concurrence.

52. Les restrictions concurrentielles découlant de l'attribution de compensations. L'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003¹⁶⁸ pose quatre conditions cumulatives aux termes desquelles les compensations publiques versées aux entreprises chargées de la gestion de SIEG échappent à la qualification d'aides d'État. Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Enfin, lorsque le choix de

¹⁶⁶ CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I-2533, points 17-18.

¹⁶⁷ CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. I-2533, points 21. Voir également s'agissant de l'exonération de TVA en raison de la poursuite du service universel postal, CJUE, 23 avril 2009, *TNT Post UK Ltd c/ The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, aff. C-357/07.

¹⁶⁸ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, Rec. I-7810.

l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations¹⁶⁹. Dès lors que ces quatre conditions sont réunies, la compensation publique représente en réalité la contrepartie des prestations effectuées par l'entreprise bénéficiaire pour exécuter les obligations de service public « *de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence* ». Pour les aides publiques versées en raison de mission de SIEG ne remplissant pas ces conditions, le « *paquet Alunmia* » entré en vigueur le 31 janvier 2012 a défini un cadre dérogatoire selon lequel ces aides, sous certaines conditions, peuvent être dispensées de notification auprès de la Commission ou être considérées comme des aides compatibles avec le marché intérieur¹⁷⁰.

53. Les services universels, sous-catégorie des SIEG. Dans le cadre de la libéralisation des services publics en réseaux, les Institutions européennes ont développé la notion de service universel, d'inspiration anglo-saxonne et qui implique le « *droit de chacun à avoir accès à certains services jugés essentiels et impose aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées, parmi lesquelles une couverture territoriale complète et un prix abordable* »¹⁷¹. Les contours de la notion de service universel ne coïncident toutefois pas avec ceux de la notion française de service public.

D'une part le service universel ne concerne pour l'heure que certains domaines, à savoir les télécommunications, les services postaux et la fourniture d'électricité. Aussi, les lois internes du 26 juillet 1996 et 31 décembre 2003 sur les télécommunications¹⁷², du 10 février 2000 sur

¹⁶⁹ CJCE, *Altmark*, précité, points 88-93.

¹⁷⁰ Voir s'agissant de l'ensemble des textes, le communiqué de presse de la Commission européenne du 20 décembre 2001.

¹⁷¹ *Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général* du 12 mai 2004 [COM(2004) 374 final], p. 8.

¹⁷² Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1996, et loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004.

l'électricité¹⁷³ et du 20 mai 2005 sur les activités postales¹⁷⁴ définissent les contours du service universel dans chacun de ces secteurs.

D'autre part, le service universel est bien plus restreint que le service public : il est exclusivement centré sur une « prestation » à destination des usagers¹⁷⁵, dont il résulte des obligations spécifiques pour l'opérateur qui en est en charge, tandis que la conception française du service public implique plus globalement la poursuite d'objectifs d'« intérêt général »¹⁷⁶. En imposant la notion de service universel, le droit de l'Union européenne a donc obligé les autorités nationales à « *prendre au sérieux* »¹⁷⁷ le service public qu'elles entendaient prendre à leur charge. Celles-ci doivent déterminer le contenu des obligations de service public, en maîtriser le coût par une méthode de calcul fiable et en préciser les modalités de financement. En matière de télécommunications, ce n'est d'ailleurs qu'après une condamnation de la France pour mauvaise transposition de la directive¹⁷⁸ que le décret du 17 novembre 2004¹⁷⁹ a fixé une méthode claire d'évaluation des coûts supportés par l'opérateur en charge du service universel – laquelle a d'ailleurs permis de constater que ces derniers avaient jusqu'alors été sensiblement surévalués¹⁸⁰. Ces règles, qui permettent *in fine* de mesurer l'efficacité des services, interdisent désormais toute vision « incantatoire »¹⁸¹ du service public.

¹⁷³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JORF* n° 35 du 11 février 2000.

¹⁷⁴ Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *JORF* n° 117 du 21 mai 2005.

¹⁷⁵ Sur la place de la « prestation » dans l'appréhension de la notion de service public par le droit européen, voir G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI « La notion de service public en droit européen », *AJDA*, 2009, p. 1783.

¹⁷⁶ Si la notion d'obligation de service public était toutefois furtivement apparue dans la jurisprudence du Conseil d'État dans les années 1940 sous l'angle du « service public virtuel », elle n'avait pas reçu de définition (voir S. ZIANI, *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, 2015).

¹⁷⁷ M. LOMBARD, « L'impact du droit communautaire sur le service public », in *Droit administratif européen*, (dir.) J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, pp. 969-981, spéc. p. 971.

¹⁷⁸ CJCE, 6 décembre 2001, *Commission c/ République française*, aff. C-146/00, Rec. I-9792.

¹⁷⁹ Décret n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques et modifiant le Code des postes et des communications électroniques, *JORF* n° 269 du 19 novembre 2004.

¹⁸⁰ Sur ce point, voir M. LOMBARD, « L'impact du droit communautaire sur le service public », in *Droit administratif européen*, (dir.) J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, pp. 969-981, spéc. p. 981.

¹⁸¹ L. RAPP « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 2004, p. 579.

54. Ce sont donc bien les contours matériels du service public qui sont redessinés. En matière de télécommunications, la directive du 7 mars 2002¹⁸² a défini un « *ensemble minimal de services déterminés, fournis à tous les utilisateurs à un prix abordable* ». Elle impose notamment aux États membres de veiller à ce que des services de communications électroniques d'une qualité spécifiée soient proposés à l'ensemble des utilisateurs de leur territoire à un prix abordable, quelle que soit leur situation géographique ; qu'une connexion au réseau public de télécommunications (à savoir les services de communications électroniques mis à la disposition du public tels que le téléphone et l'internet) soit mise à la disposition des utilisateurs qui en font la demande dans un lieu donné (cet aspect est notamment important pour les consommateurs des zones rurales ou isolées) ou encore que les consommateurs à faibles revenus aient accès à des tarifs spéciaux ou bénéficient d'une assistance particulière. Pour cela, la directive autorise les États à introduire des mécanismes de compensation des coûts nets engagés par les fournisseurs de services qui proposent un service universel – lequel ne leur est pas toujours profitable.

55. En droit interne¹⁸³, cela s'est traduit par un changement terminologique loin d'être anodin¹⁸⁴. En substituant l'expression du « *service public des télécommunications* » par celle « *des obligations de service public* »¹⁸⁵, le législateur a restreint le champ d'application des missions de service public, lesquelles doivent désormais être clairement distinguées des services commerciaux.

56. Par ailleurs, l'idée souvent véhiculée selon laquelle les prestations relevant du service universel d'inspiration anglo-saxonne seraient « minimales » ou « assistancielles » en comparaison de celles relevant du service public à la française ne se vérifie pas toujours en pratique. En matière de télécoms, le service universel mis en place par la directive européenne de 2002 a mis fin aux pratiques nationales visant à débrancher les usagers impécunieux ayant accumulé un arriéré, lesquels se voyaient définitivement condamnés à l'isolement

¹⁸² Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), *JO* n° L 108 du 24/04/2002 pp. 0051-0077.

¹⁸³ Cette directive a été transposée dans l'ordre interne par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004.

¹⁸⁴ L. RAPP « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 2004, p. 579.

¹⁸⁵ Article 1^{er} de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004.

téléphonique¹⁸⁶. De même, s'agissant des services postaux, le service public français avait à l'origine un champ moins large que le service universel puisqu'il excluait le transport des colis¹⁸⁷.

57. Enfin, le service universel remet également en cause le critère organique du service public lorsque la mission d'intérêt général est confondue avec la personne qui la prend en charge. L'ouverture à la concurrence des services en réseaux implique d'attribuer la charge des services universels (et donc des compensations associées) à une entreprise après un appel d'offres. Le sort des services universels est donc séparé de celui de l'opérateur historique, même si dans les faits ce dernier peut rester en charge de l'essentiel des services universels. Ainsi, alors que la loi du 26 juillet 1996 avait maintenu au profit de France Télécom le monopole des missions de service public, rebaptisé « service universel »¹⁸⁸, la loi du 31 décembre 2003 a dégagé l'État de ses actions majoritaires au sein de France Télécom, lui a retiré sa qualité d'opérateur de service universel et a opté pour l'attribution de ces services à l'issue d'appels à candidatures¹⁸⁹.

58. Une liberté relative des États membres dans la définition et la gestion des SIEG. Certes, le principe de subsidiarité et les Traités mettent en avant le rôle central des États membres dans la détermination, la prise en charge et les conditions d'exercice des missions d'intérêt général¹⁹⁰ tandis que la jurisprudence de l'Union rappelle régulièrement que ces derniers « disposent d'une marge d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme

¹⁸⁶ L. RAPP « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 2004, p. 579.

¹⁸⁷ Le champ du service public postal a été élargi en conséquence par la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 (loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* n° 148 du 29 juin 1999), laquelle a assuré sur ce point la transposition de la directive n° 97-67 du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité du service, *JO* n° L 015 du 21/01/1998.

¹⁸⁸ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1996. L'article L. 35-2 du Code des postes et télécommunications issu de cette loi disposait ainsi que « peut être chargé de fournir le service universel tout opérateur en acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et capable de l'assurer » et désignait France Télécom comme « l'opérateur public chargé du service universel ».

¹⁸⁹ Article 1^{er} de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004. L'article 9 de la loi avait toutefois prévu un régime transitoire.

¹⁹⁰ Articles 14 du TFUE et 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

des services d'intérêt économique général » dont il résulte que cette définition ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste¹⁹¹.

59. Ces principes ne sauraient pour autant masquer un certain activisme des Institutions européennes en la matière¹⁹². En effet, celles-ci ne peuvent se désintéresser de la notion et laisser les États libres de déterminer ce que recouvre exactement le label « service public » lorsque ce dernier constitue le ferment de pratiques étatiques contraires aux principes fondateurs des Traités. À cet effet, on l'a vu, les Institutions européennes effectuent un strict contrôle des obligations et compensations de service public accordées aux entreprises et ayant pour effet de déjouer les règles de libre concurrence. Autrement dit, l'État ne peut plus faire librement primer la logique du service public sur celle de la concurrence et doit justifier que les conditions du SIEG sont remplies¹⁹³.

60. En outre, pour les Institutions européennes, la notion de SIEG doit être limitée aux défaillances du marché ou à la carence de l'initiative privée¹⁹⁴. La Commission définit ainsi l'obligation de service public comme « *la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considèrerait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions* »¹⁹⁵. Dès lors, la Commission juge inopportun d'assortir d'obligations de service public spécifiques une activité « *qui est déjà fournie ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des*

¹⁹¹ TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen SA c/ Commission*, T-17/02, Rec. II-02031, point 216 (conf. par CJCE, 4 octobre 2007, aff. 320/05 P, Rec. I-00131 ; TPICE, 12 février 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) c/ Commission*, T-289-03, Rec. II-95, points 167-169.

¹⁹² Plus largement, sur la répartition des compétences entre les Institutions européennes et les États membres en matière de SIG, voir not. M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, p. 58 et D. THIERRY, « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », in *Quel avenir pour l'intégration européenne ?* (dir.) J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE, W. CREMER et A. PUTTLER, Presses universitaires François-Rabelais, 2010, pp. 243-263.

¹⁹³ Plus largement, voir A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, LGDJ, 2010, pp. 411 et s.

¹⁹⁴ À titre d'exemple, s'agissant du transport maritime depuis et entre îles, la Cour de justice a jugé que « *l'application d'un régime d'autorisation administrative préalable comme moyen d'imposer des obligations de service public présuppose que les autorités nationales compétentes ont d'abord pu constater, pour des trajets bien déterminés, l'insuffisance des services réguliers de transport dans le cas où la prestation de ceux-ci serait laissée aux seules forces du marché. En d'autres termes, l'existence d'un besoin réel de service public doit pouvoir être démontrée.* » (CJUE, 20 février 2001, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) e.a.*, aff. C-205/99, Rec. I-1295, point 34).

¹⁹⁵ Communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de service d'intérêt économique général, [C (2011)9404 final], point 47.

entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales »¹⁹⁶. Autrement dit, les Institutions européennes défendent l'idée que le rôle de l'État est subsidiaire par rapport à celui du marché, mais qu'il est dans le même temps nécessaire pour assurer le fonctionnement effectif des SIEG¹⁹⁷. Une telle conception n'est toutefois pas si éloignée du droit interne. En effet, si le Conseil d'État admet que les personnes publiques prennent en charge une activité économique dès lors qu'elles justifient d'un intérêt public, lequel peut résulter « *notamment de la carence de l'initiative privée* », elles ne peuvent légalement le faire « *que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* ». En conséquence, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci¹⁹⁸.

Les restrictions imposées aux États membres par les Institutions européennes s'observent également en matière de services d'intérêt général non économique.

61. Les services d'intérêt général non économique (ci-après SIGNE). Si les Traités ne donnent aucune définition des SIGNE, celle-ci se dégage en creux de la définition d'entreprise : il s'agit d'une activité ne présentant pas un caractère économique, c'est-à-dire n'ayant pas pour objet d'offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁹⁹. Le SIGNE doit être considéré par l'État membre comme un service d'intérêt général, de ce fait assujetti à des obligations de service public délimitées. Toutefois, comme le relève la Commission, la distinction entre activités économiques et activités non-économiques est en évolution constante et un nombre de plus en plus important d'activités ont acquis une nature économique au cours des dernières décennies, de sorte que cette distinction est devenue floue

¹⁹⁶ Communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de service d'intérêt économique général, [C (2011)9404 final], point 48. Dans le même sens, Commission, Lignes directrices du 26 janvier 2013 pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit, [2013/C 25/01], points 19 à 25. C'est la raison pour laquelle la Commission considère que, du fait que le marché des communications électroniques a été entièrement libéralisé, une mission de SIEG destinée à déployer le haut débit ne saurait se fonder sur l'attribution d'un droit exclusif ou spécial au fournisseur du SIEG au sens de l'article 106, paragraphe 1, du TFUE.

¹⁹⁷ En ce sens, F. BERROD, « Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in *Le service public*, Dalloz, 2014, coll. Thème et commentaires de l'AFDA, pp. 108-122, spéc. p. 109.

¹⁹⁸ CE, ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, *Lebon* p. 272.

¹⁹⁹ Voir *supra*, n° 40.

pour un nombre croissant de services²⁰⁰. Pour cette raison, la Commission se garde bien d'en dresser une liste et renvoie aux éventuelles spécificités politiques et économiques de l'État considéré²⁰¹.

62. À ce jour, la position adoptée par les Institutions européennes permet d'intégrer deux types d'activités au sein des SIGNE. À moins que l'État membre concerné ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, sont tout d'abord visées les activités dites « essentielles » de l'État, c'est-à-dire qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et sont exercées par celui-ci. Il en va ainsi de l'armée, de la police²⁰², de la sécurité et du contrôle de la navigation aérienne²⁰³ ou du trafic maritime²⁰⁴, de la surveillance antipollution²⁰⁵ ou encore de l'organisation, au financement et à l'exécution des peines d'emprisonnement²⁰⁶. Sont ensuite visés les services sociaux d'intérêt général (SSIG²⁰⁷) exclusivement régis par un principe de solidarité. Il s'agit là principalement des organismes d'assurance maladie ou des régimes de retraite lorsqu'ils fonctionnent sur un système de répartition impliquant une redistribution des richesses²⁰⁸. L'existence d'un principe de solidarité peut être démontré par un faisceau d'indices, prenant en compte notamment l'absence de but lucratif, le caractère obligatoire du régime, la détermination par la loi des

²⁰⁰ *Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général* du 21 mai 2003 [COM(2003) 270 final – JO C 76 du 25.03.2004], spéc. p. 15.

²⁰¹ Voir not. Communication de la Commission du 11 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2016/C 262/01), spéc. p. 4 ; Communication de la Commission du 11 janvier 2012 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2012/C 8/02), spéc. p. 3 ; Communication de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, C(2011) 9404 final, spéc. p. 5.

²⁰² Commission, décision du 7 décembre 2011 concernant l'aide d'État SA.32820 (2011/NN) – Royaume-Uni – Aid to Forensic Science Services (JO C 29 du 2.2.2012, p. 4), cons. 8, citée par Communication de la Commission du 11 juillet 2016 relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, (2016/C 262/01), spéc. p. 5.

²⁰³ CJUE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, Rec. I-2207, point 71 ; CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft GmbH c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. I-43, point 27.

²⁰⁴ Commission, décision du 16 octobre 2002, aff. N 438/02 – Belgique – Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique (JO C 284 du 21.11.2002), citée par la Commission, communication du 11 janvier 2016, précitée.

²⁰⁵ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, aff. C-343/95, Rec. I-1547, point 22.

²⁰⁶ Commission, décision du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État N 140/06 – Lituanie – Subventions aux entreprises publiques opérant dans les établissements pénitentiaires (JO C 244 du 11.10.2006), citée par la Commission, communication du 11 janvier 2016, précitée.

²⁰⁷ Sur cette catégorie, voir not. Communication de la Commission du 26 avril 2006, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*, [COM/2006/0177 final] et L. DRIGUEZ et S. RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA*, 2008, p. 191.

²⁰⁸ CJCE, 7 février 1993, *Poucet et autres*, aff. C-159/91, Rec. I-637 points 17-19.

prestations à assurer sans que l'organisme ne puisse influencer sur le montant des cotisations à verser, ou encore le caractère indépendant des cotisations versées au regard des prestations reçues²⁰⁹. Ce faisant, la notion de SIGNE exclut tout régime de protection facultatif. Un régime vieillesse complémentaire, même lorsqu'il présente une finalité sociale dépourvue de but lucratif, ne peut ainsi être qualifié de SIGNE s'il repose, même partiellement, sur un principe de capitalisation²¹⁰.

63. En définitive, le service d'intérêt général non économique est loin d'épouser les contours du service public administratif au sens du droit interne. En effet, ce dernier, qui comprend des activités traditionnellement imparties aux autorités administratives ou des activités purement désintéressées, n'échappe pas nécessairement à l'emprise de l'activité économique telle qu'elle a été définie par la Cour de justice.

64. *L'enjeu de la qualification de services d'intérêt général non économique.* Ces services échappent par définition aux règles de concurrence et du marché intérieur²¹¹. Mais ils devraient toutefois rester soumis à certains aspects du droit économique de l'Union, tels que le principe de non-discrimination et les règles relatives aux marchés publics²¹². Plus précisément s'agissant des pratiques commerciales déloyales, il résulte d'un arrêt rendu le 13 octobre 2013 par la Cour de justice que si l'organisme de sécurité sociale mène à titre subsidiaire des activités commerciales, il relève pour cette part de la qualification de professionnel au sens de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales. Que la caisse d'assurance maladie relève du régime légal institué par l'État membre, qu'elle poursuive une mission d'intérêt général et qu'elle soit dotée d'un statut de droit public sont indifférents, ladite directive visant à « *assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs en procédant à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale des professionnels à l'égard des consommateurs* »²¹³.

²⁰⁹ CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.* I-2524, points 46-56 ; CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal*, aff. C-218/00, *Rec.* I-717, points 39-42.

²¹⁰ CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, aff. C-244/94, *Rec.* I-4013, point 17 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.* I-5751, point 84.

²¹¹ Par exemple, l'article 2.2. a) de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur exclut du champ d'application de celle-ci « *les services d'intérêt général non économiques* ».

²¹² En ce sens, G. ECKERT, *Droit public des affaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, p. 179.

²¹³ CJUE, 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, aff. C-59/12.

65. Une liberté relative des États membres dans la définition et la gestion des SIGNE. Aux termes des Traités, les États membres conservent en principe une compétence exclusive pour « *fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général* »²¹⁴. Pour autant, les Institutions européennes ne leur laissent pas pleine liberté dans la détermination des SIGNE qu'ils entendent développer. Aussi, dans l'affaire *Höfner et Elser*, la Cour de justice a qualifié *in abstracto* l'activité de placement des demandeurs d'emploi d'activité économique au sens des règles de concurrence²¹⁵. Dans ces conditions, le juge a appliqué les règles prévalant en matière de SIEG et a condamné le monopole dont bénéficiait l'office public de l'emploi allemand au motif, notamment, que ce dernier n'était « *manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités* ». Autrement dit, si l'État assume mal la mission qu'il s'est lui-même impartie et que des entreprises sont à même d'assurer ces prestations, alors il convient d'appliquer les règles de concurrence. Sont ainsi condamnés les monopoles publics qui se révèlent inefficaces à satisfaire des besoins de la population. Cette décision a eu une influence non négligeable sur la libéralisation du service public de l'emploi français puisque la loi du 18 janvier 2005²¹⁶ a mis fin au monopole public en matière de fournitures de services relatifs au placement, à l'insertion, à la formation et à l'accompagnement des demandeurs d'emploi. Cette libéralisation a été parachevée par la loi du 23 juillet 2010²¹⁷ ayant autorisé la fourniture de services de placement par des acteurs privés à titre lucratif.

§ 3. La confrontation du statut d'établissement public industriel et commercial avec l'interdiction des aides publiques incompatibles avec le marché

66. L'encadrement strict des aides d'État. Si le TFUE ne pose aucune interdiction de principe des aides publiques aux entreprises, il prévoit une large incompatibilité assortie de dérogations strictement circonscrites, qui ont pour objet comme pour effet de remettre en cause l'interventionnisme étatique en matière économique.

²¹⁴ Article 2 du Protocole n° 26 du TFUE portant sur les services d'intérêt général.

²¹⁵ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec. I-01979*, point 21. Certes, il ressortait de l'arrêt que les autorités publiques avaient toléré la poursuite par des personnes privées de certaines activités de placement à destination des cadres et des dirigeants, ce dont il résultait l'existence d'un marché. Mais la Cour de justice ne semble pas s'être fondée sur cet élément pour qualifier l'activité de placement d'activité économique en elle-même.

²¹⁶ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 15 du 19 janvier 2005. Voir également l'article L. 5311-4 du Code du travail.

²¹⁷ Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, *JORF* n° 0169 du 24 juillet 2010.

L'article 107 § 1 du TFUE stipule ainsi que « *sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». L'article 107 liste ensuite, en ses paragraphes 2 et 3, un certain nombre d'aides publiques qui, par dérogation, sont ou peuvent être compatibles avec le marché intérieur²¹⁸. Selon une jurisprudence constante, la qualification d'aide d'État requiert que toutes les conditions posées par l'article 107 § 1 soient cumulativement remplies : la mesure doit procéder d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ; la mesure doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; la mesure doit procurer un avantage à son bénéficiaire ; elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence²¹⁹.

La notion d'aide publique s'entend largement de l'ensemble des interventions publiques sans qu'il n'y ait lieu de distinguer entre les cas où l'aide est accordée directement ou indirectement par l'État, dès lors qu'elle lui est imputable²²⁰. La notion recouvre ainsi non seulement des prestations positives telles que des subventions, des prêts ou des prises de participation au capital d'entreprises, mais également des interventions qui, sous des formes

²¹⁸ « 2. *Sont compatibles avec le marché intérieur : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits, b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires, c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.*

3. *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur : a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale, b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun, d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun, e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission.* »

²¹⁹ CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, C-142/87, Rec. I-959, point 25 ; CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission*, C-278/92 à C-280/92, Rec. I-4103, point 20 ; CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, C-482/99, Rec. I-4397, point 68.

²²⁰ La notion d'État doit être entendue au sens large, en ce qu'elle englobe les aides accordées par les collectivités décentralisées (CJCE, 14 octobre 1987, *RFA c/ Commission*, aff. C-248/84, points 17-18) ou par l'intermédiaire d'organismes publics ou privés dès lors qu'elles sont imputables à l'État (CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, aff. 126/01, Rec. I-13806, point 23 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce c/ Commission*, 57/86, Rec. I-2855, point 12).

diverses, allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques²²¹.

Cette qualification présente un enjeu financier considérable puisqu'elle entraîne une obligation de notification à la Commission, à défaut de quoi elle devient illégale et doit être remboursée par les bénéficiaires. Mais dans l'hypothèse où l'aide publique aurait existé avant l'entrée en vigueur du Traité CE, soit le 1^{er} janvier 1958, elle doit seulement être supprimée pour l'avenir²²². Cette hypothèse concerne nombre d'EPIC nationaux, dont la question du statut reste en suspens.

67. La garantie implicite et illimitée de l'État inhérente au statut juridique de l'établissement public industriel et commercial. La Commission européenne s'est intéressée, au début des années 2000, à la situation particulière des établissements publics industriels et commerciaux français. Elle a assimilé aux aides sous forme de garantie « *les conditions de crédit plus favorables obtenues* » par les EPIC dont le statut légal « *exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité* »²²³ ou « *prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État* » ou encore lorsque l'acquisition par l'État d'une participation dans une entreprise « *s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale* »²²⁴.

En conséquence, la Commission a estimé que le statut d'EPIC confère à l'entité le bénéfice d'une garantie illimitée de l'État français, constitutive d'un avantage sélectif au sens de l'article 107 § 1 du TFUE. Cette garantie découle, d'une part, de l'insaisissabilité de ses biens et, d'autre part, de l'inapplicabilité des procédures collectives à son endroit, le tout influençant de manière positive sa notation financière et lui garantissant de ce fait des conditions d'accès au crédit plus aisées. C'est sur la base de ces considérations, lesquelles ont ultérieurement été validées par la Cour de justice, que la Commission a lancé une série de procédures de contrôle qui ont abouti au constat de l'existence d'une aide d'État incompatible

²²¹ CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO SA*, aff. C-126/01, *Rec.* I-13806, point 28 ; CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission*, C-156/98, *Rec.* I-6892, point 25 ; CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de Espana*, C-387/92, *Rec.* I-877, point 13.

²²² Sur le contrôle et les pouvoirs de la Commission en matière d'aides d'État, voir l'article 108 du TFUE.

²²³ Communication du 11 mars 2000 sur les aides sous forme de garantie, *JOCE* n° C-71/14.

²²⁴ Communication du 20 juin 2008 relative aux aides d'État sous la forme de garanties, *JOUE* n° C-155/10.

avec le marché dans le cas d'EDF²²⁵, de La Poste²²⁶ ou à la suspicion d'une telle aide dans le cas du Laboratoire national de météorologie et d'essai²²⁷. Bien qu'entre-temps, les entreprises EDF et La Poste aient été transformées en sociétés anonymes²²⁸ – dès lors soumises au droit commun des procédures de sauvegarde, redressement et de liquidation judiciaire – le gouvernement français a contesté, sur le principe, la décision de la Commission relative à La Poste.

68. Par un arrêt du 3 avril 2014²²⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a érigé en présomption simple le fait que l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation traduit une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget. Une telle garantie procurerait un avantage immédiat à l'entreprise constitutif d'une aide d'État dès lors qu'elle est octroyée sans contrepartie et permet d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers. En conséquence, pour démontrer l'existence d'un avantage procuré à l'entreprise bénéficiaire, il suffirait à la Commission d'établir l'existence même de cette garantie, sans devoir démontrer les effets réels produits par celle-ci à partir du moment de son octroi²³⁰.

69. La fin du statut de l'EPIC ? Cette position a légitimement conduit la doctrine à s'interroger sur la conformité et la pérennité du statut d'EPIC au regard du droit des aides d'État²³¹. S'il paraît difficile aujourd'hui de discuter l'existence d'une garantie implicite et illimitée résultant du statut d'EPIC, il peut toutefois être argué de la compatibilité de celle-ci

²²⁵ Décision n° 2005/145/CE de la Commission du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières [notifiée sous le numéro C(2003) 4637] (*JOUE* n° L 4922 février 2005).

²²⁶ Décision de la Commission du 26 janv. 2010 concernant l'aide d'État C 56/2007 accordée par la France à La Poste, *JOUE* n° L 274 du 19 oct. 2010, p. 1.

²²⁷ Décision de la Commission du 22 novembre 2006 relative à l'aide reçue par le Laboratoire national de météorologie et d'essai (C (2006) 5477), *JOUE* 5 avril 2007, L 95, p. 25.

²²⁸ Lois n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* du 11 août 2004 et n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF* du 10 février 2010.

²²⁹ CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission européenne*, n° C-559/12.

²³⁰ CJUE, 3 avril 2014, précité, points 97 à 104.

²³¹ Voir not. P. BOURDON, « La garantie de l'État en faveur des établissements publics industriels et commerciaux : une aide d'État illicite, mais pas réhabilitaire », *Revue UE*, 2015, p. 523 ; G. ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP A*, n° 21, 26 mai 2014, 2160 ; M. LOMBARD, E. GLASER, S. NICINSKI, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », *AJDA*, 2014, p.1242 ; D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'EPIC ? », *RJEP*, 2006, p. 105 ; M. LOMBARD, « L'EPIC est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79.

avec les règles du marché intérieur lorsqu'en réalité, il apparaît que l'EPIC n'en tire aucun avantage économique réel.

Ainsi, par jugement du 26 mai 2016²³² le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision du 29 juin 2011 par laquelle la Commission européenne avait qualifié d'aide d'État la garantie implicite et illimitée de l'État en faveur de l'Institut Français du Pétrole Énergies Nouvelles (IFPEN) – ayant qualité d'EPIC depuis 2006. Dans cette affaire, la Commission avait considéré que si l'avantage tiré du statut d'EPIC n'avait pas trouvé à se matérialiser dans les relations que l'IFPEN entretenait avec les institutions bancaires et financières, tel n'était pas le cas s'agissant de ses fournisseurs et clients. Dans cette affaire, si le principe de la garantie implicite et illimitée de l'État résultant du statut d'EPIC n'était plus en débat, le Tribunal a toutefois jugé que la Commission ne pouvait pas déduire automatiquement de cette garantie l'existence d'un avantage prenant la forme d'une prétendue baisse des prix consentis par ses fournisseurs ou clients.

Il faut donc en déduire que si la présomption – simple – de l'avantage constitué par le statut d'EPIC établie par la Cour de justice dans l'affaire La Poste vaut en matière de crédit et financement de l'entreprise, elle ne saurait permettre à la Commission de s'abstenir de démontrer l'existence d'un avantage économique réel dans les autres cas. On ne saurait donc affirmer *in abstracto* que le statut légal de l'EPIC constituerait une aide d'État. Et quand bien même serait-ce le cas, cette aide pourrait être déclarée compatible avec le marché en application de l'une des dérogations prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE. La Commission l'avait d'ailleurs admis s'agissant des mesures d'encadrement des aides à la recherche et au développement de l'IFPEN²³³.

Enfin, cette garantie pourrait être compatible avec le marché si elle avait pour objet d'opérer une compensation des missions de service public prises en charge par l'EPIC, dans les conditions prévues par la jurisprudence *Altmark*²³⁴ ou dans le cadre du « *paquet Alunnia* » élaboré en 2012 par la Commission. Ce moyen nous paraît toutefois assez fragile. En effet, la compensation versée ne peut excéder les coûts de fourniture du service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces

²³² TUE, 26 mai 2016, *IFP Energies nouvelles, République française c/ Commission européenne*, n° T-479111 et T-157/12, *AJDA*, 2016. 1099.

²³³ Décision de la Commission du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État C 35/08 (ex NN 11/08) accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole » [notifiée sous le numéro C (2011) 4483], point 180. La Commission a en effet admis que ces missions relevaient de l'Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (2006/C 323/01).

²³⁴ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec. I-7810*, points 88-93.

obligations. Dès lors, pour être compatible avec le marché, cette garantie devrait être strictement proportionnée aux prestations fournies par l'EPIC en cause et on peine à croire que cette condition puisse être remplie dès lors qu'il s'agit là d'une garantie illimitée qui ne peut dès lors être quantifiée²³⁵. Nul doute que cette question ne tardera pas à resurgir, dans le cadre de l'ouverture à la concurrence des transports de voyageurs²³⁶ à l'égard du Groupe SNCF, composé de trois EPIC distincts depuis la réforme ferroviaire du 4 août 2014²³⁷, et également à l'égard de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) disposant elle aussi du statut d'EPIC.

70. En définitive, si les Institutions européennes rappellent régulièrement que les pouvoirs publics « *sont libres de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié* » pour exécuter leurs activités économiques²³⁸, cette liberté apparaît particulièrement restreinte du fait qu'elle ne peut s'exercer que dans le respect des règles de concurrence. En effet, si le statut juridique de l'EPIC n'a pas en soi été déclaré contraire au droit des aides d'État, ses modes de financement, de fonctionnement et d'organisation ont été suffisamment encadrés pour qu'il perde son attractivité. Cet encadrement revient finalement à remettre en cause l'intérêt même pour les autorités publiques de mener par ce biais des activités qui mêleraient logique du profit et considérations liées à l'intérêt général.

§ 4. La remise en cause de l'État actionnaire comme soutien au marché

71. Si la liberté pour les États de détenir des participations, mêmes majoritaires, au sein d'entreprises ne peut être remise en cause sur le fondement du traité, lequel ne préjuge en rien du régime de la propriété dans les États membres, encore faut-il que ce rôle d'investisseur ne dissimule pas une opération susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges

²³⁵ Ce moyen a d'ailleurs été rejeté par la Commission dans l'affaire La Poste dans les termes suivants : « *En l'espèce, une telle analyse supposerait une valorisation de marché de la garantie illimitée de l'État en faveur de La Poste de manière à vérifier que sa valeur ne dépasse pas les coûts nets de fourniture du service postal universel. Or, compte tenu du fait que cette garantie est illimitée, cette analyse est impossible à effectuer, ce qui exclut l'application de la dérogation prévue à l'article 106, paragraphe 2, du TFUE. En outre, quand bien même une telle valorisation serait possible, elle ne pourrait bénéficier qu'aux activités couvertes par la mission de « service postal universel ». Or, la garantie illimitée de l'État dans sa forme actuelle couvre toutes les activités de La Poste, en ce compris les activités non couvertes par la mission de « service postal universel. »* (Décision de la Commission du 26 janv. 2010 concernant l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste, JOUE L 274 du 19 oct. 2010, points 311 et 312).

²³⁶ En application du quatrième « paquet ferroviaire » adopté le 17 octobre 2016 par le Conseil de l'Union européenne, elle est prévue dans les années 2020-2023 pour les lignes à grande vitesse, les trains d'équilibre du territoire et les trains régionaux, et entre 2025 et 2040 pour les transports franciliens.

²³⁷ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, JORF du 5 août 2014.

²³⁸ Voir not. le cinquième paragraphe de la directive n° 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, JOUE n° L 94/1, 28 mars 2014.

entre États membres. C'est pourquoi les Institutions européennes ont imposé une stricte séparation entre le rôle d'État agissant en tant qu'actionnaire et le rôle de l'État agissant en tant que puissance publique²³⁹.

72. Le critère de l'investissement privé en économie de marché. Sans préjudice de l'article 345 du TFUE, la Cour de justice a donc jugé les règles de concurrence applicables aux prises de participation publiques²⁴⁰ dans le capital social des entreprises²⁴¹. Celles-ci sont notamment susceptibles d'être qualifiées d'aides illégales d'État lorsqu'elles procurent un avantage anormal à l'entreprise bénéficiaire.

Le comportement de l'État, dès lors qu'il n'agit pas dans la stricte limite de ses prérogatives de puissance publique, est apprécié à l'aune du « *critère de l'investisseur privé en économie de marché* »²⁴². Il s'agit là d'apprécier si la mesure en cause aurait été adoptée dans les conditions normales du marché par un investisseur privé se trouvant dans la situation la plus proche possible de celle de l'État. La Cour de justice recherche si, dans des circonstances similaires, l'actionnaire privé aurait procédé à un apport en capital de la même importance, en se basant sur des indices tels que les perspectives attendues d'un retour à la rentabilité, le comportement des autres actionnaires ou la capacité de l'entreprise en cause à mobiliser les capitaux nécessaires sur le marché²⁴³. C'est ainsi que constitue une aide d'État au sens de l'article 107 du Traité l'annonce du soutien de l'État actionnaire à l'égard de France Télécom, par des déclarations considérées comme « *suffisamment claires, précises et fermes pour manifester l'existence d'un engagement crédible de l'État* »²⁴⁴.

Si les Institutions européennes ont pris en compte la spécificité du secteur public en se référant à la notion de rentabilité « à long terme » et non plus seulement à court terme, elles

²³⁹ CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, C-124/10 P, cons. 79 ; CJCE, 28 janvier 2003, *Allemagne c/ Commission*, aff. C. 334/99, Rec. I-1139, point 134 ; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ République italienne*, aff. 118/85, Rec. I-02599, cons. 6-7.

²⁴⁰ Il faut entendre par là les participations que l'État détient directement mais également celles qu'il détient indirectement via les entreprises publiques, dès lors que le comportement incriminé est imputable à l'État (CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-305/89, point 11 ; TUE, 12 décembre 1996, *Compagnie nationale Air France c/ Commission*, aff. T-358/94, Rec. II-02109, point 56).

²⁴¹ CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, C-305/89, point 13 ; CJCE, 14 nov. 1984, *Intermills c/ Commission*, aff. 323/82, Rec. I-3809, point 31.

²⁴² Pour une étude plus détaillée, voir A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, LGDJ, 2010, spéc. pp. 361 et s.

²⁴³ CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, aff. C-142/87, Rec. I-00959, points 26-29.

²⁴⁴ CJCE, 12 mars 2013, *Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission*, aff. C-399/10 P, C-401/10 P.

imposent tout de même à l'État actionnaire d'agir selon une certaine rationalité économique, dans la perspective d'un retour sur investissement approprié²⁴⁵.

73. L'exclusion des considérations liées à la poursuite de l'intérêt général. Selon les termes mêmes employés par la Commission, dans le cadre de l'appréciation du critère de l'opérateur en économie de marché, « *il importe peu de savoir si l'intervention constitue une manière rationnelle pour les organismes publics de poursuivre des objectifs de politique publique (concernant l'emploi, par exemple)* »²⁴⁶. Seuls les bénéfices et les obligations liés au rôle de l'État en qualité d'opérateur économique, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique, sont à prendre en compte²⁴⁷. Comme la Commission l'explique, lorsque l'intervention étatique trouve son origine dans des raisons d'intérêt public (par exemple à des fins sociales ou de développement régional ou sectoriel), le comportement de l'État, tout en étant rationnel du point de vue de l'action publique, peut en même temps faire intervenir des considérations dont un opérateur en économie de marché ne tiendrait normalement pas compte²⁴⁸. Aussi, ne relèvent pas du comportement normal de l'investisseur privé les considérations qui sont celles de l'État garant de l'intérêt général, par exemple la prise en charge de salariés licenciés et le versement d'aides pour la reconstitution du tissu industriel²⁴⁹ ou encore l'accompagnement des plans sociaux afin d'en limiter les répercussions sociales²⁵⁰. Autrement dit, il s'agit pour les Institutions européennes d'éviter que les investisseurs publics utilisent leur position afin de défendre des intérêts généraux éventuellement contraires aux intérêts économiques de la société²⁵¹, aux intérêts des autres actionnaires de celle-ci, ou

²⁴⁵ CJUE, 4 septembre 2014, *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNM) SA c/ Commission*, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, point 35 ; CJCE, 21 mars 1991, *République italienne c/ Commission*, aff. C-303/88, Rec. I-01433, points 22-24.

²⁴⁶ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1 du TFUE (2016/C 262/01), *JOUE*, C 262 du 19 juillet 2016, point 76.

²⁴⁷ CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, aff. C-124/10, point 79 ; CJUE, 28 janvier 2003, *Allemagne c/ Commission*, C-334/99, Rec. I-1139, point 134 ; CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission*, aff. C-278/92 à C-280/92, Rec. I-4103, point 22 ; CJCE, 10 juillet 1986, *Belgique c/ Commission*, aff. 234/84, Rec. I-2263, point 14.

²⁴⁸ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1 du TFUE (2016/C 262/01), *JOUE*, C 262 du 19 juillet 2016, points 72 et s.

²⁴⁹ CJCE, 14 septembre 1994, *Royaume d'Espagne c/ commission*, aff. C-278 et 282/92, Rec. I-04103, point 22.

²⁵⁰ CJCE, 26 septembre 1996, *République française c/ Commission*, C-241/94, Rec. I-04551, point 24.

²⁵¹ L'État pouvant se comporter comme un « prédateur » à l'égard des entreprises, au détriment de l'intérêt de celle-ci et du consommateur. Pour une critique de la gestion étatique et, à titre d'illustration, des confiscations, ponctions ou transferts opaques opérés par l'État sur les comptes de France Télécom dans les années 80, voir E. COHEN, « Secteur public : portée et limites des pratiques de l'État actionnaire », in *Service public Secteur public*, Rapport Conseil d'analyse économique (E. COHEN, C. HENRY), *La doc. fr.*, 1997, pp. 52-55.

entraînant, à l'inverse, une distorsion de concurrence entre les entreprises au détriment, *in fine*, des consommateurs.

74. La remise en cause plus radicale des raisons d'être de l'interventionnisme économique des autorités publiques. C'est donc bien une stricte logique de rentabilité, plus qu'une simple rationalité économique, que les Institutions européennes tendent à imposer à l'État actionnaire et qui les conduisent à se substituer à l'appréciation des États membres dans la définition de leur propre rôle. En effet, si l'État actionnaire oscille « *entre le comportement d'un opérateur économique ordinaire, préoccupé par la rentabilité de son investissement, et sa qualité d'autorité publique, soucieuse de mettre les entreprises qu'il contrôle au service de la politique économique et industrielle* »²⁵², c'est précisément cette part d'ambiguïté qui nous semble justifier son existence et sa légitimité. En soumettant les autorités publiques agissant en matière économique au test de l'investisseur privé en économie de marché, le droit de la concurrence prive en réalité d'utilité et d'intérêt le recours même à l'actionnariat public.

Plus encore, la position adoptée par les Institutions européennes remet en cause l'utilité même d'un secteur public au sein des États membres. En effet, il relève de la logique même du secteur public que l'État instrumentalise les entreprises publiques au service de finalités d'intérêt général, qui leur sont certes extérieures mais qui tendent à soutenir une politique conjoncturelle ou industrielle. Mais pour que les entreprises publiques jouent un rôle « anticyclique » en créant des emplois tandis que la crise économique conduit au même moment à des licenciements dans le secteur privé, encore faut-il que l'État puisse ensuite leur venir en aide pour rétablir l'équilibre de leurs comptes qui risquent fort d'en être dégradés²⁵³. Or, le droit de la concurrence ne permet pas à l'État de le faire puisque que ce dernier ne peut intervenir que dans les strictes limites de la compensation de missions de service public clairement identifiées. L'application indifférenciée du droit de la concurrence aux opérateurs publics et privés dénie en réalité à l'État son rôle de « *garant de la cohésion sociale* », dont la fourniture de services publics, en offrant à tous les membres du corps social des prestations identiques, constitue un puissant vecteur d'homogénéisation²⁵⁴.

75. Bilan de section. Les différences terminologiques employées par les Institutions européennes et le législateur interne pour désigner des activités relevant de l'intérêt général

²⁵² G. ECKERT, *Droit public des affaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, p. 97.

²⁵³ En ce sens, M. LOMBARD, « L'impact du droit communautaire sur les entreprises publiques », *in Droit administratif européen* (dir.) J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bruylant, 2007, pp. 901-913, spéc. pp. 911-912.

²⁵⁴ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2^{ème} éd., 2004, pp. 47-50.

recouvrent bien des réalités distinctes. Cela n'empêche pas l'État de promouvoir un service public fort, mais il doit, dans le respect des règles de concurrence, en définir précisément les contours et en assurer le financement. Cela ne l'empêche pas non plus de retirer du marché des services qui pourraient être assurés par des opérateurs privés, mais il doit alors le faire de manière cohérente, selon un objectif de solidarité et au moyen d'une politique de redistribution. Ainsi, le droit de l'Union ne remet pas fondamentalement en cause le concept de service public mais il en circonscrit nécessairement les contours et en banalise le régime.

En revanche, le droit de l'Union remet directement en cause les formes prises par l'interventionnisme économique étatique lorsque celui-ci fausse le jeu de la libre concurrence sur un marché donné. Dès lors, en soumettant l'État aux règles de concurrence comme n'importe quel opérateur économique lorsqu'il agit comme tel, le droit de l'Union européenne remet en cause l'intérêt même de cet interventionnisme. Cette banalisation se retrouve également dans l'application des règles sociales venant au soutien du marché intérieur.

SECTION 2. LA BANALISATION DU RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE À L'EMPLOI PUBLIC

76. L'« *interrelation* » du droit social et du droit de la concurrence a déjà été démontrée²⁵⁵. Si dès l'origine le Traité de Rome attribuait à la Communauté la mission principale « *par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté* », il n'était pas dépourvu d'objectifs en matière sociale. D'une part, la Communauté économique européenne avait vocation à élever le niveau d'emploi dans la Communauté en particulier grâce à la libre circulation de la main d'œuvre, qui devait permettre un meilleur ajustement géographique de l'offre et de la demande. D'autre part, elle avait vocation à égaliser dans le progrès les conditions de vie et de travail de cette main d'œuvre, la Communauté devant entreprendre à cet effet les actions nécessaires au rapprochement des législations nationales²⁵⁶. En ce sens, le droit social de l'Union européenne constitue bien une composante de l'ordre économique, à la fois le moyen de réalisation et la finalité affichée du marché intérieur²⁵⁷. On ne sera dès lors pas surpris de

²⁵⁵ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, éd. FEC/BRUYLANT, Série Concurrence, 2006,

²⁵⁶ P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., p.1.

²⁵⁷ En ce sens, F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, PUAM, 1998.

constater que le particularisme du droit applicable à la personne publique-employeur a été remis en cause toutes les fois où celle-ci sortait de ses prérogatives typiquement régaliennes pour exercer une activité économique dans les mêmes conditions qu'un opérateur de droit privé. À cet égard, les règles applicables au transfert d'activité entre une administration et une entreprise (§ 1) et le principe de libre circulation des travailleurs au sein du marché intérieur (§ 2) illustrent l'assimilation de l'emploi public et de l'emploi salarié opérée par un prisme économique.

§ 1. Le maintien des emplois en cas de transfert d'activité entre une administration et une entreprise

77. Un dispositif national préexistant. Le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise résulte d'une loi du 19 juillet 1928²⁵⁸, marquée par l'influence de la législation allemande. Cette dérogation au principe de l'effet relatif des contrats présentait dès l'origine deux objectifs : d'une part, assurer la stabilité de l'emploi pour les salariés²⁵⁹ et, d'autre part, assurer une concurrence juste et non faussée entre les entreprises. À cette fin, l'article L. 1224-1 du Code du travail dispose que « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* » et cette rédaction n'a pas été modifiée depuis.

Selon une jurisprudence constante, l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique dès lors que le transfert concerne « *une entité économique autonome qui conserve son identité et poursuit son activité* »²⁶⁰. Sur ce fondement, la Cour de cassation a longtemps exclu les hypothèses de transfert entre secteurs public et privé. Elle estimait que lorsque l'activité d'une entreprise privée ou d'un service public industriel et commercial était reprise sous la forme d'un service public administratif, la modification était telle qu'elle entraînait non la cession mais la disparition de l'entité, de sorte que l'identité de l'activité ne pouvait être maintenue²⁶¹. Cette même solution était logiquement appliquée dans l'hypothèse inverse dans laquelle un

²⁵⁸ Loi du 19 juillet 1928.

²⁵⁹ Cass. soc. 27 février 1934, *Goupy*, *Bull.* n° 51.

²⁶⁰ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-45.170 ; Cass. ass. plen., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Bull.* AP n° 4.

²⁶¹ Cass. soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.712, *Bull.* V, n° 499 ; Cass. soc., 7 février 1980, *Bull.* V, n° 115 ; Cass. soc., 8 novembre 1978, *Bull.* V, n° 743.

service public administratif était confié à une entreprise de droit privé²⁶². En revanche, la reprise en régie directe par une personne publique, sous la forme d'un service public industriel et commercial, de l'activité auparavant exercée par une société de droit privé entraînait le maintien des contrats de travail en cours²⁶³, cette hypothèse ne posant d'ailleurs pas de difficulté dans la mesure où les personnels sont dans les deux cas soumis à un contrat de travail de droit privé²⁶⁴.

78. Un dispositif remodelé par le droit de l'Union européenne. Le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise a été remanié par le droit européen et relève à ce jour de la directive d'harmonisation sociale du 12 mars 2001²⁶⁵. Si la Cour de justice rappelle régulièrement que la finalité de la directive est d'assurer la protection des travailleurs²⁶⁶, elle n'a pas manqué de souligner son rôle dans l'instauration d'une égale concurrence et la réalisation du marché intérieur²⁶⁷. Dans cet objectif, les juges se sont employés à faire une large application de la directive, intégrant dans le champ d'application de la directive toute entité poursuivant une activité économique.

79. La notion d'activité économique, critère d'application de la directive Transfert. Par un arrêt *Mayeur* du 26 septembre 2000²⁶⁸, la Cour de justice a jugé que le transfert d'activité vers un organisme de droit public – même si l'activité en cause est de nature administrative – n'exclut pas l'application du droit communautaire concerné dès lors que l'organisme constitue bien une entreprise au sens de la directive, c'est-à-dire une « entité économique organisée de

²⁶² Cass. soc., 28 juin 1995, n° 93-46.709 ; Cass. soc., 1^{er} décembre 1993, n° 91-41.602, *Bull. V.*, n° 295.

²⁶³ Cass. soc., 7 avril 1998, n° 96-43.063, *Bull.*, n° 200 ; Cass. soc., 6 décembre 1995, n° 94-43.843 ; Cass. soc., 7 octobre 1992, n° 89-45.712, *Bull.* n° 499.

²⁶⁴ À l'exception de l'agent chargé de la direction de l'ensemble du service public industriel et commercial et du chef de la comptabilité s'il a la qualité de comptable public (CE, 26 janvier 1923, *de Robert-Lafrégère* ; CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ; TC, 4 juillet 1991, *M^{me} Pillard*).

²⁶⁵ Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE* n° L 82/16 du 23 mars 2001. Une première directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 (*JOCE* n° L 061 du 5 mars 1977, pp. 26-28) avait déjà été modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 (*JOCE* n° L 201 du 17 juillet 1998 pp. 0088-0092).

²⁶⁶ CJUE, 12 février 2009, *Dietmar Klarenberg c/ Ferrotron Technologies GmbH*, C-466/07, *Rec.* I-00803 points 40-43 ; *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark c/ Daddy's Dance Hall A/S*, aff. C-324/86, *Rec.* I-00739, point 16.

²⁶⁷ CJCE, 15 décembre 2005, *Guney-Gorres et Demir c/ Securitator Aviation Ltd et Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG.*, C-232/04 et C-233/04, *Rec.* I-11237, point 40 ; CJCE, 8 juin 1994, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-382/92, *Rec.* I-02435, point 15.

²⁶⁸ CJCE, 26 septembre 2000, *Mayeur c/ APIM*, aff. C-175/99, *Rec.* I-7755. Conf. sous l'empire de la nouvelle directive du 12 mars 2001, CJUE, 29 juillet 2010, *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP)*, C-1151/08, point 23.

manière stable, avec un ensemble structuré de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un but propre »²⁶⁹. À cet égard, la Cour de justice a déjà jugé que la circonstance que l'activité soit exercée dans un but non lucratif²⁷⁰ ne fait pas obstacle à la caractérisation d'une activité économique, seules les réorganisations de structures administratives étant exclues. En conséquence, ne sont pas de nature à faire obstacle à l'application de la directive la nature juridique de l'opérateur, le mode de financement ou le mode de gestion de l'activité ou encore le but recherché (lucratif ou non), seule compte la nature économique de l'activité poursuivie.

Logiquement, l'hypothèse inverse tenant au transfert par un organisme public d'une activité économique au profit d'une société de droit privé n'échappe pas non plus à l'application de la directive. Par un arrêt du 18 janvier 2000²⁷¹, la Cour de justice a interprété la directive en ce sens que cette dernière est susceptible de s'appliquer à une situation dans laquelle une entité assurant l'exploitation de services de télécommunications à l'usage du public et gérée par un organisme public intégré dans l'administration de l'État fait l'objet d'un transfert à titre onéreux, sous la forme d'une concession administrative, à une société de droit privé constituée par un organisme public qui en détient l'intégralité du capital²⁷². La Cour de justice a également précisé que la circonstance que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics – notamment par le biais de concessions administratives – et non d'un concours de volontés n'exclut pas l'application de la directive²⁷³.

La jurisprudence de la Cour de justice a par la suite été intégrée au sein de la directive Transfert modifiée du 12 mars 2001, laquelle précise désormais que « *la présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens de la présente directive.* »²⁷⁴

On précisera que seuls sont protégés les « travailleurs » transférés, c'est-à-dire « *toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre*

²⁶⁹ CJCE, 11 mars 1997, *Süzen*, aff. C-13/95, Rec. I-1259.

²⁷⁰ CJCE, 8 juin 1994, *Commission c/ RU*, aff. C-382-92, Rec. I-02435, points 44-45.

²⁷¹ CJCE, 18 janvier 2000, *Collino et Chiappero c/ Telecom Italia SpA*, C-343/98, Rec. I-6659.

²⁷² CJCE, 18 janvier 2000, *Collino*, précitée, point 41.

²⁷³ CJUE, 29 juillet 2010, *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP)*, C 1151/08, point 24 ; CJCE, 19 mai 1992, *Sophie Redmond Stichting c/ Hendrikus Bartol et autres*, C-29/91, Rec. I-3189, points 15-17.

²⁷⁴ Article 1, § 1, c) de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001, précitée.

de la législation nationale sur l'emploi »²⁷⁵. La directive harmonisatrice laisse ici une certaine marge de manœuvre au législateur interne. Peuvent ainsi être exclus de la directive harmonisatrice ceux qui ne relèvent pas du Code du travail, en premier lieu les agents publics fonctionnaires, mais pas les agents publics contractuels.

80. Une conception restrictive des prérogatives de puissance publique. Si seules les « réorganisations administratives d'autorités administratives publiques » ou le transfert de « fonctions administratives entre autorités administratives publiques » échappent à l'application de la directive, encore faut-il, selon la Cour de justice, que ces dernières relèvent de l'exercice de puissance publique²⁷⁶. Ici encore, le statut juridique de l'organisme en cause est indifférent et la Cour de justice retient une conception restrictive des prérogatives de puissance publique, lesquelles se distinguent de la simple activité administrative. Aussi, la Cour de justice a successivement jugé que ne relevaient pas de la puissance publique, mais constituaient bien une activité économique relevant du champ d'application de la directive l'activité de lutte contre le chômage²⁷⁷, le transport de personnes par autobus²⁷⁸, l'aide à domicile de personnes défavorisées²⁷⁹, ou l'aide aux toxicomanes apportée par une association sans but lucratif²⁸⁰.

Conformément à la position traditionnelle de la Cour de justice, l'organisme public ne saurait échapper à la directive dès lors que le transfert en cause porte sur une activité économique, peu important que l'organisme soit par ailleurs détenteur de prérogatives de puissance publique²⁸¹. En revanche, la Cour de justice écarte l'application de la directive lorsque le transfert a porté sur des activités relevant de l'exercice de puissance publique, même si ces activités comportent, de manière accessoire, des éléments de nature économique²⁸².

²⁷⁵ Article 2, d) de la directive.

²⁷⁶ CJCE, 18 janvier 2000, *Collino et Chiappero c/ Telecom Italia SpA*, C-343/98, *Rec. I-6659*, point 31 ; CJCE, 15 octobre 1996, *Henke*, aff. 289/94, *Rec. I-4989*, points 16 et 17.

²⁷⁷ CJCE, 11 novembre 2004, *Delahaye*, C-425/02, point 20.

²⁷⁸ CJCE, 10 décembre 2001, *Oy Liikenne Ab c/ Pekka Liskojärvi*, aff. 172/99, *Rec. I-745*, point 19.

²⁷⁹ CJCE, 10 décembre 1998, aff. 173/96 et 247/96, *Sánchez Hidalgo c/ Associaciòn de Servicios Aser*, *Rec. I-08237*, point 24.

²⁸⁰ CJCE, 19 mai 1992, *Sophie Redmond Stichting c/ Hendrikus Bartol et autres*, C-29/91, *Rec. I-3189*, points 23 et 24.

²⁸¹ Voir not. CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroport de Paris c/ Commission*, C-82/01, *Rec. I-9297*. Dans cette affaire, les missions de police d'ADP, prérogatives de puissance publique, ont été distinguées des activités de gestion des infrastructures aéroportuaires, lesquelles présentent un caractère économique.

²⁸² CJCE, 15 octobre 1996, *Henke*, aff. 289/94, *Rec. I-4989*, point 17.

81. La mise en œuvre jurisprudentielle des exigences européennes²⁸³. Dans ces conditions, il n'était plus permis aux juridictions internes d'écarter le maintien des contrats de travail en cas de reprise d'une entité privée par un service public administratif au motif que l'entité perdrait son identité du seul fait que les agents de ce service seraient soumis à statut de droit public. Par un arrêt du 22 janvier 2002, la Cour de cassation a jugé que l'entité économique constituée par la Société fermière des abattoirs de la ville de Pamiers avait été transférée à la commune, laquelle en avait poursuivi l'activité, de sorte que le contrat de travail du salarié s'était poursuivi de plein droit avec le nouvel employeur et que le licenciement prononcé avant le transfert de l'entité était sans effet²⁸⁴. Par la suite, la Haute juridiction a précisé que la seule circonstance que le cédant ou le cessionnaire soit un établissement public administratif ou un établissement industriel ou commercial ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité²⁸⁵.

Le législateur a été contraint d'intervenir afin de définir les modalités pratiques du transfert d'un service public administratif. La loi du 26 juillet 2005²⁸⁶ a organisé la reprise par une personne publique du service précédemment assuré par une personne privée tandis que la loi du 3 août 2009²⁸⁷ a aménagé le transfert des agents publics non titulaires en cas de reprise par une personne privée. On soulignera dès à présent que la fonction publique française étant fondée sur le système de la carrière, les agents titulaires – *i.e.* les fonctionnaires – ne sont pas attachés à un emploi déterminé et demeurent ainsi au service de leur employeur public même en cas de transfert de service à une personne privée. Par ailleurs, l'hypothèse du transfert d'un service public industriel et commercial entre personne publique et personne privée ne pose pas difficulté puisque les personnels continuent dans les deux cas à être régis par le droit du travail.

82. La reprise d'agents publics non titulaires par une personne privée dans le cadre d'un service public administratif. Aux termes de l'article L. 1224-3-1 du Code du travail, lorsque l'activité d'une personne morale de droit public employant des agents non titulaires de droit

²⁸³ Pour une étude globale en la matière, voir N. MOIZARD, *Transfert d'entreprise, Droit de l'Union européenne et droit français*, Larcier, coll. Paradigme, 2015.

²⁸⁴ Cass. soc., 22 janvier 2002, *Commune de Pamiers*, n° 00-40.756, *Bull. V*, n° 25.

²⁸⁵ Cass. soc., 25 juin 2002, *Clinique de l'espérance*, n° 01-43.467 et n° 01-43.477 à 01-43.499, *Bull. V*, n° 209 ; Cass. soc., 14 janvier 2003, *Commune de Théoule-sur-mer*, n° 01-43.676, *Bull. V*, n° 3.

²⁸⁶ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005.

²⁸⁷ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* n° 0180 du 6 août 2009.

public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat régi par le présent code. Le contrat proposé reprend les clauses substantielles du contrat dont les agents sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des agents d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit et la personne morale ou l'organisme qui reprend l'activité applique les dispositions de droit public relatives aux agents licenciés.

83. La reprise de salariés par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif. En application de l'article L. 1224-3 du Code du travail, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, cette personne doit proposer aux salariés un contrat de droit public. En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit et la personne publique est tenue d'appliquer les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et leur contrat.

84. La question du contenu du contrat qui doit être proposé par la personne publique s'est tout d'abord posée. Aux termes de l'article L. 1224-3 susvisé, le contrat de droit public reprend les « *clauses substantielles* » du contrat de droit privé « *sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares* ». S'il est acquis que la personne publique doit faire preuve de loyauté dans la proposition de contrat qu'il adresse au salarié²⁸⁸, encore faut-il déterminer ce qu'il convient d'entendre par « *clauses substantielles* » du contrat de travail. La formulation, qui renvoie bien évidemment à celle employée par la Cour de cassation jusqu'en 1996²⁸⁹, invite à retenir par-là l'ensemble des éléments protégés en matière de modification du contrat du travail²⁹⁰. Dans ce cas, devraient être intégrées au sein des clauses substantielles celles portant sur la

²⁸⁸ Le comportement de la personne publique sera souverainement apprécié par les juges du fond. A ainsi été jugée régulière la rupture de plein droit du contrat après que la commune a prolongé à deux reprises le délai offert aux salariés pour prendre position sur les offres de recrutement et que le refus des salariés avait été exprimé en connaissance de cause (Cass. soc., 8 décembre 2016, n° 15-17.176 et 15-17.177, publié).

²⁸⁹ Cass. soc., 10 juillet 1996, *Le Berre*, n° 93-41.137, *Bull.*, n° 278. Sur la jurisprudence antérieure, voir not. Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin*, n° 84-41.902, *Bull. V*, n° 541 ; Cass. soc., 25 février 1988, n° 85-41.296, *Bull. V*, n° 140.

²⁹⁰ Sur la distinction entre la modification du contrat de travail, qui nécessite le consentement exprès du salarié et le simple changement des conditions de travail, qui relève du pouvoir de direction de l'employeur, voir not. G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., pp. 771 et s.

rémunération, les fonctions, la classification ou encore le lieu de travail lorsqu'il a fait l'objet d'une contractualisation. En réalité, la protection du contrat en cas de reprise par une personne publique d'un salarié de droit privé ne peut être aussi élevée : la situation réglementaire dans laquelle sont placés les agents publics non titulaires limitera nécessairement la portée de la négociation entre le repreneur personne publique et le salarié transféré²⁹¹.

85. Il convient alors de se référer à la jurisprudence dégagée en matière administrative. Par un arrêt du 25 juillet 2013, le Conseil d'État a jugé que si ces dispositions, telles qu'interprétées au regard des objectifs de la directive, écartent « *en l'absence même de toute disposition législative ou réglementaire contraire, la reprise des clauses du contrat dont le salarié transféré était titulaire relatives à la rémunération, lorsque celles-ci ne sont pas conformes aux "conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique"* », pour autant, la personne publique ne saurait être autorisée « *à proposer aux intéressés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonctions dans l'organisme d'accueil à la date du transfert* ». En revanche, le Conseil d'État relève que ces dispositions font obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, « *des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excèderait manifestement celui que prévoient les règles générales fixées, le cas échéant, pour la rémunération de ses agents non titulaires* ». Dès lors, en l'absence de règle applicable au salarié transféré, il appartient à la personne publique « *de rechercher si des fonctions en rapport avec ses qualifications et son expérience peuvent lui être confiées et de fixer sa rémunération en tenant compte des fonctions qu'il exerce, de sa qualification, de son ancienneté et de la rémunération des agents titulaires exerçant des fonctions analogues* »²⁹².

Par un arrêt du 14 juin 2004, le Conseil d'État a également précisé que les dispositions décrétales déterminant les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement accordée aux agents non titulaires sont d'ordre public, de sorte que la personne publique repreneuse ne saurait s'en écarter en maintenant, au bénéfice du salarié repris, les stipulations de son contrat de travail prévoyant des modalités différentes. Dans la mesure où il s'agit ici d'un « *élément*

²⁹¹ En ce sens, K. PAGANI, « Retrait du contrat de travail de droit public proposé à un salarié de droit privé à la suite d'une reprise en régie d'un SPA, note sous Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-18.480 », *JCP S*, n° 18, 11 mai 2017, p. 1153.

²⁹² CE, 25 juillet 2013, *Centre hospitalier de Lonjumeau*, n° 355804, publié au *Lebon*. Dans le même sens, CE, 21 mai 2007, n° 299307, publié au *Lebon*.

essentiel » du contrat en cause, la personne publique est tenue de proposer au salarié repris une modification sur ce point du contrat en cause. En cas de refus par l'intéressé de la modification ainsi proposée, il appartient à la personne publique de procéder à son licenciement²⁹³.

86. Ces solutions sont compatibles avec l'interprétation que retient la Cour de justice de la directive européenne. En effet, en cas de transfert d'entreprise d'une personne de droit privé à l'État, celui-ci, en tant que nouvel employeur, peut procéder à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics. Toutefois, dans la mesure où la directive a pour finalité la protection des travailleurs, il convient notamment de tenir compte de l'ancienneté du travailleur, dans la mesure où la législation interne régissant la situation des agents publics prend en considération l'ancienneté de l'agent pour le calcul de sa rémunération. Par ailleurs, en application de l'article 4.2 de la directive, dans l'hypothèse où un tel calcul aboutirait à une réduction substantielle de la rémunération de l'intéressé, cette réduction constituerait une modification substantielle des conditions de travail, de sorte que la résiliation du contrat de travail pour ce motif doit être considérée comme intervenue du fait de l'employeur²⁹⁴.

87. Par ailleurs, conformément à l'article 4.1 de la directive²⁹⁵, la Cour de justice admet que le droit national puisse imposer la résiliation des contrats de travail de droit privé en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public. Toutefois, cette résiliation constitue une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur résultant directement du transfert, en sorte que la résiliation desdits contrats de travail doit, dans une telle hypothèse, être considérée comme intervenue du fait de l'employeur²⁹⁶.

À cet égard, la *summa divisio* droit public-droit privé a imposé au législateur interne d'écarter toute résiliation unilatérale du contrat de travail au profit d'une extinction de plein droit de celui-ci : une solution inverse aurait fait peser sur l'employeur public le choix laissé au salarié

²⁹³ CE, 14 juin 2004, n° 250695, publié au *Lebon*.

²⁹⁴ CJCE, 11 novembre 2004, *Delahaye*, C-425/02, *Rec. I-10838*, point 35. L'article 4.2. de la directive du 12 mars 2001, précitée, dispose que : « *Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.* »

²⁹⁵ Article 4.1. de la directive du 12 mars 2001, précitée : « *Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.* »

²⁹⁶ CJCE, 26 septembre 2000, *Mayeur c/ APIM*, aff. C-175/99, *Rec. I-7755*.

de refuser l'application du droit public alors même que ce régime de travail s'impose à l'employeur. Mais par la réintroduction du droit du licenciement issu du Code du travail pour régir cette rupture, il entendait également ne pas pénaliser les salariés en droit de refuser toute modification de leur contrat de travail à l'occasion du transfert d'entreprise²⁹⁷. En l'absence de plus de précision, il revenait donc à la Cour de cassation de déterminer l'étendue de l'application du droit du licenciement²⁹⁸.

88. S'agissant de la nature du licenciement, elle a rapidement écarté l'existence d'un motif économique et les dispositions s'y rapportant²⁹⁹. S'agissant de sa justification, le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une « *cause réelle et sérieuse de licenciement* »³⁰⁰, solution qui s'imposait logiquement du fait de la rupture de plein droit du contrat prévue par le législateur. S'agissant de la procédure à suivre, la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 janvier 2017, interprété l'article L. 1224-3 du Code du travail à la lumière de la directive Transfert, dont il résulte « *que la personne publique, qui notifie au salarié ayant refusé le contrat de droit public qui lui était proposé la rupture de son contrat de travail, doit appliquer les dispositions légales et conventionnelles relatives au préavis* »³⁰¹. Elle a ici entendu se conformer à la position de la Cour de justice européenne, laquelle juge que la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail découlant du refus du salarié d'accepter une modification de celui-ci provenant du transfert de l'entreprise doit être tenue

²⁹⁷ Voir not. Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 14-21.143 : « *Attendu que, lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer ; qu'il appartient alors au cessionnaire, s'il n'est pas en mesure de maintenir les conditions antérieures, soit de formuler de nouvelles propositions, soit de tirer les conséquences de ce refus en engageant une procédure de licenciement.* » V. égal. article 4 de la directive du 12 mars 2001, précité.

²⁹⁸ Sur cette question, voir not. J. MOULY : « Transfert à une personne publique d'un service public administratif employant des salariés : le défaut de notification de la rupture de plein droit du contrat des salariés ayant refusé les propositions du repreneur constitue une simple irrégularité donnant lieu à des dommages-intérêts égaux au préjudice subi », *Dr. soc.*, 2017, p. 79 et « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d'entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 775 ; H. BOUILLON, « Reprise en régie d'un SPA et refus du salarié de voir son contrat de travail transformé en contrat de droit public », *AJFP*, 2017, p. 199 ; A. MAZEAUD, « Licenciement des salariés refusant les offres de contrat présentées en cas de reprise par une personne publique (dans le cadre de l'article L. 1224-3 du Code du travail) antérieurement au transfert », *Dr. soc.*, 2013, p. 755.

²⁹⁹ Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 08-40.846, *Bull. V*, n° 212 ; Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 07-45.304, *Bull. V*, n° 270.

³⁰⁰ Cass. soc., 2 décembre 2009, n° 07-45.304, *Bull. V*, n° 270 ; Cass. soc., 30 septembre 2009, n° 08-40.846, *Bull. V*, n° 212.

³⁰¹ Cass. soc., 10 janvier 2017, n° 15-14.775, publié au *Bulletin*. Dans le même sens, Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-18.480.

pour une « *résiliation du fait de l'employeur* », quand bien même elle serait « *indépendante d'un quelconque manquement du cessionnaire à ses obligations* »³⁰².

89. En revanche, la Cour de cassation a expressément écarté les dispositions de l'article L. 1232-2 du Code du travail, relatives à la convocation à l'entretien préalable en cas de licenciement pour motif personnel³⁰³. Cette solution n'est guère surprenante dans la mesure où la Chambre sociale avait déjà précisé que « *si la personne publique doit notifier au salarié la rupture du contrat de travail, le défaut de cette notification constitue seulement une irrégularité donnant droit à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi par le salarié* », sans répondre explicitement à la branche du moyen par laquelle les demandeurs soutenaient que « *l'article L. 1224-3 du Code du travail, s'il a considéré que le refus du salarié constitue à lui seul une cause de licenciement, n'a pas dispensé l'employeur public de prononcer la rupture dans les formes du licenciement* »³⁰⁴. Ne sont pas non plus applicables les dispositions de l'article L. 1226-9 du Code du travail interdisant à l'employeur de licencier un salarié durant la suspension du contrat de travail en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, sauf à justifier d'une faute grave de l'intéressé ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie³⁰⁵.

90. La remise en cause de la spécificité de l'emploi public en droit interne. En intégrant dans le champ de la directive les transferts d'entités économiques entre secteur public et secteur privé, indifféremment de la nature juridique des statuts des employeurs et du lien d'emploi en cause, le droit de l'Union européenne préjuge de l'équivalence du lien d'emploi public et du lien d'emploi privé. Seuls sont exclus de cette assimilation les personnels exerçant leurs fonctions dans le cadre d'une activité de puissance publique, selon le sens restreint qui lui est accordé par la Cour de justice. Plus encore, le législateur interne a imposé une modification de la nature juridique du lien d'emploi – ce qui n'était nullement imposé par la directive *Transfert* – alors que le travailleur sera vraisemblablement amené à exercer les mêmes fonctions sous l'égide de son nouvel employeur. Ce faisant, le législateur a de lui-même contredit l'existence d'un particularisme du rapport de travail de droit public tel qu'il a pu être traditionnellement pensé et qui différerait significativement de la relation de travail de droit privé tant dans sa finalité que dans son mode d'organisation. Amené à se prononcer sur les conséquences internes de l'arrêt *Mayeur*, le Conseil d'État avait d'ailleurs laissé le choix à la

³⁰² CJCE, 27 novembre 2008, *Mirja Juuri c/ Fazer Amica Oy*, aff. C-396/07, point 30.

³⁰³ Cass. soc., 10 janvier 2017, n° 15-14.775, publié ; Cass. soc., 1^{er} février 2017, n° 15-18.480.

³⁰⁴ Cass. soc., 8 décembre 2016, n° 15-17.176 et n° 15-17.177, publié au *Bulletin*.

³⁰⁵ Cass., 1^{er} février 2017, n° 15-18.481, publié au *Bulletin*.

personne publique cessionnaire, soit de proposer au salarié repris un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de son ancien contrat, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés³⁰⁶ – ce qui heurterait de plein fouet le caractère principalement organique de la jurisprudence *Berkani*³⁰⁷, et n'a pas été repris par le législateur.

91. C'est finalement la politique de l'emploi public en France qui est remise en cause dans son principe. À partir du moment où il est admis que l'agent contractuel et le salarié sont interchangeables sans modification substantielle de l'activité poursuivie, il devient difficile de justifier le particularisme du statut de droit public de l'agent contractuel. Ces mêmes spécificités ont été remises en cause s'agissant des emplois de fonctionnaires par le principe de libre circulation des travailleurs au sein du marché intérieur.

§ 2. La libre circulation des travailleurs au sein des emplois publics

92. Une conception fonctionnelle de l'administration publique. L'article 45 du TFUE garantit le principe de libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, laquelle implique « l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail »³⁰⁸. Ici encore, la dimension économique de l'activité poursuivie demeure le critère d'application du droit commun de l'Union puisque seuls les « emplois dans l'administration publique » sont exclus du champ d'application de l'article 45³⁰⁹. Pour faire une application la plus extensive possible du principe de libre circulation, élevé au rang de droit fondamental des travailleurs et de leurs familles³¹⁰, la Cour de justice a limité le champ de cette dérogation « à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que cette disposition permet aux États membres de protéger »³¹¹, à savoir « l'intérêt légitime qu'ont les États membres de réserver à leurs propres ressortissants un ensemble d'emplois

³⁰⁶ CE, 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, *Dr. soc.*, 2005, 43, concl. E. GLASER, p. 37.

³⁰⁷ TC, 25 mars 1996, *Berkani* : « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi », n° 03000, *RFDA*, 1996, p. 819, concl. Ph. MARTIN.

³⁰⁸ Article 45 du TFUE, § 2. Toute discrimination exercée en raison de la nationalité est également prohibée par l'article 18 du TFUE.

³⁰⁹ Article 45 du TFUE, § 4.

³¹⁰ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté.

³¹¹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/ 85, *Rec. I-02625*, point 7.

ayant un rapport avec l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux »³¹².

93. La Cour de justice a écarté la conception organique de l'administration invoquée par les États membres au profit d'une conception fonctionnelle lui permettant de définir les emplois publics comme ceux « *qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts de l'État ou des autres collectivités publiques. De tels emplois supposent en effet, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité.* »³¹³

L'usage de la conjonction de coordination « et » indique ici que les deux critères tenant à la participation d'une part, à l'exercice de la puissance publique et, d'autre part, à la défense des intérêts généraux de l'État sont cumulatifs³¹⁴. La Cour admet toutefois que les emplois impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique de manière secondaire ou occasionnelle, soient soustraits au principe de libre circulation à la condition que « *ces prérogatives soient effectivement exercées de façon habituelle par lesdits titulaires et ne représentent pas une part très réduite de leurs activités* »³¹⁵.

94. Cette appréciation restrictive procède d'une analyse finaliste : bien que le domaine de l'administration publique relève en principe de la compétence des États membres et non de celle de l'Union, la Cour de justice a estimé que l'effet utile et la portée des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de traitement s'opposaient à ce que les droits nationaux retiennent une interprétation différenciée et discrétionnaire de la notion d'administration publique³¹⁶. C'est pourquoi la théorie organique de l'administration, dominante en droit administratif interne, n'a pas été retenue par les Institutions

³¹² CJCE, 17 déc. 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, Rec. I-3881, point 3.

³¹³ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, Aff. C-473/93, Rec. I-03207, point 2 ; CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, Rec. I-2121, point 27 ; CJCE, 17 déc. 1980, *Commission c/ Belgique*, précité ;

³¹⁴ En ce sens, F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 2017, 4^{ème} éd., n° 79, p. 105.

³¹⁵ CJUE, 11 mars 2008, *Commission c/ France*, aff. C-89/07 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, aff. C-405/01, Rec. I-10391, point 44 (fonctions occasionnelles de sécurité et de police, notariales ou relatives à l'état civil).

³¹⁶ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152-73, Rec. I-00153, point 5 ; CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, précité, point 3.

européennes³¹⁷, au profit d'une approche fonctionnelle basée à la fois sur l'objet de l'emploi et sur les pouvoirs qu'il comporte³¹⁸.

95. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, la Commission avait d'abord estimé que l'emploi dans l'administration publique au sens du Traité visait « *les fonctions spécifiques de l'État et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre ; la magistrature ; l'administration fiscale et la diplomatie* » ainsi que « *les emplois relevant des ministères de l'État, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'État ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants* ». ³¹⁹ En 2002, la Commission a durci sa position en procédant à une analyse « emploi par emploi », c'est-à-dire qu'elle distingue désormais, au sein de chacune des missions spécifiques relevant de l'administration, les emplois qui impliquent l'exercice de la puissance publique et la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et ceux qui ne l'impliquent pas³²⁰.

96. La nature juridique publique ou privée du lien d'emploi est indifférente. Dans ces conditions, tous les emplois de la fonction publique française, et *a fortiori* du secteur public, ne pouvaient pas être assimilés à des emplois dans l'administration publique au sens de l'article 45 du Traité. Ainsi que l'a rappelé la Cour de justice, « *l'accès à certains emplois ne saurait être limité du fait que, dans un État membre donné, les personnes appelées à accepter ces emplois sont placées sous le statut des fonctionnaires. Faire dépendre l'application de [l'article 45] de la nature du lien qui unit le travailleur à l'administration donnerait, en effet,*

³¹⁷ Pour une critique de la position adoptée par la Cour de justice, notamment au regard des termes employés par le Traité de Rome du 25 mars 1957, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, Domat, 15^{ème} éd., pp. 144 et s.

³¹⁸ P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., pp. 269 et s.

³¹⁹ Communication de la Commission « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres – Action de la Commission en matière d'application de l'article 48 paragraphe 4 du traité CEE [devenu l'article 45 du TFUE] » (88/C 72/02).

³²⁰ Communication de la Commission « Libre circulation des travailleurs, en tirer pleinement les avantages et les potentialités » du 11 déc. 2002, COM (2002) 694. À titre d'exemple, la commission estime que le poste d'un fonctionnaire qui contribue à la préparation des décisions sur les permis de bâtir ne devrait pas être réservé à des ressortissants nationaux de l'État membre d'accueil (comm. p. 22).

aux États membres la possibilité de déterminer, à leur gré, les emplois couverts par cette disposition d'exception. »³²¹

97. Si l'emploi par une personne publique ne suffit pas à caractériser un « *emploi dans l'administration publique* » au sens du Traité, à l'inverse, l'emploi par une personne privée ne fait pas obstacle à une telle qualification. L'indifférence de la nature publique ou privée du lien d'emploi a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour de justice³²². Par un arrêt du 11 mars 2008³²³, la CJUE a ainsi jugé que la France avait manqué à ses obligations communautaires en maintenant dans sa législation une exigence générale tenant à la nationalité française pour l'accès aux emplois de capitaine et d'officier à bord de tous les bateaux sous pavillon français. Indépendamment du fait qu'ils soient engagés par une personne de droit privé, la Cour a relevé que les titulaires de ces emplois n'exerçaient pas, de manière effective et habituelle et pour une part suffisamment conséquente de leurs activités, des prérogatives de puissance publique. Cette condamnation a incité le législateur à modifier l'article L. 5522-1 du Code des transports, lequel dispose désormais que « *le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance sont ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ou d'un État partie à tout accord international ayant la même portée en matière de droit au séjour et au travail* ». En définitive, la Cour de justice a retenu une approche fonctionnelle similaire à celle de la notion de « *travailleur* »³²⁴, contribuant ainsi à banaliser de manière générale les spécificités de l'« *emploi public* » au sens du droit interne.

98. La mise en conformité progressive du Statut de la fonction publique. L'article 5 du Statut général de la fonction publique pose le principe selon lequel « *nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire [...] s'il ne possède la nationalité française* ». Par une première loi

³²¹ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, Rec. I-2121, point 26 ; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, Rec. I-02625, point 8.

³²² CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, précité, point 5. En l'absence de distinction par l'article 45 du Traité, « *il est sans intérêt de savoir si un travailleur se trouve engagé en qualité d'ouvrier, d'employé ou de fonctionnaire, ou encore si son lien d'emploi relève du droit public ou du droit privé* » ; CJCE, 30 septembre 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española*, précité, point 43 : « *La circonstance que les capitaines sont employés par une personne physique ou morale de droit privé n'est pas, en tant que telle, de nature à écarter l'applicabilité de l'article 39, paragraphe 4, CE [devenu article 45 TFUE] dès lors qu'il est établi que, pour l'accomplissement des missions publiques qui leur sont dévolues, les capitaines agissent en qualité de représentants de la puissance publique, au service des intérêts généraux de l'État du pavillon.* »

³²³ CJUE, 11 mars 2008, *Commission c/ France*, aff. C-89/07.

³²⁴ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

du 26 juillet 1991³²⁵, le législateur avait aménagé au profit des ressortissants européens la seule possibilité d'accéder à la qualité d'« agents publics non titulaires » sous réserve des corps, cadres d'emplois et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

En application de la jurisprudence de la Cour de justice³²⁶, la loi du 26 juillet 2005 a ouvert l'accès aux emplois publics (titulaires) aux ressortissants de l'Union sous une double limite. L'article 5 bis du Statut précise désormais que : « *Les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. Toutefois, ils n'ont pas accès aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques.* »³²⁷ Des décrets en Conseil d'État sont venus préciser ministère par ministère et service par service la liste des emplois ouverts à ces ressortissants³²⁸.

Sous réserve des emplois dont les attributions ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté ou comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique, ces mêmes ressortissants peuvent désormais accéder par la voie du concours ou du détachement³²⁹ aux corps, cadres d'emplois ou emplois de la fonction publique prévus par l'article 2 du Statut général³³⁰, ou par la voie du concours interne de la

³²⁵ Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique - articles 1 à 3.

³²⁶ CJCE, 16 juillet 1987, *Commission c/ Italie*, 225/85, *Rec.* I-2625 (intégration au cadre permanent des chercheurs du Centre national de la recherche italien).

³²⁷ Articles 5 et 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005.

³²⁸ On estime que 86 % des emplois des trois fonctions publiques réunies sont ouverts aux ressortissants de l'Union européenne (F. MARILLIA, « L'eupéanisation du droit public du travail dans le secteur public », in *Le droit public du travail*, Éd. L'Épitoque-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. XIV, pp. 37-48, p. 45).

³²⁹ Décret n° 2010-311 du 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique française.

³³⁰ Il s'agit des fonctionnaires civils des administrations de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du Statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, à l'exclusion des fonctionnaires des assemblées parlementaires et des magistrats de l'ordre judiciaire. Dans les services et

fonction publique aux ressortissants de l'Union européenne dans les mêmes conditions que pour les candidats issus des administrations françaises, en faisant valoir les services accomplis notamment dans l'administration de leur État membre d'origine³³¹.

99. La mise en conformité du secteur public. Au nom de la construction du marché intérieur à venir et sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de justice, la Commission a entrepris dès 1988 une politique de libéralisation systématique de l'emploi public au sein de quatre services publics qu'elle a jugés prioritaires : les organismes chargés de gérer un service commercial (par exemple : transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radio-télédiffusion), les services opérationnels de santé publique, l'enseignement dans les établissements publics, la recherche à des fins civiles dans les établissements publics³³². Face au foisonnement des procédures en manquement engagées par la Commission, le volontarisme des Institutions européennes a pu être perçu comme la marque d'une « *hostilité de principe contre un secteur public qu'elles jugent trop étendu* »³³³. À l'exception des fonctions de direction ou de sécurité, la Cour de justice a ainsi refusé de reconnaître la qualification d'« *emploi dans l'administration publique* » au sens du Traité, aux emplois ouvriers dans les administrations³³⁴, aux emplois concernant la distribution d'eau, de gaz et d'électricité³³⁵, aux emplois des postes et télécommunications³³⁶, des transports terrestres, maritimes et aériens, aux emplois de la recherche civile³³⁷, de la radiotélévision, de l'orchestre, de l'opéra³³⁸, de la santé publique³³⁹ ou encore de l'enseignement public³⁴⁰.

les établissements publics à caractère industriel ou commercial, il s'agit des seuls agents qui ont la qualité de fonctionnaire.

³³¹ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* n° 0180 du 6 août 2009.

³³² Communication du 18 mars 1988, *JOCE*, n° C 72, 18 mars 1988, p. 2. La Commission justifiait un contrôle systématique du fait que ces activités soit existaient dans le secteur privé, soit étaient détachables de la nationalité.

³³³ En ce sens, P. RODIÈRE, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 270.

³³⁴ CJCE, 26 mai 1982, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, *Rec. I-1845*.

³³⁵ CJCE, 2 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, *Rec. I-2121* ; CJCE, 30 mai 1989, *Allié et Coonan*, 33/88, *Rec. I-1591* ; 27 novembre 1981, *Bleis*, C 4/91, *Rec. I-5627* ; CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-173/94.

³³⁶ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec. I-3207*.

³³⁷ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 225/85, *Rec. I-2625*.

³³⁸ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-290/94.

³³⁹ CJCE, 9 septembre 2003, *Mme Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec. I-8246* (concernant le concours d'admission à la fonction de directeur d'hôpital) ; CJCE, 3 juin 1986, *Commission c/ République française*, aff. 307/84, *Rec. I-1725* (concernant un emploi titulaire d'infirmier d'hôpitaux publics).

³⁴⁰ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, aff. 66/85, *Rec. I-2121* ; CJCE, 27 novembre 1991, aff. C-4/91 ; CJCE, 30 mai 1989, *Allue et Coonan*, aff. C-33/88, *Rec. I-1591*.

100. *La remise en cause du modèle français de la fonction publique ?* L'approche fonctionnelle retenue par la Cour de justice remet en cause le modèle culturel de la fonction publique française, bâti autour du système de carrière et composé de corps, de grades et d'échelons, qui déterminent le statut des agents mais aussi leurs droits à avancement. La définition de l'« *emploi dans l'administration publique* » au sens de l'article 45 du TFUE relève de surcroît d'une conception fonctionnelle de la fonction publique (*i.e.* d'une fonction publique d'emploi), par opposition au modèle de la fonction publique de carrière dont la France a fait le choix, à l'instar de la majorité des états membres³⁴¹.

101. Cette conception privilégie ainsi des modes de recrutement similaires au secteur privé, au détriment notamment de la voie du concours, puisque la Cour de justice ne permet pas aux États membres de cantonner les ressortissants européens au statut d'agent public non titulaire et de les empêcher d'accéder à la titularisation³⁴². Dès lors, l'impact du droit de l'Union européenne ne se limite pas à la suppression de la condition de la nationalité incluse dans les statuts, il bouleverse également le principe du recrutement par concours affirmé à l'article 6 du Statut général de la fonction publique³⁴³, lequel joue pourtant un grand rôle dans la construction de l'identité du fonctionnaire, serviteur de l'État. En effet, le recrutement par concours est traditionnellement perçu comme la technique la plus propre à assurer la sélection des meilleurs éléments, l'égalité des chances dans l'accès aux emplois publics et la neutralité contre l'arbitraire politique³⁴⁴, dont on attribue traditionnellement le fondement dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel « *tous les citoyens étant égaux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* »³⁴⁵. La diversification des recrutements au sein de la fonction publique induite par le

³⁴¹ Voir B. PÊCHEUR, *Rapport sur la fonction publique*, 2013 : « *Le choix d'un régime d'emploi fixé unilatéralement par le législateur ou l'autorité réglementaire n'est pas un archaïsme (il est prédominant en Europe : 21 pays sur 28) et le choix d'une fonction publique de carrière n'est pas davantage une exception française : c'est même le cas de la majorité des pays (12 États sur 28 ont un régime de carrière, 9 un régime combinant carrière et emploi, 7 un régime d'emploi).* »

³⁴² CJCE, 16 juillet 1987, *Commission c/ Italie*, 225/85, *Rec.* I-2625 (intégration au cadre permanent des chercheurs du Centre national de la recherche italien).

³⁴³ Article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « *Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi.* »

³⁴⁴ Voir not. O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Thémis Droit, PUF, 3^{ème} éd., p. 137 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, 15^{ème} éd., Domat, Montchrestien, p. 164.

³⁴⁵ R. CAVALLO PERIN et B. GAGLIARDI, « *La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne : les modèles italien et français de recrutement dans la fonction publique* », in *Droit du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, Éd. L'Épilogue-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. 1, pp. 169-189, spéc. p. 171.

principe de libre circulation des travailleurs est par ailleurs renforcée par des logiques internes visant à favoriser les mobilités entre fonction publique et secteur privé³⁴⁶.

102. En outre, la prohibition de toute discrimination, directe et indirecte entre les nationaux et les ressortissants communautaires, intervient autant en début de carrière de l'agent qu'en cours de carrière. Certes, la reconnaissance de l'équivalence de diplôme et de l'expérience acquise ne constitue pas un droit du ressortissant européen à être effectivement recruté³⁴⁷, mais l'administration d'accueil est néanmoins tenue de prendre en compte les qualifications et les activités professionnelles exercées antérieurement au sein d'un autre État³⁴⁸, c'est-à-dire les expériences professionnelles acquises dans les mêmes types de service d'un État à l'autre, quel qu'en soit le statut, public ou privé, y compris lorsque l'expérience professionnelle dans un autre État a été exclusivement réalisée sous un régime de droit privé. À cet égard, il n'est pas certain que le décret du 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants européens soit conforme aux dispositions du Traité dès lors qu'il soumet à des règles différentes de prise en compte des services antérieurs selon que le ressortissant ait exercé ses fonctions antérieures dans le cadre d'un lien d'emploi public ou d'un contrat de travail³⁴⁹. Par-là est également remis en cause le principe de la séparation du grade et de l'emploi, selon lequel le fonctionnaire est titulaire d'un grade, dont le niveau hiérarchique lui ouvre l'accès de plusieurs emplois. On observera toutefois que le législateur interne partage pour des raisons différentes cette même préoccupation et cherche à développer une logique plus fonctionnelle de la fonction publique en réduisant le nombre de corps et valorisant les emplois exercés³⁵⁰.

103. Enfin, l'indifférence affichée par les Institutions européennes à l'égard de la nature juridique du lien d'emploi antérieur conduit d'une certaine manière à assimiler secteur public et secteur privé – tant en termes d'activité que de valeurs – visant sinon à « banaliser » le droit de la fonction publique, du moins à le « normaliser »³⁵¹.

³⁴⁶ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

³⁴⁷ CJCE, 9 septembre 2003, *Mme Burbaud*, aff. C-285/01, *Rec. I-8246*, point 91.

³⁴⁸ CJCE, 23 février 1994, *Scholz*, C 441/92, *Rec. I-505* ; CJCE, 5 juillet 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*, C-15/96, *Rec. I-47* ; CJCE, 9 septembre 2003, *Mme Burbaud*, C-285/01, *Rec. I-8246*.

³⁴⁹ Article 10 du décret n° 2010-311 du 22 mars 2010 relatif aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi de la fonction publique française.

³⁵⁰ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

³⁵¹ En ce sens, M. POCHARD, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 1906.

CONCLUSION DE CHAPITRE

104. Indifférent aux catégories juridiques relevant du droit interne, le droit de l'Union européenne transcende la *summa divisio* interne droit public - droit privé. L'opérateur public, peu important sa forme juridique, est soumis aux règles de concurrence et aux libertés de circulation fondatrices du marché intérieur dès lors qu'il poursuit une activité économique. Celle-ci s'apprécie de façon extensive du fait de la conception fonctionnelle que les Institutions européennes retiennent de la notion d'« *entreprise* » et de l'« *emploi dans l'administration publique* ». Seules les fonctions dites « *régaliennes* » ou « *de puissance publique* », traditionnellement et nécessairement assumées par les autorités publiques, échappent par principe au droit commun de l'Union européenne.

Dès lors, les critères dégagés en droit interne, aux fins d'identifier le service public et de lui appliquer un régime juridique propre, deviennent inopérants. S'agissant du critère organique, il est acquis que l'opérateur économique ne peut plus échapper au droit commun de l'Union du seul fait du statut public dont il serait doté. S'agissant du critère matériel, l'activité poursuivie par l'opérateur ne peut plus échapper au droit commun de l'Union du seul fait qu'elle poursuivrait une finalité d'intérêt général.

105. La banalisation du régime juridique des services publics qui en résulte appelle deux observations principales. Tout d'abord, la soumission de l'opérateur public aux règles de concurrence interroge sur la place que l'État doit occuper au sein d'une économie de marché, et, plus précisément, sur la légitimité de son intervention dès lors qu'il poursuit les mêmes finalités et obéit aux mêmes règles de fonctionnement que l'opérateur privé. Ensuite, la soumission des emplois publics au droit de l'Union, qu'il s'agisse de règles à finalité sociale ou économique, remet en cause le particularisme de l'emploi public en droit interne. Dès lors qu'il est admis qu'un même travailleur peut exercer des fonctions identiques, sans préjudice de la nature juridique du lien d'emploi qui l'unit à son employeur ou de la nature juridique de celui-ci, il devient difficile de légitimer l'existence d'un régime de travail propre aux services publics et exorbitant du droit commun.

La dynamique européenne, qui distingue au sein d'une activité publique les tâches relevant de l'activité régaliennne de celles qui n'en relèvent pas, trouve parallèlement un certain épanouissement en droit interne du fait de la remise en cause des modalités traditionnelles de l'action administrative.

CHAPITRE 2. LA BANALISATION PAR LES NOUVEAUX MODES DE GESTION DES ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC

106. L'action administrative est classiquement entendue comme celle menée par une collectivité publique dans un but d'intérêt général³⁵² par le biais de moyens exorbitants du droit commun. Une telle présentation, bien qu'elle conserve une large part de vérité, semble aujourd'hui excessivement simpliste. La diversification de l'intervention publique – principalement dans les domaines commerciaux, industriels, sociaux, culturels ou encore sportifs – a nécessité un mode de gestion plus souple de ces nouveaux services publics, dont la nature est finalement similaire à l'offre marchande du secteur privé. Parallèlement, l'État providence fait l'objet d'une critique d'ordre libéral, par laquelle l'interventionnisme de l'État en matière économique est au mieux perçu comme un obstacle à la gestion efficace des services publics³⁵³, au pire comme une entrave à la liberté d'entreprendre et à l'initiative privée³⁵⁴. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les autorités publiques cèdent de plus en plus à la tentation d'utiliser des structures ou des techniques de gestion de droit privé, afin d'échapper à la pleine application du droit public. Elles cherchent ainsi des moyens juridiques pour exercer sous l'empire du droit privé ces mêmes activités qu'elles exerçaient auparavant sous une forme publique (**Section 1**). Plus encore, si les personnes publiques n'ont pas – et n'ont jamais – exercé un monopole de la gestion du service public, on ne peut que constater l'accélération du transfert, au profit de personnes privées, d'activités qui jusqu'alors relevaient du cœur de la mission administrative (**Section 2**). Il en résulte un mouvement de contractation tant du domaine d'intervention des services publics que du droit exorbitant qui leur était traditionnellement réservé.

³⁵² Malgré l'existence de controverses doctrinales, nous retiendrons ici une conception finaliste du service public qui, de ce fait ne peut être réduit à la simple fourniture d'une prestation et intègre l'activité de police de l'administration (en ce sens, voir not. J.-L. DE CORAIL, « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », in *Mélanges EISENMANN*, Cujas, 1975, p. 299 et J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, 2008, PUF, pp. 40 et s.).

³⁵³ A. AMAR et L. BERTHIER, « Le nouveau management public : avantages et limites », in *Gestion et management publics*, *Revue du RECEMAP*, décembre 2007 : l'ensemble des doctrines du New Public Management relève de l'idée principale que « *les méthodes de management du secteur privé, supérieures à celles du secteur public, peuvent lui être transposées. Le secteur public est jugé inefficace, excessivement bureaucratique, rigide, coûteux, centré sur son propre développement (effet Léviathan), non innovant et ayant une hiérarchie trop centralisée.* »

³⁵⁴ Le Conseil d'État a toutefois assoupli sa position : l'intervention publique sur un marché doit respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie garanti aux personnes privées mais n'exige plus systématiquement une carence de l'initiative privée (CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531, *Lebon*, p. 272).

SECTION 1. L'INTENSIFICATION DE LA TRANSFORMATION DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS EN SOCIÉTÉS DE DROIT PRIVÉ

107. Outre la dévolution à une personne privée de la gestion d'un service public (qui fera l'objet d'une seconde section), le terme usuel de « privatisation » des services publics renvoie à plusieurs types d'opérations juridiques. Elles ont en commun d'illustrer la préférence affichée par les autorités publiques pour des modes de gestion plus souples, sur le modèle de l'entreprise privée.

108. *La « privatisation » du régime juridique applicable à la personne publique.* On évacuera rapidement cette problématique dans la mesure où le gestionnaire du service demeure une personne publique. Il ne s'agit d'ailleurs pas là d'un phénomène nouveau. La tentation d'échapper aux règles de la gestion publique a toujours été présente depuis que, par l'arrêt *Bac d'Eloka*³⁵⁵, la possibilité de gérer des services publics industriels et commerciaux selon les règles de la gestion privée a été reconnue aux personnes publiques³⁵⁶. Les établissements publics industriels et commerciaux ont notamment pour avantage d'être soumis à une comptabilité publique plus souple que celle des établissements publics administratifs, très proche de celle des entreprises privées³⁵⁷.

De surcroît, l'établissement public – traditionnellement entendu de la personne morale de droit public spécialisée dans la gestion d'un service public, distincte de l'État et des collectivités locales³⁵⁸ – ne semble plus être la forme privilégiée des nouveaux modes d'action de l'administration. À côté des établissements publics, le législateur a créé de nouvelles entités autonomes soumises à un régime juridique spécifique mais qui ont bien pour objet de

³⁵⁵ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain (Bac d'Eloka)*, n° 00706.

³⁵⁶ En 2009, le Conseil d'État constatait que le recours à la formule de l'établissement public industriel et commercial pouvait être davantage motivé par la volonté de la personne publique d'échapper aux règles de droit public qu'à la nature du service en cause (CE, *Les établissements publics*, Les études du Conseil d'État, *La doc. fr.*, 15 octobre 2009, p. 18).

³⁵⁷ A. DELION, « Service public et comptabilité publique », *AJDA*, 1997, p. 69. Un certain nombre d'établissements publics administratifs ont même, lors de leur création, été purement et simplement soustraits du champ d'application de la comptabilité publique. Une simple disposition réglementaire peut suffire à exclure l'établissement public de la comptabilité publique, cette dérogation étant utilisée parfois pour les EPA et souvent pour les EPIC (CE, *Les établissements publics*, Les études du Conseil d'État, *La doc. fr.*, 15 octobre 2009, p. 19). C'est le cas par exemple de l'Établissement français du sang, qualifié d'établissement public administratif mais qui dispose de prérogatives d'établissement public industriel et commercial.

³⁵⁸ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, Domat, 11^{ème} éd., p. 259. Voir toutefois F. BÉROUJON, qui considère que la gestion d'un service public ne relevait pas à l'origine de la définition de l'établissement public et qu'elle a été développée pour lui servir d'assise théorique (« Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26).

gérer un service public. C'est ainsi qu'ont proliféré les autorités administratives indépendantes (AAI) et les autorités publiques indépendantes (API)³⁵⁹, telles que l'Autorité des marchés financiers (AMF)³⁶⁰, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)³⁶¹, l'Agence française de lutte contre le dopage³⁶², la Haute autorité de la santé³⁶³ ou encore le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)³⁶⁴.

Parallèlement, le législateur a multiplié les personnes publiques *sui generis*, en partie soumises au droit privé. Ainsi, la Banque de France est une personne publique gérant un service public pour l'essentiel administratif qui « revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres », de sorte que le Code du travail s'applique aux personnels sous réserve des cas d'incompatibilité avec son statut ou avec les missions de service public dont elle est chargée³⁶⁵. L'Institut de France et les Académies ont été qualifiées de « personnes morales de droit public à statut particulier »³⁶⁶ tandis que la Caisse des dépôts et consignations serait une sorte d'institution financière publique, qualifiée d'« établissement spécial » au service de l'intérêt général et du développement économique du pays³⁶⁷. L'hypothèse d'une « crise de l'établissement public », régulièrement avancée³⁶⁸, est par ailleurs renouvelée par une tendance marquée à la « sociétatisation » de nombreux établissements publics.

³⁵⁹ Cette appellation a été introduite par la récente loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, *JORF* n° 0018 du 21 janvier 2017.

³⁶⁰ Article L. 621-1 du Code monétaire et financier.

³⁶¹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, chapitre III tel que modifié par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, précitée.

³⁶² Article L. 232-5 du Code du sport.

³⁶³ Article L. 161-37 du Code de la santé publique.

³⁶⁴ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* n° 0266 du 16 novembre 2013.

³⁶⁵ CE, 22 mars 2000, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*, n° 203854, *Lebon* p. 125. Voir égal. Cass. 2^{ème} civ. 18 septembre 2014, n° 13-23.346, *Bull.* II, n° 186 et Cass. crim. 3 juin 2003, n° 02-84.474, *Bull.* n° 110.

³⁶⁶ Article 35 de la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 de programme pour la recherche, *JORF* n° 92 du 19 avril 2006.

³⁶⁷ Article L. 518-2 du Code monétaire et financier.

³⁶⁸ F. BÉROUJON, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26 ; D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, 2007.100017 ; M. LOMBARD, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79 ; B. PLESSIX, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A*, 2007, n° 13, p. 38 ; R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950. Certains auteurs relativisent toutefois fortement le recul de l'établissement public, lequel demeurerait encore le mode de gestion dominant des services publics (P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, Domat, 11^{ème} éd., p. 264) à l'instar du Conseil d'État (CE, *Les établissements publics*, Les études du Conseil d'État, *La doc. fr.*, 15 octobre 2009).

109. La « privatisation » du statut de la personne gestionnaire du service public. On distingue traditionnellement d'une part, les entreprises publiques locales dont la logique relèverait principalement du droit de la commande publique et, d'autre part, les entreprises publiques nationales, lesquelles viennent en soutien de l'action économique et politique du Gouvernement. Bien que les premières n'échappent pas non plus à l'influence croissante du droit privé³⁶⁹, le champ de cette étude se limitera au cas des secondes, qui nous apparaissent plus emblématiques du repli conjugué de l'étendue des services publics et du droit exorbitant qui lui est traditionnellement attaché. En effet, la majorité des grands établissements industriels et commerciaux nationaux ont été transformés en sociétés de droit privé dans le but affiché de soumettre l'opérateur public dans sa totalité aux règles de droit privé (§ 1). Il s'agit bien souvent d'une première étape vers une privatisation totale ou partielle du capital social de la société ainsi transformée.

110. La privatisation de la propriété publique. Le transfert de propriété des capitaux publics au profit des personnes de droit privé constitue ici la « vraie privatisation » au sens de l'article 34 de la Constitution³⁷⁰. En outre, même lorsque l'État demeure actionnaire – majoritaire ou minoritaire – il en résulte un alignement de celui-ci sur le droit commun des sociétés (§ 2). À cet égard, le contentieux relatif aux lois de privatisation fait apparaître la faible portée de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, aux termes duquel « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* » (§ 3).

§ 1. L'intensification de la transformation des établissements publics en sociétés de droit privé

111. L'établissement public industriel et commercial national, un modèle dépassé ? Le modèle de l'établissement public industriel et commercial (EPIC) évoluant dans un secteur concurrentiel fait régulièrement l'objet de critiques³⁷¹. Outre les menaces que font peser sur

³⁶⁹ Voir not. C. BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p. 57 ; C. DEVES, « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart », *RFDA*, 2013, p. 1082.

³⁷⁰ « La loi fixe également les règles concernant : [...] les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. »

³⁷¹ Pour une synthèse et une relativisation des arguments en faveur de l'obsolescence de l'EPIC national, M. KARPENSCHIF, « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP A*, 2009, n° 31-35, 2197. Pour une relativisation de la contrainte entraînée par la qualité d'établissement public, D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, 2006.100017.

lui le droit de la concurrence³⁷², la double finalité impartie à l'EPIC, à savoir la recherche simultanée de la satisfaction de l'intérêt général et du profit, porte en elle-même une contradiction que l'opérateur économique ne peut que difficilement surmonter³⁷³. Enfin, il est régulièrement invoqué que la lourdeur de la tutelle étatique constituerait un frein à l'efficacité de la gestion tandis que le principe de spécialité des personnes publiques³⁷⁴ serait un frein à l'innovation et à la diversification de l'activité, autrement dit au développement économique des opérateurs. Le fait que l'EPIC soit dépourvu de capital³⁷⁵ l'empêche de surcroît de mettre en place des alliances capitalistiques, auxquelles se livrent ses concurrents. Il se trouve ainsi interdit d'investissements privés alors même que l'État se révèle incapable de financer les investissements nécessaires. À titre d'illustration, c'est en substance en ces termes que les auteurs du rapport relatif à l'avenir de la Direction des Constructions Navales critiquaient les insuffisances consubstantielles de la nature publique de l'opérateur exerçant en environnement concurrentiel³⁷⁶. C'est également le sens du rapport DIEFENBACHER de 2003 qui préconisait de transformer toutes les entreprises opérant sur un marché concurrentiel en sociétés anonymes³⁷⁷, là où, dès 1967, le rapport NORA préconisait déjà une plus grande

³⁷² Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

³⁷³ D'ailleurs, la structure juridique de l'établissement public n'avait pas initialement été créée pour assurer la gestion d'activités d'intérêt général mais pour des raisons essentiellement patrimoniales (F. BÉROUJON, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26).

³⁷⁴ Le principe de spécialité s'impose à toute personne morale et lui interdit d'intervenir au-delà de la compétence qui lui a été conférée par ses statuts. Certes, ce principe n'est guère contraignant pour les sociétés commerciales dont les statuts prévoient qu'elles peuvent mener toutes actions concourant directement ou indirectement à la réalisation de l'objet social (Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 21^{ème} éd., spéc. n° 73, p. 93). Mais, outre que la loi peut définir de manière large les missions dévolues à l'établissement public, on soulignera la relative souplesse du juge administratif puisque celui-ci admet la diversification de l'établissement lorsqu'elle constitue le « complément normal et nécessaire » de l'activité principale (CE, 18 décembre 1959, *Delansorme*, n° 22536, *Lebon*, p. 692) ou qu'elle présente « un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci » (CE, avis, 15 juillet 1992, *RATP*, n° 352281, *Lebon*, p. 435). Plus encore, le juge administratif retient une conception souple du principe de spécialité, lequel « ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public ou un organisme assimilé, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques » à condition que ces activités soient suffisamment connexes à la mission principale, qu'elles soient d'intérêt général et utiles à l'établissement (CE, avis, *Diversification des activités d'EDF/GDF*, n° 356089, Rapport public 1994, *EDCE*, 1994, p. 409).

³⁷⁵ L'article 79 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative pour 2001 prévoit un dispositif permanent autorisant l'État à percevoir un dividende sur le résultat des établissements publics placés sous sa tutelle. Le dividende est prélevé « par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice », notion qui est définie par renvoi à l'article L. 232-11 du Code de commerce, mais il peut également être prélevé sur les « réserves disponibles ».

³⁷⁶ H. CONZE et A. JOLIVET, « L'Avenir de la DCN (Direction des constructions navales) : diagnostic », *La doc. fr.*, février 1996, spéc. p. 53.

³⁷⁷ M. DIEFENBACHER, *Rapport sur la gestion des entreprises publiques*, tome 1, 3 juillet 2003, Assemblée nationale, n° 1004.

autonomie des entreprises publiques à l'égard de leurs autorités de tutelle³⁷⁸. De manière moins radicale, le Professeur NICINSKI appelle quant à elle à la modification du droit français aux fins de doter les EPIC d'un capital social selon les règles du droit commercial³⁷⁹.

112. Un mouvement d'ampleur. Le mouvement de transformation des EPIC en société de droit privé a connu une ampleur considérable à compter des années 70 et n'a pas cessé depuis de s'intensifier. Ont notamment été concernés le Service des poudres du ministère de la Défense en 1970³⁸⁰, la Télévision de France (TDF) en 1986³⁸¹, la Caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales (devenue Crédit local de France) en 1987³⁸², le Service d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (SEITA) en 1980³⁸³, le Groupement industriel des armements terrestres (GIAT) en 1989³⁸⁴, France Télécom en 1990³⁸⁵, l'Imprimerie nationale en 1993³⁸⁶, Gaz de France (GDF) et Électricité de France (EDF) en 2004³⁸⁷, Aéroport de Paris (ADP)³⁸⁸, l'Agence nationale de valorisation de la recherche³⁸⁹ ou encore le Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies (LBF)³⁹⁰ en 2005, La Poste en 2010³⁹¹. Au total, la plus grande part du portefeuille de l'Agence des participations de l'État (APE) est constituée de sociétés anonymes³⁹², même si l'on dénombre encore

³⁷⁸ S. NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, avril 1967.

³⁷⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 5^{ème} éd., LGDJ, Domat, p. 383.

³⁸⁰ Loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, *JORF* du 5 juillet 1970.

³⁸¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite Loi Léotard, *JORF* du 1^{er} octobre 1986.

³⁸² Décret n° 87-814 du 6 octobre 1987 modifiant les règles d'organisation et de fonctionnement de la caisse d'aide à l'équipement des collectivités locales (CAECL), *JORF* du 7 octobre 1987.

³⁸³ Loi n° 80-495 du 2 juillet 1980 portant modification du statut du service d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, *JORF* du 3 juillet 1980.

³⁸⁴ Loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (G.I.A.T.), *JORF* du 27 décembre 1989.

³⁸⁵ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JORF* du 27 juillet 1996.

³⁸⁶ Loi n° 93-1419 du 31 décembre 1993 relative à l'Imprimerie nationale, *JORF* du 1^{er} janvier 1994.

³⁸⁷ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* du 11 août 2004.

³⁸⁸ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, *JORF* du 21 avril 2005.

³⁸⁹ Ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la création de l'établissement public OSEO et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de valorisation de la recherche en société anonyme, *JORF* n° 151 du 30 juin 2005.

³⁹⁰ Étant précisé qu'il ne s'agissait pas là d'un EPIC mais d'un groupement d'intérêt public : ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005 transformant le groupement d'intérêt public dénommé « Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies » en société anonyme, *JORF* du 29 juillet 2005.

³⁹¹ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La poste et aux activités postales, *JORF* du 10 février 2010.

³⁹² Agence des participations de l'État, Rapport d'activité 2015-2016.

nombre d'EPIC³⁹³, des sociétés d'économie mixte³⁹⁴, des sociétés par actions simplifiées³⁹⁵ ou encore quelques établissements publics administratifs³⁹⁶.

113. En définitive, c'est l'ensemble des grands établissements nationaux en charge de services publics hautement symboliques qui ont progressivement été transformés en sociétés de droit privé, à l'exception notable de la Régie autonome des transports parisiens (RATP), de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et de Réseau Ferré de France (RFF) dont le législateur a choisi de conserver la nature juridique publique. La loi du 4 août 2014³⁹⁷ a ainsi créé, en lieu et place des deux EPIC SNCF et RFF, un groupe public ferroviaire composé d'un EPIC de tête « SNCF » et de deux EPIC « SNCF Réseau » et « SNCF Mobilité ». En l'état du droit positif de l'Union européenne et de l'ouverture à la concurrence prochaine du transport ferroviaire de voyageurs³⁹⁸, on s'interroge toutefois sur la pérennité de ce dispositif.

114. *Les modalités de la transformation.* Deux modes opératoires distincts s'offrent au législateur – éventuellement au pouvoir règlementaire³⁹⁹. Le premier consiste à supprimer l'EPIC et à apporter l'ensemble de ses biens, droits et obligations à la société de droit privé nouvellement créée. C'est la formule qui a été choisie pour transformer l'EPIC France Télécom en société anonyme⁴⁰⁰. Le second n'entraîne pas la création d'une nouvelle personne

³⁹³ Tels que BPI-Groupe, SNCF, SNCF Mobilités, SNCF Réseau, Monnaie de Paris.

³⁹⁴ Telles que Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS), Autoroutes et tunnel du Mont Blanc (ATMB).

³⁹⁵ Telle que la Société pour le logement intermédiaire (SLI).

³⁹⁶ Telle que la Caisse nationale des autoroutes, gérées par la Caisse des dépôts et consignations.

³⁹⁷ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF* du 5 août 2014.

³⁹⁸ En application du quatrième « paquet ferroviaire » adopté le 17 octobre 2016 par le Conseil de l'Union européenne, elle est prévue dans les années 2020-2023 pour les lignes à grande vitesse, les trains d'équilibre du territoire et les trains régionaux, et entre 2025 et 2040 pour les transports franciliens.

³⁹⁹ L'article 34 de la Constitution ne prévoit la compétence du législateur que s'agissant de « *la création de catégories établissements publics* » et non pour la création des établissements eux-mêmes. À titre d'exemple, voir décret n° 80-1025 du 19 décembre 1980 relatif aux apports de biens, droits et obligations de la Caisse nationale des marchés de l'État, des collectivités et établissements publics (CNME) à la société Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (CEPME).

⁴⁰⁰ Article 1^{er} de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996, précitée : « *La personne morale de droit public France Télécom mentionnée à l'article 1^{er} est transformée à compter du 31 décembre 1996 en une entreprise nationale dénommée France Télécom, dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social. Cette entreprise est soumise aux dispositions de la présente loi en tant que celle-ci concerne l'exploitant public France Télécom et, dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la présente loi, aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes. [...] Les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public France Télécom sont transférés de plein droit, au 31 décembre 1996, à l'entreprise nationale France Télécom à l'exception de ceux mentionnés à l'alinéa suivant. Les biens de la personne morale de droit public France Télécom relevant du domaine public sont déclassés à la même date. Les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public France Télécom nécessaires aux missions de service public d'enseignement supérieur des télécommunications sont transférés à l'État. Un arrêté des ministres*

morale et se borne à modifier le statut juridique de l'opérateur. Dans ce cas, le législateur organise la continuité juridique de l'acteur sans opérer d'apport de biens, ni de cessation d'activité. Ce fut notamment le cas pour EDF⁴⁰¹ et ADP⁴⁰².

115. Un alignement sur le droit commun des sociétés. Bien que de nombreuses dérogations au droit commun des sociétés puissent être relevées⁴⁰³, il résulte nécessairement de la transformation de l'EPIC en société anonyme une circonscription du droit exorbitant qui lui était attaché. Aussi la nouvelle société conclura-t-elle plus fréquemment des contrats de droit privé, effectuera des travaux qui seront moins souvent publics et sera entièrement soustraite aux règles de la domanialité publique.

116. Une remise en cause de la légitimité des opérateurs publics sur un marché concurrentiel. L'idée selon laquelle une bonne gestion commerciale des entreprises publiques repose sur une gestion privée, avec un statut juridique adéquat – c'est-à-dire celui d'entreprise privée – semble s'être durablement imposée. L'assimilation des impératifs de gestion des opérateurs publics et privés qui en résulte remet en cause, ou du moins interroge, sur la raison d'être de l'opérateur public sur un marché concurrentiel. Quelles sont les raisons qui justifient encore l'existence d'un opérateur public poursuivant les mêmes finalités et suivant les mêmes modalités que l'opérateur privé ? Dans quelles conditions le rôle d'« investisseur de marché » et l'exploitation d'une mission de service public au service de l'intérêt général peuvent-ils être conciliés ? La banalisation de la situation des opérateurs publics pose *in fine* la question de la légitimité de l'interventionnisme des établissements publics dans une économie de marché et ce alors même que le rôle de l'État en matière économique s'oriente désormais vers des

chargés de l'économie, du budget et des télécommunications détermine la liste des biens, droits et obligations dont il s'agit. Les transferts mentionnés aux deux alinéas précédents sont effectués à titre gratuit et ne donnent lieu ni à indemnité, ni à perception de droits ou taxes, ni au versement de salaires ou honoraires. »

⁴⁰¹ Article 25 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, précitée : « *La transformation en sociétés d'Électricité de France et de Gaz de France n'emporte ni création de personnes morales nouvelles, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature des sociétés Électricité de France et Gaz de France, en France et hors de France, sont ceux de chacun des établissements publics au moment de la transformation de leur forme juridique. Cette transformation ne permet aucune remise en cause de ces biens, droits, obligations, contrats et autorisations [...]. »*

⁴⁰² Article 1^{er} de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005, précitée : « *L'établissement public Aéroport de Paris est transformé en Société Anonyme. Cette transformation n'emporte ni création d'une personne morale nouvelle, ni conséquence sur le régime juridique auquel sont soumis les personnels. »*

⁴⁰³ Voir, plus largement, A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, LGDJ, 2010, ainsi que pour une mise à jour, l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, telle que ratifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015.

activités de régulation⁴⁰⁴. Par ailleurs, le changement statutaire de l'opérateur apparaît bien souvent comme le préalable d'une réelle privatisation des capitaux.

§ 2. L'intensification de l'ouverture au secteur privé du capital social des sociétés du secteur public

117. Depuis une trentaine d'années s'est engagé un mouvement de privatisation et de contraction du secteur public. Si l'État a indéniablement réduit son intervention dans les secteurs économiques ouverts à la concurrence⁴⁰⁵, il veille à conserver une certaine influence, que ce soit par le biais des mécanismes du droit commun des sociétés ou par le biais de prérogatives spécifiques.

118. Précisions terminologiques. Le transfert de la propriété publique au secteur privé constitue la privatisation *stricto sensu*. En application de l'article 34 de la Constitution, c'est au seul législateur qu'il incombe de fixer les règles concernant « *les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* », étant précisé qu'il convient d'entendre par transfert de propriété la « *cession d'un ensemble cohérent de biens susceptibles d'une exploitation autonome* »⁴⁰⁶ ou la cession de plus de 50 % du capital social de l'entreprise publique. D'un strict point de vue juridique, les opérations d'ouverture minoritaire du capital ne constituent donc pas des opérations de privatisation puisque l'autorité publique conserve le contrôle de la société⁴⁰⁷.

119. Les modalités du transfert de propriété. S'il appartient au seul législateur de fixer les modalités générales du transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, il n'est pas tenu d'intervenir pour autoriser toute privatisation ponctuelle et peut laisser cette décision au pouvoir réglementaire⁴⁰⁸. Aussi, l'ordonnance du 20 août 2014 a soumis à autorisation préalable du législateur le transfert au secteur privé des entreprises publiques les

⁴⁰⁴ Sur le recul de l'État interventionniste et l'émergence de l'État régulateur, voir not. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2^{ème} éd., pp. 53-58 ou encore S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 5^{ème} éd., pp. 34-43.

⁴⁰⁵ « À partir de 1986, dans un contexte de libéralisation de l'économie mondiale, les programmes de privatisation ont fortement réduit son influence, en quatre périodes : 1986-1988 (15 Md€ de recettes), 1993-1995 (22 Md€), 1997-2002 (31 Md€) et 2002-2007 (38 Md€). Le rythme de cession s'est ralenti depuis lors : 8 Md€ entre 2007 et 2012 et 8 Md€ depuis 2012. » (Cour des comptes, *Rapport sur l'État actionnaire*, janvier 2017, p. 27).

⁴⁰⁶ CE, 4 mars 1996, *Fédération CGT des personnels de banque*, n° 117884, *Lebon*.

⁴⁰⁷ Cons. constit. 2 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380, DC ; CE, ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique*, n° 02020 et s., *Lebon*, p. 465.

⁴⁰⁸ Cons. constit. 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132, DC.

plus importantes (« de premier rang »), des sociétés entrées dans le secteur public en application d'une disposition législative, des sociétés exploitant une infrastructure de transport aéroportuaire ou autoroutière dans le cadre d'une concession accordée par l'État⁴⁰⁹.

120. *Un mouvement continu.* La première vague de privatisations a eu lieu en 1986 dans un contexte idéologique libéral visant à réduire l'interventionnisme économique de l'État. Puis, sous pression des directives communautaires visant à séparer les gestionnaires des réseaux des opérateurs, les privatisations ont souvent accompagné l'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux jusqu'alors gérés sous la forme de monopoles. Il en fut notamment ainsi de France Télécom⁴¹⁰ ou encore de Gaz de France⁴¹¹. Dans ce contexte de libéralisation sectorielle, les enjeux des privatisations sont avant tout financiers. Les entreprises publiques ont des besoins de financement que l'État actionnaire majoritaire peine à satisfaire. L'ouverture du capital leur permet alors de réaliser les opérations capitalistiques ou les partenariats jugés nécessaires.

À titre d'exemple, s'agissant des privatisations *stricto sensu*, au 30 juin 2016, l'Agence des participations de l'État ne détenait plus que 13,5 % chez Orange (contre 23,16 % en 2008), 32,8 % chez Engie (contre 35,9 % de GDF-SUEZ au 31 décembre 2009) ou encore 17,6 % chez Air France-KLM (contre 44 % au 31 décembre 2004)⁴¹². S'agissant des ouvertures partielles de capital, au 30 juin 2016, l'Agence des participations de l'État détenait 84,9 % du capital social chez EDF (contre 87,32 % au 21 novembre 2005) ; 50,6 % chez ADP (contre 60,4 % au 31 décembre 2008)⁴¹³. À ces participations directes peuvent toutefois s'ajouter des prises de participation de la Caisse des dépôts et consignations ou d'autres personnes publiques. Récemment, la loi du 6 août 2015 a autorisé le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société Groupement industriel des armements terrestres (GIAT) et de ses filiales, de la majorité du capital de la société Aéroports de la Côte d'Azur ainsi que de la majorité du capital de la société Aéroports de Lyon⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ Article 22 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique tel que modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, précitée.

⁴¹⁰ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* du 1^{er} janvier 2004.

⁴¹¹ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JORF* du 8 décembre 2006.

⁴¹² Agence des participations de l'État, *Rapport d'activité de l'État actionnaire 2015-2016*, comp. avec *Rapport d'activité de l'État actionnaire 2010*.

⁴¹³ Agence des participations de l'État, *Rapports d'activité 2015-2016 et 2010*, précités.

⁴¹⁴ Articles 189. I et 191. III et IV de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015. Par ces cessions, l'État cède ses parts

121. *L'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique*⁴¹⁵ : *entre alignement sur le droit commun des sociétés et maintien d'une spécificité de l'État actionnaire.* Le renouvellement du cadre légal visait avant tout, selon le compte-rendu du conseil des ministres du même jour, à « *rénover le cadre juridique d'action de l'État actionnaire, pour lui donner une capacité d'influence réelle, au moins égale à celle d'un actionnaire privé. Cette ordonnance prend en compte l'évolution, depuis 30 ans, des bonnes pratiques de gouvernance en rapprochant celles des entreprises à participation publique du droit commun des sociétés* ». Toutefois, ce nouveau cadre offre à l'État des pouvoirs et des prérogatives allant au-delà des solutions habituellement rencontrées en droit des sociétés⁴¹⁶, afin de préserver « *certaines spécificités des entreprises à participation publique, notamment pour garantir une plus grande représentation des salariés dans les organes de gouvernance, ou pour assurer la protection des intérêts stratégiques de l'État, comme dans le domaine de la défense nationale* »⁴¹⁷.

122. Toute l'ambivalence du rôle de l'État actionnaire est ainsi rappelée à l'article premier de l'ordonnance, dont il résulte que les sociétés à participation publique « *sont soumises aux dispositions du Code de commerce et des autres lois générales ou particulières qui les régissent dans la mesure où ces dispositions ne sont pas contraires à la présente ordonnance* ». L'alignement progressif sur le droit commun est perceptible tant au niveau de la gouvernance des entreprises que sur le régime applicable aux opérations sur capital. Mais l'État peut également, d'une certaine manière, instrumentaliser le droit commun pour asseoir son influence⁴¹⁸ sur les entreprises ou l'économie du pays. Il en va ainsi du mécanisme des droits de vote double en faveur de l'actionnariat de long terme, dont il bénéficie naturellement. En 2015, l'État a ainsi augmenté ses participations (Renault, Air France-KLM) afin d'imposer l'adoption d'une résolution instituant des droits de vote double au sein de l'entreprise. L'État actionnaire détient désormais 90,7 % des droits de vote chez EDF (pour 85 % du capital), 21,14 % chez Orange (pour 13,4 %), 36,7 % chez ENGIE (pour 32,7 %), et

dans la société aéroportuaire exploitante mais reste propriétaire et autorité concédante des infrastructures.

⁴¹⁵ Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique telle que ratifiée par loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Voir également le décret n° 2014-949 du 20 août 2014 portant application de ladite ordonnance.

⁴¹⁶ En ce sens, voir not. M. LORDONNOIS, « L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron », *RFDA*, 2016, p. 94.

⁴¹⁷ Compte-rendu du Conseil des ministres, 20 août 2014 (<http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2014-08-20/gouvernance-et-operations-sur-le-capital-des-societes-partic>).

⁴¹⁸ C. BOITEAU, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p. 57.

26,85 % chez Air France-KLM (pour 17,6 %). Chez Renault, il détient 19,7 % du capital, mais 26,05 % des droits de vote, qu'il s'est cependant engagé à plafonner à 17,5 % pour la plupart des décisions d'assemblée générale ordinaire⁴¹⁹. Ce mécanisme institué par la loi du 29 mars 2014 dite « loi Florange »⁴²⁰, doit être mis en parallèle avec celui instauré par la loi du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin »⁴²¹, qui rend contraignant le vote de l'assemblée générale des actionnaires sur la rémunération des principaux dirigeants des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Dans les deux cas, il s'agit pour l'État actionnaire de faire entendre sa voix et d'influer sur les choix de gestion de la société.

123. De même, l'article 31-1 nouveau de l'ordonnance définit le nouveau régime des actions spécifiques (« golden shares »), lesquelles permettent au Gouvernement, en substance, de s'opposer au franchissement d'un seuil de participation dans certaines sociétés dont l'activité est jugée stratégique (défense, approvisionnement en énergie). L'État dispose ainsi d'actions spécifiques dans le capital de Thalès⁴²², d'Engie⁴²³ ou encore de Nexter Systems⁴²⁴. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴²⁵, l'ordonnance limite la transformation d'une action ordinaire en action spécifique aux hypothèses dans lesquelles « *la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale* » et détermine « *les*

⁴¹⁹ Agence des participations de l'État, *Rapport d'activité 2015-2016*, précité.

⁴²⁰ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, *JORF* du 1^{er} avril 2014.

⁴²¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* du 10 décembre 2016. Cette règle est issue d'un amendement parlementaire en réaction à la décision du conseil d'administration de Renault de passer outre le vote négatif à 54 % de l'assemblée générale des actionnaires, entendue dans le cadre du « Say on Pay » et au sein de laquelle l'État, actionnaire minoritaire (19,74 %) n'avait pas pu faire entendre sa voix alors qu'il s'était clairement exprimé en défaveur du montant de la rémunération dudit dirigeant (*Le Monde*, 29 avril 2016).

⁴²² Décret n° 97-190 du 4 mars 1997 instituant une action spécifique de l'État au capital de Thomson CSF, *JORF* n° 54 du 5 mars 1997.

⁴²³ Décret n° 2007-1790 du 20 décembre 2007 instituant une action spécifique de l'État au capital de Gaz de France SA, *JORF* n° 0296 du 21 décembre 2007.

⁴²⁴ Décret n° 2015-1586 du 4 décembre 2015 instituant une action spécifique de l'État au capital de Nexter Systems SA, *JORF* du 6 décembre 2015.

⁴²⁵ CJCE, 4 juin 2002, (3 arrêts), *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98 ; *Commission c/ France*, aff. C-483/99 ; *Commission c/ Belgique*, aff. C-503/99. Après avoir rappelé que des réglementations susceptibles d'empêcher l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées et de dissuader les investissements en provenance d'autres États membres risquent de rendre illusoire la liberté de circulation des capitaux, et constituent bien une restriction aux mouvements de capitaux, la Cour de justice admet l'existence des actions spécifiques à la double condition qu'elles soient motivées par des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionnées au but poursuivi.

droits pouvant être attachés à une action spécifique, définis dans chaque cas de façon à être nécessaires, adéquats et proportionnés aux objectifs poursuivis »⁴²⁶.

En définitive, l'État-actionnaire, tout en se coulant dans le moule de l'investisseur avisé, ne renonce pas à conserver une certaine sphère d'influence sur les sociétés qu'il a entendu privatiser.

§ 3. La neutralisation de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 face aux transformations de l'entreprise publique

124. L'alinéa 9 du Préambule de 1946 dispose que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Fruit d'un compromis politique, il reconnaît par là l'existence du service public mais s'abstient d'en donner les éléments d'identification. Si la formulation du Constituant visait à justifier les nationalisations à venir, ce sont finalement les contentieux relatifs aux différentes lois de privatisations qui ont permis au Conseil constitutionnel d'en déterminer la portée. À cet égard, doivent être distingués les « *services publics nationaux* », dont certains relèvent de la catégorie des « *services publics constitutionnels* » et enfin les « *monopoles de fait* », sans qu'une application positive de l'un d'entre eux n'ait fait, à ce jour, obstacle à la transformation d'une entreprise publique.

125. Le monopole de fait. Celui-ci s'apprécie « *compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises* », étant précisé qu'« *on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités* »⁴²⁷. Ce faisant, le monopole de fait n'implique pas nécessairement qu'une mission de service public soit en jeu et sera en conséquence exclu du champ de notre étude.

126. Les services publics nationaux. Cette notion est plus difficile à cerner, le Constituant n'ayant pas pris soin de définir la liste d'activités concernées⁴²⁸. Il résulte de la jurisprudence

⁴²⁶ Article 31-1 nouveau de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, précitée.

⁴²⁷ Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543, DC (cons. 21) ; Cons. constit., 25-26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86-207, DC, cons. 53 et 55.

⁴²⁸ J. RIVERO et G. VEDEL en avaient conclu que « *sera considérée comme ayant les caractères d'un service public toute entreprise que le législateur estimera nécessaire de placer sous l'autorité de l'État. La*

constitutionnelle que la notion de services publics nationaux touche en réalité à deux sous-catégories, dont elle ne recouvre pas nécessairement les contours : les services publics nationaux qui disposent d'un *fondement constitutionnel* et ceux par *détermination de la loi ou du règlement*⁴²⁹. Autrement dit, il convient de distinguer d'une part, les services publics qui existeraient de par la Constitution, de telle sorte que le législateur ne pourrait ni les amputer ni leur retirer leur caractère de service public et, d'autre part, ceux dont l'opportunité serait laissée à l'appréciation du législateur ou du pouvoir réglementaire.

127. Les services publics de nature constitutionnelle. Il s'agit là des services dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, selon la formule dégagée par le Conseil constitutionnel lors de la grande loi de privatisations de 1986⁴³⁰. En l'espèce toutefois, il avait considéré qu'aucune des entreprises figurant sur la liste des entreprises privatisables ne pouvait être « *regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution* »⁴³¹. Par la suite, il a refusé de reconnaître qu'était en cause un service public dont l'existence serait garantie par la Constitution à chaque fois qu'il a été saisi de ce moyen⁴³². Dans ces conditions, on ne peut que supposer⁴³³ que la catégorie des services publics constitutionnels intègre les missions

formule employée se ramène à cette tautologie : "toute entreprise dont le législateur jugera qu'elle doit être traitée comme un service public sera nationalisée". » (« Les principes économiques et sociaux de la constitution : le Préambule », Dr. soc., 1947, pp. 13-35, spéc. p. 27).

⁴²⁹ Cons. constit., 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, n° 2004-501, DC, cons. 14 ; Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380, DC, cons. 4 ; Cons. constit., 25-26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86-207, DC, cons. 52-56.

⁴³⁰ Cons. constit., 25-26 juin 1986, *Privatisations*, n° 86-207, DC, cons. 53 et 55. Le Conseil constitutionnel a ensuite utilisé une formulation légèrement différente mais dont la signification semble identique : « *service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle* » (18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217, DC, cons. 9) puis « *service public exigé par la Constitution* » (7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, n° 87-232, DC, cons. 30) ou encore « *service public dont l'exigence et le fonctionnement seraient exigés dans la Constitution* » (9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 96-375, DC, cons. 5).

⁴³¹ Cons. constit., 25-26 juin 1986, précitée, cons. 54.

⁴³² À titre d'exemple, il a refusé de reconnaître cette qualité à la télévision par voie hertzienne (décision n° 86-217, DC, du 18 septembre 1986, cons. 9), à la distribution de prêts bonifiés (décision n° 97-232, DC, du 7 janvier 1988, cons. 30). Par l'utilisation d'une formule selon laquelle « *le législateur a confirmé leur qualité de services publics nationaux* », le Conseil constitutionnel a également rejeté cette qualité aux services des télécommunications (Décision n° 96-380, DC, du 23 juillet 1996, cons. 4) ainsi qu'aux services de production et fourniture d'énergie (décision n° 2004-501, DC, du 5 août 2004, cons. 14, conf. par décision n° 2006-543, DC, du 30 novembre 2006, cons. 15).

⁴³³ Dans sa thèse, R. DE BELLESCISE a abouti au constat d'une « *identification impossible* » des services publics constitutionnels. Ces derniers n'existent pas en tant que catégorie juridique objective déduite d'un texte constitutionnel ou d'une proximité particulière de la souveraineté car ces notions se

relevant de la souveraineté étatique (défense nationale, justice, affaires étrangères, police) mais également les missions que les dispositions constitutionnelles – principalement les principes économiques et sociaux du Préambule de 1946 – imposeraient à l'État (services de l'enseignement, de la santé, de l'aide sociale, peut-être également la culture, l'assurance chômage ou encore le droit à la formation professionnelle continue⁴³⁴). À ce titre, ces services constitutionnels peuvent être organisés au niveau local comme national.

Les services publics liés à la souveraineté étatique ne souffrant aucune concurrence de la part des personnes privées, la doctrine considère qu'ils ne peuvent pas être privatisés et doivent de surcroît être gérés par un organisme public⁴³⁵. À notre sens, il faut entendre par-là un organisme contrôlé par les autorités publiques et non pas un organisme soumis au droit public. En effet, l'alinéa 9 ne fixe qu'une obligation de non-privatisation de la propriété et l'on sait que le simple changement de statut de l'entité juridique n'implique pas en soi un transfert de propriété au secteur privé⁴³⁶. Dès lors, l'alinéa 9 ne s'opposerait pas à l'application d'un régime relevant du droit commun des sociétés dès lors que les autorités publiques disposent des moyens nécessaires à assurer le bon fonctionnement du service. Autrement dit, l'alinéa 9 se borne à prévoir la propriété publique sans préjudice de l'application ou non d'un droit administratif exorbitant du droit commun. S'agissant des services publics autres que ceux relevant de la souveraineté étatique (notamment la culture, l'enseignement) et qui admettent l'initiative privée à leurs côtés⁴³⁷, la question se pose de savoir si la seule participation publique majoritaire au sein du capital social de la société suffirait à satisfaire les exigences de l'alinéa 9, sur le modèle des services publics par détermination législative ou réglementaire.

128. Les services publics nationaux par détermination de la loi ou du règlement. Il semble que le Constituant ait entendu, par cette formulation, maintenir aux mains de la collectivité publique les entreprises qui, sans pour autant que leur existence soit exigée par une

modifient en permanence, au gré des évolutions historiques et politiques (R. DE BELLESCISE, *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, 2005).

⁴³⁴ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., n° 37-31.

⁴³⁵ En ce sens, L. FAVOREU et L. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., n° 37-31 ; E. GLASER, « La privatisation des sociétés d'autoroute, Conclusions sur CE, section, 27 septembre 2006, Bayrou et autres », *RFDA*, 2006, p. 1147.

⁴³⁶ Conseil constit., 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, n° 2010-601, DC.

⁴³⁷ Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « "l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État" ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé » (Conseil constit. 23 novembre 1977, n° 77-87, DC, cons. 4).

disposition constitutionnelle, présentent un intérêt stratégique pour la Nation. Pour entrer dans le champ d'application de l'alinéa 9, le service public doit tout d'abord être organisé au niveau national, de sorte que sont exclus tous les services désormais rattachés aux collectivités territoriales par le jeu de la décentralisation⁴³⁸. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a refusé de qualifier de service public national l'exploitation des réseaux autoroutiers, dont aucune société ne s'était vu attribuer de concession à l'échelon national⁴³⁹.

129. En outre, il résulte de la jurisprudence constitutionnelle que le service public national doit remplir une condition organique, de sorte qu'échappent à l'alinéa 9 les services publics certes organisés au niveau national mais répartis entre plusieurs opérateurs publics⁴⁴⁰. Dans sa décision du 30 novembre 2006, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé qu'« *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 ; que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* »⁴⁴¹. Après avoir constaté que la loi déferée mettait fin, à compter du 1^{er} juillet 2007, à l'exclusivité dont bénéficiait Gaz de France pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers, qu'elle imposait au niveau national des obligations de service public non seulement à Gaz de France, mais encore à l'ensemble des entreprises concurrentes intervenant dans le secteur du gaz naturel et, enfin, que l'activité de distribution du gaz naturel constitue un service public local et non national, le juge constitutionnel en a conclu que la loi déferée faisait perdre à Gaz de France, à compter du 1^{er} juillet 2007, son caractère de service public national, de sorte qu'elle pouvait être privatisée.

130. Par ailleurs, l'alinéa 9 ne fait pas obstacle, en soi, à la transformation d'un EPIC en société anonyme. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé qu'aucune disposition

⁴³⁸ Sur les incertitudes du critère, voir G. QUIOT, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA*, 2005, p. 813.

⁴³⁹ CE, 27 septembre 2006, *Bayrou et a.*, n° 290716, *Lebon*, concl. E. GLASER, « La privatisation des sociétés d'autoroute », *RFDA*, 2006, p. 1147.

⁴⁴⁰ Pour une critique de cette interprétation de l'alinéa 9, voir R. DE BELLESCIZE, « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, 2006, p. 1163. L'auteur expose, non sans fondement, que le critère de distinction est matériel. Est un service public national celui qui sert les intérêts de la Nation, le critère organisationnel du service – à l'échelon local ou national – étant inopérant.

⁴⁴¹ Conseil const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543, DC, cons. 14.

constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'un service public national par détermination de loi ou du règlement soit exploité par une société de droit privé dès lors que l'État conserve une participation majoritaire dans le capital social – ce qui suffit à en faire une « *propriété de la collectivité* » au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946. Plus encore, dès lors que le législateur entend maintenir au profit de la nouvelle société de droit privé les missions de service public antérieurement dévolues à l'entreprise publique, il reconnaît par-là même l'existence d'un service public national et doit alors garantir « *la participation majoritaire de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public dans le capital de ces sociétés* »⁴⁴². Cette solution se rapproche ici à la définition du service public dégagée par le juge administratif, laquelle impose un certain contrôle de la personne publique sur l'activité – que celle-ci y soit à l'initiative ou qu'elle exerce un simple droit de regard, c'est-à-dire un acte de volonté de la puissance publique⁴⁴³.

131. La question s'est toutefois posée de savoir s'il fallait interpréter la « propriété publique » au sens de l'alinéa 9 en ce qu'il impose de calculer la participation majoritaire de l'État sur le capital social ou sur la majorité des droits de vote. La formulation traditionnellement retenue par le juge constitutionnel invite à raisonner en termes exclusivement capitalistiques et non en termes de « pouvoir ». Comme le soulignait également le Conseil d'État dans un avis du 17 septembre 1998⁴⁴⁴, la maîtrise ou la perte de la majorité du capital d'une entreprise n'est pas susceptible de résulter d'évènements échappant au contrôle de la personne publique, ce qui ne serait pas le cas des critères alternatifs possibles permettant d'établir un pouvoir prépondérant de l'État (tels que la majorité des droits de vote). Cette interprétation a d'ailleurs eu la faveur du législateur pour déterminer l'appartenance ou non d'une société commerciale au secteur public. Désormais, sont « *regardées comme des sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue indirectement par l'État ou ses établissements publics, seuls ou conjointement, celles dont plus de la moitié du capital est détenue par des sociétés placées dans une même chaîne*

⁴⁴² Conseil constit., 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, n° 2004-501, DC, cons. 14 ; Conseil constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380, DC, cons. 4. On précisera également que dès lors que le législateur reconnaît l'existence d'un service public national, il doit respecter les principes constitutionnels de fonctionnement du service public et notamment le principe de continuité.

⁴⁴³ Voir *infra*, section 2.

⁴⁴⁴ CE, avis, 17 septembre 1998, n° 362610, *EDCE*, 1999, p. 220.

ininterrompue de participations majoritaires »⁴⁴⁵, sans qu'il ne soit fait mention des droits de vote détenus par elles.

132. L'alinéa 9 ne fait pas non plus barrage au transfert au secteur privé d'un service public national par détermination de la loi ou du règlement, c'est-à-dire à la privatisation totale de l'activité, mais il impose des modalités particulières qui sont loin d'être simplement formelles. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que « *le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national* »⁴⁴⁶.

Certes, on pourrait y voir là une « neutralisation » de l'alinéa 9⁴⁴⁷ ou, du moins, une précision tautologique, le législateur demeurant le maître de la détermination juridique qu'il s'applique à lui-même⁴⁴⁸. Néanmoins, en l'absence de définition précise du service public par le Constituant et au regard des dispositions de l'article 34 de la Constitution⁴⁴⁹, le Conseil constitutionnel pouvait difficilement faire autrement que de laisser un large pouvoir d'appréciation au législateur. Il suffit alors que ce dernier – ou le pouvoir réglementaire selon la règle du parallélisme des formes – supprime le caractère de service public national qu'il a accordé à l'opérateur économique avant de procéder à sa privatisation. Pour cela, il lui incombe d'abord de modifier l'organisation de ce service pour en diminuer l'importance du rôle joué par l'opérateur qu'il entend privatiser ou alors de le supprimer dès lors qu'il ne résulte pas d'exigences constitutionnelles. La position du juge constitutionnel se rapproche ici

⁴⁴⁵ Article 2 de l'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *JORF* du 23 août 2014, ratifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* du 7 août 2015.

⁴⁴⁶ Conseil const., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543, DC, cons. 14 et 15.

⁴⁴⁷ G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192. Pour une critique plus générale, voir G. QUIOT, « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA*, 2005, p. 813.

⁴⁴⁸ Selon la formule empruntée à O. SCHRAMECK suite à la décision du 23 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, précitée : « *Certes, l'on pourrait être tenté de faire valoir qu'il ne s'agit là que d'une précision tautologique, le législateur étant le maître de la détermination juridique de la condition de constitutionnalité qu'il s'applique à lui-même. Reste que pour l'avenir, même s'agissant d'un service public qui n'est pas constitutionnel par nature, il devra, s'il entend le privatiser, s'assurer qu'il l'a effectivement privé ce faisant des caractéristiques d'un service public national.* » (« Contrôle de la répartition des compétences entre la loi et le règlement à propos de l'instance de régulation des télécommunications », *AJDA*, 1996, p. 694).

⁴⁴⁹ « *La loi fixe également les règles concernant [...] les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.* »

du critère matériel du service public traditionnellement retenu en droit administratif, à savoir une activité d'intérêt général dont la caractérisation relève, hors des cas où la Constitution l'impose, d'une appréciation subjective des autorités publiques. C'est la raison pour laquelle l'utilisateur ne dispose pas, en principe, d'un droit acquis au maintien d'un service public⁴⁵⁰.

133. En définitive, l'alinéa 9 fait seulement peser sur le législateur l'obligation d'établir une cohérence entre le mode d'organisation des services publics qu'il détermine et le régime de propriété des opérateurs auquel il entend les confier⁴⁵¹. C'est d'ailleurs ce qu'avait fait le législateur s'agissant de la société France Télécom puisqu'en même temps qu'il décidait du principe de sa privatisation, il supprimait l'obligation qui lui était faite d'assurer seul le service universel⁴⁵².

134. Bilan de section. Les restructurations du secteur public depuis la fin des années 80 ont entraîné une dissociation, d'une part, entre le statut public de l'opérateur et la mission de service public (sociétatisation) et, d'autre part, entre la propriété publique et la mission de service public (privatisation partielle). Il en résulte une banalisation du régime juridique applicable à l'autorité publique, laquelle doit se comporter en investisseur avisé lorsqu'elle intervient sur un marché, mais également du régime juridique applicable à la mission de service public en elle-même, laquelle est largement soumise au droit privé.

SECTION 2. L'INTENSIFICATION DES TRANSFERTS DE LA GESTION DES SERVICES PUBLICS À DES PERSONNES DE DROIT PRIVÉ

135. La théorie du service public, comme critère d'application et fondement du droit administratif, a été élaborée dans un contexte où ses éléments organique (la personne publique) et matériel (l'activité poursuivie) se confondaient largement. Le gestionnaire du service public était une personne publique (État, département, commune, établissement public) dont la vocation naturelle était la poursuite de l'intérêt général alors limitée à la prise en charge des besoins essentiels de la Nation. La coïncidence entre l'élément organique et l'élément matériel était d'autant plus optimale que les activités des personnes privées étaient

⁴⁵⁰ CE, 27 janvier 1961, *Vannier*, n° 38661, *Lebon*, p. 60 ; CE, 18 mars 1977, *CCI de la Rochelle*, n° 97939 : « Les usagers d'un service public qui n'est pas obligatoire n'ont aucun droit au maintien de ce service au fonctionnement duquel l'administration peut mettre fin lorsqu'elle l'estime nécessaire. »

⁴⁵¹ En ce sens, P.-A. MOLINA, « "Privatisation", Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *RJEP*, n° 639 2007, p. 100004.

⁴⁵² Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* du 1 janvier 2004.

réputées ne pas constituer des activités de service public, bien qu'elles puissent participer de l'intérêt général. Mais si les personnes publiques ont de tout temps délégué une partie de leurs activités aux personnes privées (§ 1), la nouveauté tient surtout à l'accélération du phénomène, au fait que l'externalisation s'étend désormais au-delà de ses champs classiques, à des domaines situés aux marges voire au cœur de l'État régalien (§ 2). L'ampleur des transferts aux personnes privées d'activités traditionnellement assumées par les autorités publiques engendre une érosion certaine de la puissance publique (§ 3).

§ 1. La dévolution classique des activités de service public aux personnes privées

136. Le juge administratif a de longue date admis qu'une personne de droit privé peut assurer la gestion d'une activité de service public dans le cadre d'une concession⁴⁵³. Par un arrêt d'assemblée du 13 mai 1938, *Caisse primaire d'aide et de protection*⁴⁵⁴, le Conseil d'État a également reconnu qu'un établissement privé peut être chargé de la gestion d'un service public en dehors de toute relation contractuelle. Ce mode de gestion a vite été banalisé, tant s'agissant des services publics administratifs que des services publics industriels et commerciaux. Par l'arrêt *Monpeurt* du 31 juillet 1942, le Conseil d'État a enfin admis le caractère administratif de l'acte pris par une personne privée en charge d'un service public administratif lorsqu'il se rattache à l'exécution dudit service⁴⁵⁵. Sont ainsi administratifs les actes pris par les fédérations sportives auxquelles la loi a délégué, de façon monopolistique, l'organisation des compétitions⁴⁵⁶ ou encore les circulaires réglementant les conditions d'affiliation à la sécurité sociale⁴⁵⁷. Mais encore faut-il que le service exploité par la personne privée soit qualifié de service public⁴⁵⁸.

453 CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, n° 94624, *Lebon* ; CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178 ; CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, *Lebon*.

454 CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire d'aide et de protection*, n° 57302, *Lebon*, p. 417.

455 CE, ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Lebon*, p. 239 (caractère administratif de l'acte pris par un comité d'organisation, institution de caractère corporatif créée au début des années 1940 pour organiser la production industrielle en temps de pénurie) ; v. égal. CE, ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, *Lebon*, p. 86 (acte administratif pris par des ordres professionnels).

456 CE, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport [FIFAS]*, n° 89828, *Lebon* ; CE, 25 juin 2001, *SA OS Toulouse football club*, n° 234363, *Lebon*, p. 281 (homologation des résultats du championnat de France de football par la ligue nationale).

457 TC, 22 avril 1974, *Blanchet*, n° 01990, *Lebon*, p. 796.

458 CE, 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell*, *Lebon*, p. 268 (caractère non-administratif de la décision prise par un comité économique agricole relatif à l'organisation du marché des « poires » du fait que celui-ci ne gérait pas un véritable service public).

137. Les critères d'identification du service public dévolu à une personne privée. Le juge administratif a progressivement isolé les éléments permettant de renverser la présomption selon laquelle l'activité poursuivie par une personne privée est une activité privée. Par l'arrêt *Magnier* du 13 janvier 1961⁴⁵⁹, le juge a d'abord identifié trois critères tenant au caractère d'intérêt général des missions imparties, à l'existence de prérogatives de puissance publique confiées à l'organisme gestionnaire et au contrôle d'une personne publique – en l'espèce l'État. Ce raisonnement a été explicité par la décision *Narcy* du 28 juin 1963⁴⁶⁰, par lequel le Conseil d'État a admis que puissent être investis d'une mission de service public des établissements de droit privé créés par la loi en vue « *de promouvoir les progrès des techniques, de participer à l'amélioration du rendement et à la garantie de la qualité de l'industrie* », après identification des trois critères suivants. Tout d'abord, par le but et l'objet de leurs activités, les centres techniques industriels en cause concouraient directement à la satisfaction de l'intérêt général. Ensuite, ces activités bénéficiaient d'un régime exorbitant de droit privé du fait de l'existence de prérogatives de puissance publique. Enfin, ces activités étaient poursuivies sous le contrôle des pouvoirs publics. Par-là, le juge fermait la porte à toute autodétermination par la personne privée, la mission de service public ne se concevant que selon la volonté d'une autorité publique.

138. Se posait alors la question du caractère cumulatif ou alternatif de ces critères, que le Conseil d'État a fini par trancher par l'arrêt *APREI* du 21 février 2007⁴⁶¹, au terme d'un raisonnement en trois temps. Dans un premier temps, il rappelle que le juge est lié par les qualifications législatives. Ce n'est que dans le silence de la loi que le juge, dans un deuxième temps, va rechercher si les trois critères d'identification d'un service public géré par une personne privée sont réunis : une mission d'intérêt général, un contrôle de l'administration et la détention de prérogatives de puissance publique. Enfin, dans un troisième temps, le Conseil d'État expose que « *même en l'absence de telles prérogatives [et] dans le silence de la loi* », le juge peut reconnaître à l'organisme privé la gestion d'une mission de service public après s'être livré à la méthode du faisceau d'indices : « *[...] lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs*

⁴⁵⁹ CE, 13 janvier 1961, *Magnier, Lebon*, p. 33 (reconnaissance du caractère de service public des activités de lutte contre les parasites menaçant les cultures confiées par le législateur à des organismes de droit privé).

⁴⁶⁰ CE, 28 juin 1963, *Narcy*, n° 43834, *Lebon*, p. 401.

⁴⁶¹ CE, 21 février 2007, *Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés [APREI]*, n° 264541, *Lebon*, p. 92, voir C. BOITEAU, « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 803.

qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui conférer une telle mission ». Autrement dit, il appartient au juge de rechercher l'intention de l'administration au travers d'indices relativement larges.

139. Enfin, par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007⁴⁶², le Conseil d'État a réaffirmé l'exigence d'un contrôle de la personne publique, peu important que celle-ci soit à l'origine ou non de la création du service public. Aussi, « lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers »⁴⁶³. À l'inverse, « lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ». Mais l'activité peut tout de même être qualifiée de service public, alors même qu'« elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ». Le critère des prérogatives de puissance publique a ainsi été relégué au simple rang d'indice du service public géré par une personne privée⁴⁶⁴.

140. Une mise à l'écart discutabile du critère de prérogatives de puissance publique. La primauté accordée au critère du « contrôle » de la personne publique – ou plus largement de son « intention » – au détriment du critère de l'existence de prérogatives exorbitant du droit commun, est contestable dans la mesure où ce dernier demeurerait le critère le plus objectif pour distinguer les activités d'intérêt général labélisées « service public » des activités privées dont on ne saurait nier qu'elles participent également de l'intérêt général⁴⁶⁵. Le Professeur WALINE écrivait ainsi que « le concept de service public [...] demeure assez vague, et sujet à controverses, tandis que l'État ayant le monopole de la force publique ou de l'autorité

⁴⁶² CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, *Lebon* ; voir égal. CE, 5 novembre 2007, *S^{té} UGC-Ciné*, n° 288773.

⁴⁶³ Sur la liberté de choix reconnue à la personne publique, S. NICINSKI, « Les modes de gestion du service public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires de l'AFDA, 2014, pp. 163-176.

⁴⁶⁴ Une jurisprudence ancienne du Tribunal des conflits l'avait toutefois admis (TC, 6 novembre 1978, *Bernardi*, *Lebon* p. 659). Plus largement, sur l'évolution jurisprudentielle en la matière, voir J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, LexisNexis, 2015, pp. 46 et s.

⁴⁶⁵ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427

publique, il est aisé d'identifier les actes que seule la puissance publique, ou ses délégués, peuvent accomplir »⁴⁶⁶. L'occultation de la condition de prérogatives de puissance publique entraîne une extension du champ du service public en même temps qu'elle en obscurcit les frontières. Elle étonne enfin quant à la finalité mais aussi à l'efficacité de l'action administrative⁴⁶⁷ : on s'interroge sur l'utilité de soumettre une activité au régime exorbitant des services publics dès lors que son fonctionnement n'exige pas de doter l'autorité gestionnaire de prérogatives de puissance publique.

141. Un mode de gestion des services publics banalisé. La gestion des services publics par les personnes privées est devenue un mode de gestion courant⁴⁶⁸, encouragé par le législateur et accepté par le juge. Aussi la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001 a-t-elle entériné la définition jurisprudentielle de la « délégation de service public », laquelle peut intervenir au profit d'une personne publique comme d'une personne privée⁴⁶⁹. Ces structures de droit privé peuvent relever de formes diverses : associations, sociétés d'économie mixte, groupements d'intérêt économique etc. Ainsi, les organismes sportifs chargés de compétitions nationales ou régionales⁴⁷⁰, les caisses primaires d'assurance maladie⁴⁷¹ ou encore les établissements privés associés au service public de l'enseignement⁴⁷² constituent des organismes de droit privé en charge d'une mission de service public. Si les autorités publiques conservent un certain contrôle financier de ces structures – que ce soit directement en tant qu'actionnaires ou indirectement par le biais de subventions – la banalisation de ce mode de gestion a pu être comparée à une sorte de « *démembrement* » de la puissance publique⁴⁷³ ou de l'administration

⁴⁶⁶ M. WALINE, *RDP*, 1975, p. 1109.

⁴⁶⁷ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427 ; voir égal. J.-B. GEFFROY, « Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *RDP*, 1987, p. 49.

⁴⁶⁸ J.-L. DE CORAIL, « La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur de Georges Péquignot*, 1984 ; L. RICHER, « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 103.

⁴⁶⁹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF). L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit la délégation de service public comme le « *contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* »

⁴⁷⁰ CE, 22 novembre 1974, *Fédération française des industries françaises d'articles de sport, Lebon*, 576.

⁴⁷¹ TC, 19 janvier 1976, n° 02022, *T. Lebon*.

⁴⁷² Article L. 442-5 du Code de l'éducation.

⁴⁷³ M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Régime juridique applicable aux agents de différentes catégories de personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 410.

elle-même⁴⁷⁴. Tel est le cas des « associations para-administratives »⁴⁷⁵ qui, bien que constituées sous la forme d'associations loi de 1901, n'ont que l'apparence d'une personne morale de droit privé et gèrent en réalité l'activité administrative sans aucune liberté⁴⁷⁶. Le législateur peut également se borner à « associer » les personnes privées à l'exercice de la mission de service public aux côtés de l'autorité publique. Ainsi, si le service public de l'emploi⁴⁷⁷ relève avant tout des services de l'État et de l'établissement Pôle emploi, c'est à l'UNEDIC, organisme de droit privé, qu'il appartient de déterminer les règles relatives à l'indemnisation chômage⁴⁷⁸. Le législateur a en outre confié aux organismes privés de placement, de formation ou encore d'accompagnement des demandeurs d'emploi ainsi qu'aux entreprises de travail temporaire le soin de « *participer* » au service public⁴⁷⁹.

Enfin, le Conseil d'État a dégagé une position de principe à l'occasion d'un litige portant sur des cantines scolaires : « *Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas [...] d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même.* »⁴⁸⁰ Encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre la notion de service public « *par nature* », dont le Conseil d'État s'est gardé de fournir une liste. Aussi, longtemps cantonné aux services publics pris en charge par l'État moderne, le recours aux personnes privées touche désormais certains éléments caractéristiques des missions régaliennes de l'État.

§ 2. L'externalisation accrue des missions régaliennes de l'État

142. *L'externalisation des missions de l'État, un sujet d'ordre politique avant tout.* Cette question renvoie à un débat plus large tenant à la place de l'État, à ses pouvoirs mais aussi aux valeurs dominantes de la société. Le processus d'externalisation à l'œuvre peut être analysé à

⁴⁷⁴ P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, 11^{ème} éd., LGDJ, Domat, p. 270.

⁴⁷⁵ Terme emprunté à M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Régime juridique applicable aux agents de différentes catégories de personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 410.

⁴⁷⁶ Pour qualifier une association de « transparente », le juge peut se fonder sur plusieurs indices concordants tirés des conditions de création de cette association, de son objet, de son financement et de l'influence des représentants de la personne publique en son sein (CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne*, n° 259748, *Lebon*, p. 552).

⁴⁷⁷ Dont l'objet est « *l'accueil, l'orientation, la formation et l'insertion* » ainsi que « *le placement, le versement d'un revenu de remplacement, l'accompagnement des demandeurs d'emploi et l'aide à la sécurisation des parcours professionnels de tous les salariés* » (article L. 5311-1 du Code du travail).

⁴⁷⁸ Article L. 5311-2 du Code du travail.

⁴⁷⁹ Article L. 5311-4 du Code du travail.

⁴⁸⁰ CE, avis, 7 octobre 1986, cité par la circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, *JORF* du 20 décembre 1987.

la fois comme la cause et la conséquence d'un affaiblissement de l'État, d'un certain étiolement de sa souveraineté. Mais ce même processus, à l'inverse, peut être présenté comme un gage du renforcement de l'État par le recentrage de la puissance publique sur son « cœur de métier », c'est-à-dire là où elle est performante. Dans cette perspective, les économies réalisées par le recours à l'externalisation permettent alors d'améliorer la qualité du service public⁴⁸¹. C'est d'ailleurs la définition qu'a retenue la Cour des comptes de l'externalisation, laquelle « vise à confier à des sociétés spécialisées, des tâches exécutées jusque-là en interne, afin de permettre le recentrage des activités sur les missions dites de “cœur de métier” et obtenir un service de qualité identique ou supérieure à un coût inférieur »⁴⁸².

143. L'appréhension de l'externalisation par le droit. Empruntée aux domaines de la gestion et de l'économie, l'externalisation (également nommée « sous-traitance » ou « outsourcing ») ne relève pas d'une notion juridique définie. Elle peut relever de chacune des techniques contractuelles habituellement utilisées par l'administration mais n'en recouvre pas nécessairement les contours.

L'externalisation se distingue d'abord de la délégation de service public, laquelle implique notamment une rémunération « substantiellement liée aux résultats du service », c'est-à-dire directement assurée par les usagers⁴⁸³. De ce fait, la délégation est réservée aux services publics dans lesquelles la rémunération par l'exploitation est possible, ce qui exclut la majorité des tâches d'installation, d'entretien et de soutien logistique des services publics administratifs. Les marchés publics sont quant à eux destinés à répondre aux besoins exprimés par l'administration en matière de travaux, fournitures ou services⁴⁸⁴. Ces contrats sont donc inadaptés aux cas dans lesquels la personne publique entend obtenir une prestation ponctuelle, pour une quantité et un prix donnés. Enfin, le contrat de partenariat (notamment public-privé) porte sur la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction

⁴⁸¹ En ce sens, F. ROUVILLOIS exposait : « Si l'on doit externaliser, ce n'est point par haine de l'État, mais, au contraire, en vue de le renforcer en le (re)concentrant sur son “cœur de métier”, et en y procédant selon une méthode adéquate. C'est alors que l'externalisation ne sera plus la pire des choses, mais la meilleure des politiques. » (in *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, Rapport 2008, FONDAPOL, p. 55).

⁴⁸² Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport 2011, p. 47.

⁴⁸³ Article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁴⁸⁴ Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ratifié par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.

d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels⁴⁸⁵. Toutefois, la passation ne peut être engagée que si l'acheteur démontre, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet, étant entendu que le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage⁴⁸⁶. Or, comme l'a relevé la Cour des comptes, la réalité des gains économiques procurés par les externalisations apparaît de manière générale difficile à évaluer en l'absence d'indicateurs incontestables⁴⁸⁷.

Aussi certains auteurs retiennent-ils une définition restrictive de l'externalisation, limitant l'opération à des activités administratives « techniques » par opposition aux activités de puissance publique⁴⁸⁸, ou encore « non stratégiques »⁴⁸⁹. L'externalisation consiste alors « pour une entité économique, à confier de manière temporaire et contre rémunération, à une entité juridiquement distincte, l'exploitation d'une activité globale, annexe mais indispensable à son activité principale, en fonction de besoins définis »⁴⁹⁰. Une telle définition ne nous semble pas satisfaisante puisqu'elle porte en elle-même un jugement sur le choix économique ou politique opéré par l'autorité publique. À notre sens, il convient donc d'appréhender l'externalisation de manière neutre, c'est-à-dire comme toute « opération par laquelle une personne publique confie à un opérateur extérieur à l'administration, une activité ou un service qu'elle prend normalement elle-même en charge »⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ Article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ratifié par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.

⁴⁸⁶ Article 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ratifié par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.

⁴⁸⁷ Cette absence d'indicateurs résulte, d'une part, du fait qu'une part importante des externalisations a été engagée au cours des années 2000 sans connaissance précise des coûts « en régie » et, d'autre part, du fait de l'absence de comptabilité analytique qui ne permet pas de comparaison avec le coût de l'externalisation auprès d'une entreprise privée (Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport 2011, p. 498).

⁴⁸⁸ P. COSSALTER, « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », Chaire-MADP, Sciencepo.fr, spéc. p. 12.

⁴⁸⁹ L. BABIN et P. LIGNÈRES, « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.*, 2002, n° 5, prat. 5. Ces auteurs définissent l'externalisation comme un « outil de gestion qui permet à une organisation de déléguer certaines fonctions non stratégiques, précédemment exercées directement par elle, à des prestataires de services extérieurs ».

⁴⁹⁰ Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ, 2007, n° 660, p. 404.

⁴⁹¹ J.-D. DREYFUS, « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

144. Le rôle ambivalent de l'Union européenne. D'un côté, les règles européennes de concurrence peuvent constituer un frein important à l'externalisation par l'État de ces activités régaliennes. La combinaison de l'article 5 et de l'article 101 du TFUE s'oppose ainsi à ce qu'un État membre « *soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 [devenu 101 TFUE] ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique* »⁴⁹². De l'autre, ces mêmes règles de concurrence peuvent exercer une pression sur l'État afin que celui-ci externalise des activités considérées comme présentant un caractère économique⁴⁹³. La portée du droit de l'Union est alors difficile à déterminer. Du fait de la suprématie des règles du marché et de l'absence d'identification précise des activités régaliennes, il pourrait être envisagé que le refus exprimé par l'État d'externaliser une activité économique au sens des Traités⁴⁹⁴ puisse un jour être contesté devant la Cour de justice au motif qu'il aurait pour effet d'interdire l'accès aux entreprises privées à ladite activité⁴⁹⁵.

Enfin, l'Union européenne contribue à propager l'idéal d'un État « performant », recentré sur son « cœur d'activité ». Les mesures proposées par le *Livre blanc sur la Gouvernance européenne* visaient d'ailleurs à recentrer chacune des Institutions sur ses « tâches

⁴⁹² CJCE, 17 février 2005, *Giorgio Emanuele Mauri c/ Ministero della Giustizia et Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Milano*, aff. C-250-03, *Rec.* I-01267, point 30 ; CJCE, 19 février 2002, *Arduino*, aff. C-35/99, point 35 ; CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke*, 267/86, *Rec.* I-4769, point 16.

⁴⁹³ Pour une étude plus détaillée, A. CARTIER-BRESSON, « Externalisation et contraintes communautaires », *La privatisation de l'État*, F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE (dir.), CNRS, éd. 2012, pp. 30-46.

⁴⁹⁴ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁴⁹⁵ *Contra*. A. CARTIER-BRESSON, qui juge cette prévision excessive dans la mesure où la CJUE a admis, dans un arrêt *Coditel* du 13 novembre 2008 (aff. C-324-07, *Rec.* I-08457), « qu'une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services », cette possibilité pouvant être exercée « en collaboration avec d'autres autorités publiques » (points 48 et 49). (« Externalisation et contraintes communautaires », in *La privatisation de l'État*, F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE (dir.), CNRS éd. 2012, pp. 30-46). Voir égal. P. LIGNERES, pour qui il existe en droit européen comme en droit français les outils théoriques – notamment le principe de liberté de commerce et de l'industrie – qui permettraient de contraindre l'administration à externaliser un service non-régalien dès lors que celui-ci pourrait être rendu à un moindre coût et à qualité équivalente par le secteur privé (« Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non régaliennes », in *Droit administratif européen* (dir. J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Bruxelles, Bryulant, 2007, pp. 983-996, spéc. p. 996). À notre sens, ce constat vaut tant pour les activités régaliennes que non régaliennes du fait de la frontière floue entre les deux.

essentielles », la Commission européenne ayant notamment recours à l'externalisation de certains services au bénéfice de « ses missions prioritaires »⁴⁹⁶.

145. L'externalisation des fonctions régaliennes. En tout état de cause, l'externalisation des fonctions régaliennes n'est plus un tabou : l'autorité publique délaisse certaines activités, soit parce que ces dernières entrent dans un marché concurrentiel, soit parce qu'elle espère réaliser des économies en les confiant à des professionnels spécialisés, mieux équipés et donc plus performants⁴⁹⁷. Le transfert des activités liées à la mission de police de l'État (A) et à la production normative (B) illustre l'ampleur du phénomène.

A) Le transfert de la mission de police de l'État

146. La mission de police, activité régalienne de l'État. Cette mission doit être appréhendée dans son acception la plus large, c'est-à-dire englobant les concepts mouvants de la sécurité et du maintien de l'ordre, sans distinction entre les différentes composantes des forces publiques⁴⁹⁸ et sans distinction entre ses finalités administrative et judiciaire⁴⁹⁹. En ce sens, la fonction policière de l'État a été définie comme « *la fonction consistant à assurer l'organisation interne d'une société et le respect des règles régissant cette société par le recours à des interventions coercitives faisant éventuellement appel à l'usage de la force* »⁵⁰⁰. Cette mission trouve une traduction juridique dans la combinaison de plusieurs règles. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (ci-après DDHC) fait ainsi référence à l'existence d'une « *force publique* » chargée de la garantie des droits de l'Homme et du citoyen pour l'entretien de laquelle une « *contribution commune* » est prévue⁵⁰¹. À cela s'ajoutent l'objectif de valeur constitutionnelle tenant à la sauvegarde de l'ordre public⁵⁰² ainsi que le « *droit fondamental à la sécurité* » récemment consacré par le législateur à

⁴⁹⁶ Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, JOCE du 12 octobre 2001, COM (2001), 428 final, pp. 25 et s.

⁴⁹⁷ F. LINDITCH, « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA-5, Colloques & débats, LexisNexis, p. 77-90, spéc. p. 78.

⁴⁹⁸ Forces civiles ou militaires, de sécurité intérieure ou extérieure (Police nationale ou municipale, gendarmerie, douanes, administration pénitentiaire etc.).

⁴⁹⁹ La police administrative présente une finalité préventive : elle a pour objet de protéger l'ordre public (CE, ass., 24 juin 1960, *Soc. Le monde*, *Soc. Frampar*, n° 42289, *Lebon*, p. 412) à la différence de la police judiciaire qui a pour mission de « *constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* » (article 14 du Code de procédure pénale).

⁵⁰⁰ J.-L. LOUBET DEL BAYLE, « La police dans le système politique », *Revue française de science politique*, n° 3, juin 1981, p. 513, cité par P. MBONGO (dir.) *Traité de droit de la police et de la sécurité*, LGDJ Lextenso, 2014, p. 1.

⁵⁰¹ Articles 12 et 13 de la DDHC.

⁵⁰² Cons. constit., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n° 82-141, DC.

l'article L. 111 du Code de la sécurité intérieure⁵⁰³. L'externalisation croissante des tâches auparavant dévolues à l'autorité publique ne présente pas les mêmes enjeux selon qu'elles touchent des activités de police liées à la sécurité intérieure (1°) ou aux armées (2°).

1°) L'externalisation croissante des tâches liées à la sécurité intérieure

147. Une mission exercée en association avec des personnes privées. Si le caractère régalien de la fonction de police n'est pas contesté, l'État disposant du monopole de la « violence légitime », se pose toutefois la question du « *seuil de monopolisation* » de celle-ci au regard de la place désormais occupée par les activités privées de sécurité⁵⁰⁴. Le Code de la sécurité intérieure vise en premier lieu l'État, lequel doit agir en association avec les collectivités territoriales et l'ensemble des opérateurs privés en la matière⁵⁰⁵ tandis que la loi du 21 janvier 1995 dite LOPS reconnaissait déjà en son article premier que « *la sécurité privée concourt à la sécurité générale de la Nation* »⁵⁰⁶. Il convient alors de déterminer la mesure dans laquelle les autorités publiques peuvent déléguer ou se décharger de leur mission sur les personnes privées, compte tenu des limites très incertaines fixées tant par le juge constitutionnel que le juge administratif.

148. Les incertitudes tenant aux limites posées par le juge constitutionnel. D'une façon générale, le Conseil constitutionnel distingue d'une part, les missions dites « indélégalables » compte tenu de ce qu'elles se rapportent à « *l'exercice d'une mission de souveraineté* » de l'État⁵⁰⁷ – qui semblent ainsi relever de la catégorie des services publics constitutionnels⁵⁰⁸ –

⁵⁰³ « *La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.* »

⁵⁰⁴ Sur les places respectives occupées par les différents acteurs de la sécurité (institutions nationales et locales, entreprises privées), voir S. ROCHÉ, « Vers une démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », *Revue française de science politique*, 2004/1, Vol. 54, p. 44.

⁵⁰⁵ L'article L. 111, al. 2 et 3, du Code de la sécurité intérieure dispose ainsi que « *L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens* » qu'il « *associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par voie réglementaire, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes* ».

⁵⁰⁶ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS), *JORF* n° 0020 du 24 janvier 1995.

⁵⁰⁷ Cons. constit., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473, DC, cons. 19 ; Cons. constit., 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, n° 2012-651, DC, cons. 6.

⁵⁰⁸ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} éd., n° 37-30.

et, d'autre part, les « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »⁵⁰⁹ qui peuvent quant à elles être déléguées aux personnes privées.

149. S'agissant plus précisément des missions de police, l'article 12 de la DDHC fait tout d'abord obstacle à ce que les pouvoirs publics délèguent à des personnes privées des compétences de police administrative générale. Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions législatives visant à déléguer à des opérateurs privés l'exploitation et le visionnage des systèmes de vidéo-protection sur la voie publique pour le compte de personnes publiques dans la mesure où ces dispositions permettaient « *la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits* »⁵¹⁰. De même, l'État ne saurait confier à un cocontractant privé ses « *fonctions de direction, de greffe de surveillance des établissements pénitentiaires, inhérentes à l'exercice par l'État de sa mission de souveraineté* »⁵¹¹. En application de l'article 13 de la DDHC, les pouvoirs publics ne sauraient non plus soumettre les modalités d'exercice de la police judiciaire à la volonté de personnes privées. Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative visant à créer un fonds de soutien à la police technique et scientifique financé par les contributions versées par les assureurs⁵¹².

150. Mais la mise en œuvre par le Conseil constitutionnel de la distinction qu'il a lui-même établie entre les missions qui se rapportent aux fonctions de souveraineté et celles qui s'en détachent n'est pas des plus évidentes. A ainsi été déclarée conforme à la Constitution la possibilité pour les autorités étatiques de passer à titre expérimental des marchés relatifs au transport de personnes placées en centres de rétention ou maintenues en zones d'attente dès lors que l'objet des marchés en cause se limitait « *à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules* » et excluait « *toute forme de surveillance des personnes transportées* » laquelle est

⁵⁰⁹ Cons. constit., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461, DC, cons. 83- 87.

⁵¹⁰ Cons. constit., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625, DC, cons. 17-19. Ont été censurées les dispositions autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéo-protection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques.

⁵¹¹ Cons. constit., 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, précitée.

⁵¹² Cons. constit., 10 mars 2011, précitée, cons. 64-66. Censure des dispositions créant un fonds de soutien à la police technique et scientifique et lui affectant des fonds à caractère non fiscal versés par des personnes morales ou physiques pour concourir à des dépenses d'intérêt public.

« indissociable des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'État »⁵¹³. À l'inverse, les dispositions de la loi dite LOPJ du 9 septembre 2002 visant à transférer à des personnes privées les tâches de surveillance électronique des personnes mises en examen dans le cadre d'un contrôle judiciaire ont été validées. La motivation très succincte de la décision de conformité, qui se borne à relever qu'il ne s'agit « en matière de surveillance électronique » que de « prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté »⁵¹⁴ trahit sans doute un certain malaise du Conseil constitutionnel.

151. Les incertitudes tenant aux limites posées par le juge administratif. Bien que le recours à la technique contractuelle en matière de police et de sécurité n'ait plus rien de marginal⁵¹⁵, le Conseil d'État a régulièrement rappelé, depuis l'arrêt *Commune de Castelnaudary*⁵¹⁶, l'obligation faite à l'autorité publique, en l'absence de dérogation législative, d'exercer elle-même son pouvoir de police sans avoir la possibilité de se décharger de sa mission sur une personne privée. En revanche, le juge administratif admet que l'autorité publique se décharge sur des personnes privées des tâches dites « matérielles », sous réserve que celles-ci soient exécutées sous le contrôle et la responsabilité de l'administration – la faute commise par l'entreprise engageant ici la responsabilité de l'État à l'égard des tiers⁵¹⁷. Dès lors, si la décision de mise en fourrière des véhicules en stationnement irrégulier est une prérogative de police qui ne peut faire l'objet d'une délégation au profit d'une personne privée⁵¹⁸, l'enlèvement et le transport de ces véhicules, c'est-à-dire l'exécution matérielle de la décision de police, constitue une activité de service public qui, en tant que telle, peut être confiée à une personne privée⁵¹⁹.

⁵¹³ Cons. constit., 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484, DC, cons. 87-90.

⁵¹⁴ Cons. constit., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461, cons. 83-87.

⁵¹⁵ J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Jacques MOREAU*, Economica, 2003, p. 345, spéc. p. 352. Voir égal. E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767.

⁵¹⁶ CE, 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary, Lebon*, p. 565.

⁵¹⁷ CE, 10 octobre 2011, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ Jonnet*, n° 337062, *Lebon*.

⁵¹⁸ CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, n° 144152 et 144241, *Lebon*, p. 175.

⁵¹⁹ TC, 14 mai 1990, *GIE Copagau-Capagaly-Taxitel c/ Préfet de police*, n° 02616, *Lebon*, p. 394. Sur les difficultés relatives à la mise en œuvre du principe dégagé par le juge administratif, voir E. LEMAIRE, « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767. En prenant exemple sur la sécurisation des pistes de ski, des lieux de baignades ou encore l'organisation des secours en montagne, l'auteur relève la tendance du juge à qualifier les activités (présentant pourtant un lien avec une mission de police) de service public, au sens classique, afin d'en autoriser la dévolution.

La distinction établie par le juge administratif demeure difficile à mettre en œuvre. Alors que le contrat conclu entre une commune et une société visant à lui déléguer la surveillance des voies publiques a été annulé⁵²⁰, il a au contraire été jugé que le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage, peut également être chargé de veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers sous le contrôle de la commune et sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité de police municipale⁵²¹.

En tout état de cause, la jurisprudence administrative a été largement neutralisée par la multiplication des législations habilitant des personnes privées à intervenir dans le champ de la sécurité.

152. La sécurité privée encouragée par le législateur. Dans la mesure où l'intervention législative est particulièrement conséquente en la matière, les développements suivants ne prétendront aucunement à l'exhaustivité. C'est par la loi du 12 juillet 1983⁵²² – aujourd'hui majoritairement abrogée – que le législateur a fixé un cadre aux missions de sécurité poursuivies par les entreprises privées en matière de surveillance, de gardiennage, de transport de fonds et de protection physique des personnes. Les lois ultérieures ont largement généralisé les cas de recours à la sécurité privée. La loi du 15 novembre 2001⁵²³ a ainsi consacré les « contrats locaux de sécurité », associant à la détermination de la politique locale de sécurité les services de l'État, les collectivités territoriales mais également les personnes privées intéressées (notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport). La loi du 2 mars 2010⁵²⁴ avait également ouvert aux propriétaires, exploitants ou affectataires d'immeubles ou groupes d'immeubles collectifs à usage d'habitation la possibilité de constituer une personne morale embauchant des agents spécialement chargés de sécuriser leur patrimoine, et pouvant dans ce cadre être autorisés à porter une arme. Récemment, la loi du

⁵²⁰ CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, n° 170606, T. Lebon, p. 969.

⁵²¹ CE, 21 juin 2000, *SARL plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, n° 212100 et 212101, Lebon, p. 282.

⁵²² Loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité, *JORF* du 13 juillet 1983.

⁵²³ Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JORF* du 16 novembre 2001.

⁵²⁴ Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, *JORF* n° 0052.

1^{er} juillet 2014 est encore venue encadrer les « *activités privées de protection des navires* » au sein du Code des transports⁵²⁵.

153. À cet égard, si l'agent de sécurité privée dispose de certaines prérogatives (palpations, fouilles visuelles ou refus d'accès⁵²⁶), il ne bénéficie pas des prérogatives de contrainte légitime accordées aux forces publiques et demeure donc soumis au Code pénal comme n'importe quel citoyen⁵²⁷. En outre, les agents de surveillance et de gardiennage ou encore les transporteurs de fonds doivent porter une tenue particulière de nature à éviter toute confusion avec les agents des services publics⁵²⁸. Sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne retient une approche identique à celle du législateur interne. L'activité des entreprises de gardiennage ou de sécurité ne constitue pas une « *participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* »⁵²⁹, de sorte qu'elle ne saurait faire échec aux dispositions garantissant la libre circulation des travailleurs et des prestations de service au sein des États membres.

154. Certes, le recours massif aux entreprises de sécurité privée procède d'une volonté de l'État de recentrer les forces publiques de sécurité sur leur cœur de métier mais il est avant tout dicté par des impératifs budgétaires, à un moment où les besoins ressentis par la population s'intensifient. Actuellement, le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, adopté par l'Assemblée nationale le 3 octobre 2017, permet au préfet de police d'instituer un périmètre de protection réglementant l'accès et la circulation des personnes « *afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement exposé à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation* ». Dans ce

⁵²⁵ Loi n° 2014-742 du 1^{er} juillet 2014 relative aux activités privées de protection des navires, *JORF* n° 0151 du 2 juillet 2014 et son décret d'application n° 2014-1416 du 28 novembre 2014 relatif aux modalités d'exercice de l'activité privée de protection des navires, *JORF* n° 0277 du 30 novembre 2014.

⁵²⁶ Articles L. 613-3 du Code de la sécurité intérieure, L. 332-1 à L. 332-2 du Code du sport et L. 282-8 du Code de l'aviation.

⁵²⁷ En qualité d'agent de sécurité privée, il ne bénéficie pas de la protection renforcée en cas de violences avec l'application de circonstances aggravantes prévue à l'article 433-3 du Code pénal dont bénéficient les personnes dépositaires ou chargées d'une mission de service public. Seuls les gardiens d'immeubles assermentés ou les personnes exerçant pour le compte d'un bailleur les fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation bénéficient de cette protection juridique renforcée.

⁵²⁸ Article L. 613-8 du Code de la sécurité intérieure.

⁵²⁹ CJCE, 31 mai 2001, *Commission c/ Italie*, aff. C-283-99, *Rec. I-4377*, point 20 ; CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, *Rec. I-6717*, point 39.

cadre, il est prévu que les forces publiques de sécurité puissent être assistées par des agents de sécurité privée « placés sous l'autorité d'un officier de police judiciaire »⁵³⁰.

155. Il demeure toutefois difficile de déterminer une frontière nette entre les missions « déléguables » et les autres. Les autorités publiques et les entreprises privées occupent des places concurrentes dans ce qu'il convient désormais d'appeler le « marché » de la sécurité⁵³¹. Comme le soulignait le Professeur LATOUR, « *activité régaliennne à une époque, déléguable à une autre, la nécessité fait loi [...] la montée en puissance de la sécurité privée souligne la perte de fait de son monopole de la contrainte par l'État* »⁵³².

2°) L'externalisation croissante des activités militaires

156. L'étendue des activités externalisées. À compter des années 1990, la professionnalisation des armées s'est accompagnée d'un transfert progressif de nombreuses activités dites périphériques vers des prestataires privés. Les principaux domaines concernés ont été l'alimentation, le transport et l'instruction des personnels, le nettoyage des tenues, le gardiennage de certains sites, l'entretien immobilier et des espaces verts, le nettoyage des locaux ou encore la collecte des ordures ménagères et des déchets. S'y ajoutent, en matière de communication et de documentation, la reprographie, l'impression et une partie des relations publiques ainsi que pour l'informatique, l'entretien et la fourniture de logiciels, ainsi que certaines transmissions et communications. Le deuxième mouvement d'externalisation, opéré à compter des années 2000, s'est inscrit dans le cadre d'une stratégie de réforme plus globale, initiée au niveau central. Il porte sur des domaines plus opérationnels, plus proches du cœur de métier des forces armées⁵³³. En ce sens, la loi de programmation militaire pour les années 2009 à 2014 a prévu l'externalisation d'un certain nombre de missions traditionnellement prises en charge par le ministère de la Défense, telles que la formation des pilotes de combat ou les moyens de sauvegarde maritime⁵³⁴. On rappellera, pour mesurer l'ampleur du

⁵³⁰ Article 1^{er} du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale. Ces dispositions devraient être insérées dans un nouvel article L. 226-1 du Code de la sécurité intérieure.

⁵³¹ Les personnes publiques ne sont pas en reste puisque la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire a autorisé le service interne de sécurité de la SNCF à vendre ses prestations de sûreté aux entreprises privées ferroviaires utilisant le réseau ferré (Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0179 du 5 août 2014, insérant un nouvel article L. 2251-1-1 au sein du Code des transports).

⁵³² X. LATOUR, « La place du secteur privé dans la politique moderne de sécurité », *AJDA*, 2010, p. 657.

⁵³³ Pour prendre la mesure du processus d'externalisation dans l'armée, voir M. FRANCINA, Rapport d'information n° 3561 sur les perspectives d'externalisation pour le ministère de la défense, Assemblée nationale, 17 janvier 2007.

⁵³⁴ Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense (article 4.3.1). Cette orientation n'a pas été remise en

changement, que la loi de programmation militaire du 22 mai 1987 disposait que « *la dissuasion forme un tout. Il doit être fait en sorte qu'elle ne puisse être ni entamée, ni fractionnée, ni contournée.* »⁵³⁵

Par ailleurs, l'externalisation peut passer par l'extraction préalable du prestataire du périmètre administratif au sein duquel il évoluait traditionnellement. C'est ainsi que l'ex-Direction des constructions navales a été extraite de la Direction Générale de l'Armement pour devenir la société de droit privé Naval Group (ex-DCNS) dont l'État demeure l'actionnaire majoritaire – 62,49 % du capital social au 31 décembre 2015. Elle constitue aujourd'hui un simple prestataire banalisé chargé de concevoir les équipements confiés par la Direction Générale de l'Armement.

157. L'absence d'obstacle constitutionnel au processus d'externalisation. L'externalisation en elle-même ne heurte aucune disposition constitutionnelle dès lors que l'armée demeure sous le contrôle du pouvoir exécutif⁵³⁶. Toutefois, dans la mesure où son « cœur de métier » a été considérablement rétréci et amputé de certaines de ses composantes essentielles, le processus d'externalisation à l'œuvre au sein des armées peut s'analyser en un véritable contournement de la Constitution⁵³⁷.

158. L'absence d'identification suffisante des activités militaires dites stratégiques. La question de l'identification des missions relevant du noyau dur de l'activité militaire et de la souveraineté étatique n'est pas résolue. Aucune liste n'a été élaborée à cette fin par les pouvoirs publics, de sorte qu'on ne peut saisir les limites du processus d'externalisation à l'œuvre. Par exemple, si la directive ministérielle du 3 août 2000 indique que l'activité « *régalienne* » des différentes structures du ministère de la Défense est considérée comme « *non déléguable* » et de ce fait exclue du domaine externalisable, elle se garde bien de définir ce qu'elle qualifie de régalien⁵³⁸. C'est d'ailleurs le constat effectué par la Cour des comptes

cause par l'actualisation apportée par la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité.

⁵³⁵ Loi de programmation n° 87-342 du 22 mai 1987 relative à l'équipement militaire pour les années 1987-1991, Annexe à la loi, *JORF* du 23 mai 1987, p. 5649.

⁵³⁶ Article 5 : « *Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.* » Article 15 : « *Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale.* » Article 20 : « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. Il dispose de l'administration et de la force armée [...].* »

⁵³⁷ R. DE BELLESCIZE, « La Constitution comme obstacle à la privatisation de l'État », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS éd., 2012, pp. 89-115, spéc. pp. 98-99.

⁵³⁸ Directive ministérielle n° 30 892 du 3 août 2000, p. 2.

lorsqu'elle relève l'absence de définition des activités dites de « cœur de métier » alors que cette même notion est mise en avant pour justifier – ou critiquer – le recours aux externalisations⁵³⁹. Mais les activités dites « périphériques » ou « accessoires » et les activités dites « stratégiques » ou « régaliennes » sont trop imbriquées pour qu'une distinction réellement fonctionnelle puisse être établie. En effet, de quelles garanties disposeraient les autorités militaires en cas de grève chez le prestataire – dont le personnel relève du Code du travail – chargé de l'alimentation ou de l'entretien des matériels dans le cadre d'opérations extérieures ou encore de la surveillance des bases militaires ? En cas de captation d'informations sensibles ? De prise de contrôle du prestataire par un autre État ? Le risque induit par le processus d'externalisation est finalement d'aboutir à une armée largement tributaire du secteur privé⁵⁴⁰.

B) Le transfert de la production normative

159. L'édition du droit est par essence un attribut de l'État moderne, le marqueur de la souveraineté⁵⁴¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'interventionnisme économique et financier sans précédent de l'État après la Libération n'est pas allé sans poser de difficultés. Au constat d'une « crise de la législation », Paul DURAND répondait : « *Puisqu'il s'agit d'une crise technique, le secours doit être cherché dans l'aide de techniciens : médecins, juristes, économistes, spécialistes des questions sociales. Mais il ne saurait être question, ainsi qu'on l'a proposé, de connaître un quatrième pouvoir : la technicité. Il n'est dans une démocratie qu'une seule autorité, celle du peuple souverain, et seule la volonté du peuple* »

⁵³⁹ Cour des comptes, *Un premier bilan des externalisations au ministères de la Défense*, Rapport 2011, p. 495.

⁵⁴⁰ À cet égard, le rapport d'information sur l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense du 12 février 2002 pointait l'un des risques de l'externalisation en ces termes : « *La fiabilité des sociétés partenaires est une question qui préoccupe à juste titre les autorités militaires dont les unités doivent toujours être réactives. L'expérience acquise par le Royaume-Uni dans le domaine de l'externalisation est indissociable d'anecdotes qui circulent et font réfléchir les décideurs, s'agissant en particulier d'éventuels conflits sociaux. Ainsi, les Britanniques ont confié le pliage des parachutes militaires à une société privée. Il se raconte que le jour où les employés de cette société se sont mis en grève, l'entraînement des sauts en parachute a été suspendu. De la même manière, le transport de carburant a aussi été externalisé : lorsque les transporteurs privés chargés de cette activité ont cessé le travail, l'armée anglaise a été plutôt gênée.* » (M. DASSEUX, rapport n° 3595). Dans le même sens, R. de BELLESCIZE, « La Constitution comme obstacle à la privatisation de l'État », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS éd., 2012, pp. 89-115, spéc. pp. 98-99.

⁵⁴¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994. Pour l'auteur, la notion de souveraineté renvoie d'abord à l'existence du monopole étatique du droit positif. Elle traduit la faculté dont l'État dispose de créer du droit « *de manière absolument originaire ; ses normes n'ont pas besoin d'être légalement fondées sur d'autres normes juridiques* ». Voir égal. R. MASPÉTIOL, « L'État d'aujourd'hui est-il celui d'hier ? » in *Genèse et déclin de l'État*, *Archives de philosophie du droit*, tome 21, Sirey, 1976, pp.3-22.

possède un pouvoir de décision. Le technicien ne peut, directement ou indirectement lui faire échec. Il n'est appelé qu'à la servir. Son rôle ne peut qu'être subordonné ; il doit être limité aux tâches d'information et d'exécution au service de l'organe législatif. Mais, dans les limites ainsi définies, qui contestera l'utilité de ce concours ? »⁵⁴² On reconnaîtra dès lors que l'intervention des personnes privées dans l'activité de production normative ne constitue pas un phénomène nouveau⁵⁴³. Toutefois, leur degré d'implantation connaît un tel essor qu'on peut se demander si celles-ci ne viennent pas directement concurrencer la puissance publique.

160. La production d'un droit négocié. Si l'activité de lobbying regroupe un ensemble de pratiques variables mises en œuvre par des organismes eux-mêmes très divers (de droit privé ou public), elle peut être définie comme « *une action d'influence motivée par un intérêt particulier, catégoriel, fractionnel, qui s'exerce sur un auteur ou auprès d'un organe producteur de norme juridique impérative* »⁵⁴⁴. Certes, sauf à devenir corruption, le lobbying ne saurait engager l'auteur de la norme, mais en proposant une orientation à l'intervention de la puissance publique, en influençant l'auteur de l'acte dans le but de favoriser une norme dont le contenu serait favorable à l'intérêt qu'il défend au détriment d'un autre intérêt ou de l'intérêt général, le lobbyste se livre à une négociation informelle qui participe directement de la production de la norme⁵⁴⁵. Cette pratique de « collaboration législative » est d'ailleurs largement encadrée et encouragée par l'Union européenne⁵⁴⁶ et a été officiellement reconnue au sein de l'Assemblée nationale⁵⁴⁷.

161. Participant d'une logique différente, la consultation des ordres professionnels sur les projets ou propositions de textes législatifs ou réglementaires illustre également l'intervention des personnes privées dans le processus d'élaboration de la norme. La « démocratie sociale »

⁵⁴² P. DURAND, « La crise de la Législation », *Dr. soc.*, 1946, pp. 177-179, spéc. p. 179.

⁵⁴³ Cette intervention se retrouve dans la réglementation des ordres professionnels (médecins, avocats etc.) mais également dans la réglementation sportive. Pour une étude plus approfondie, voir F. ROSA, *Les actes de réglementation privée*, Thèse dactyl., Université Paris 1, 13 décembre 2011, spéc. pp. 277 et s.

⁵⁴⁴ G. HOUILLON, « Lobbying et progression du droit négocié », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS, éd. 2012, pp. 165-194, spéc. p. 166.

⁵⁴⁵ En ce sens, G. HOUILLON, « Lobbying et progression du droit négocié », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS éd., 2012, pp. 165-194, spéc. p. 166.

⁵⁴⁶ Voir not. l'accord du 19 septembre 2014 conclu entre le Parlement européen et la Commission européenne sur le registre de transparence pour les organisations et les personnes agissant en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne, *JOUE*, L 277/11.

⁵⁴⁷ La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a confié à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique la création d'un répertoire numérique national des représentants d'intérêts.

a été officialisée en droit du travail par la loi LARCHER⁵⁴⁸, laquelle soumet tout projet de loi en matière sociale à une concertation sociale préalable⁵⁴⁹. En cela, elle constitue l'un des symboles de l'effacement de l'autorité publique en tant qu'autorité normative. Certes, le législateur demeure souverain et peut modifier l'accord collectif à l'occasion de sa transcription dans la loi⁵⁵⁰, ne serait-ce que parce qu'il est garant du respect des normes supérieures constitutionnelles et internationales⁵⁵¹. Ce dernier l'a d'ailleurs rappelé à l'occasion de la transposition de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi⁵⁵².

Pour autant, le législateur se retrouve contraint ne serait-ce que politiquement par le compromis trouvé par les partenaires sociaux. Comme le relevait le Conseil d'État, « *par nature, un contrat reflète un équilibre des concessions réciproques à un moment donné : y toucher en l'absence des signataires et sans leur aval peut aboutir à ruiner des équilibres fragiles et difficilement obtenus* », de sorte que le législateur en pratique ne se risquera pas à s'éloigner de l'accord⁵⁵³. L'action normative législative est *de facto* reléguée aux interstices de l'accord, dans le respect des normes supérieures et non plus dans la prise de décision des orientations et des choix opérés. Indépendamment de la question rebattue de la légitimité des partenaires sociaux, il s'opère dans les faits un transfert de production de la norme de l'autorité publique à des organismes privés. Le Conseil constitutionnel veille d'ailleurs au

⁵⁴⁸ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JORF* n° 27 du 1 février 2007. L'article 1^{er} du Code du travail dispose désormais que : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence.* »

⁵⁴⁹ Voir not. le dossier spécial « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.*, n° 5, 2010 et P.-Y. VERKINDT, « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Dr. soc.* 2015, p. 954.

⁵⁵⁰ Cons. constit., 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, n° 96-383-DC, cons. 24 et 25.

⁵⁵¹ Sur ce point, voir l'ouvrage, *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, Le passage de l'accord à la loi*, (dir.) G. COUTURIER et J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les Rencontres Sociales de la Sorbonne*, Vol. 1, IRJS éd., 2013.

⁵⁵² Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n° 0138 du 16 juin 2013.

⁵⁵³ Conseil d'État, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », *Rapport pour l'année 2008*, *EDCE*, n° 59, 2008, *La doc. fr.*, spéc. p. 148.

maintien d'un certain équilibre entre la loi et le contrat⁵⁵⁴. Si c'est au législateur qu'il revient de fixer les principes fondamentaux du droit du travail, il lui est loisible, après avoir déterminé les conditions et garanties de la mise en œuvre des exigences constitutionnelles, « *de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs représentants, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte* ». Lorsqu'il a recours à ce procédé, il lui est loisible « *de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords* ». Toutefois, il ne peut remettre en cause leur contenu que pour « *un motif d'intérêt général suffisant* »⁵⁵⁵. En se reposant sur les partenaires sociaux en matière de production normative, le législateur se contraint donc pour l'avenir.

162. Le processus de normalisation. Le Groupe AFNOR, personne de droit privé issue de la fusion de l'Association française de normalisation (AFNOR) et de l'Association française pour l'assurance de la qualité (AFAQ) coordonne l'ensemble des activités relatives à la *normalisation* (enquête préalable, publication des normes homologuées ou des certifications, rapport etc.)⁵⁵⁶. Il a la charge de transposer, sans modification, toute norme établie par les organismes européens, ou d'abroger une norme nationale qui y serait contraire. À cette fin, il coordonne l'ensemble des bureaux de normalisation, organismes de statut privé compétents pour élaborer les normalisations, c'est-à-dire définir les normes et les standards techniques applicables. Le Professeur DELMAS-MARTY observait là le développement d'un véritable pouvoir normatif, « *au sens large du terme, puisqu'il s'agit de renvoyer à une moyenne – normalité – et non à un devoir être – normativité* »⁵⁵⁷. Ces normes techniques constituent en effet un véritable mode de régulation des comportements, totalement imbriqué au mode de régulation normatif imposé par le droit. Certes, l'activité de normalisation technique reste sous tutelle publique : l'homologation reste soumise à l'appréciation de l'autorité publique et

⁵⁵⁴ Plus largement sur ce point, voir J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2008, pp. 83-93.

⁵⁵⁵ Cons. constit., 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, n° 2002-465, cons. 4 ; Cons. constit., 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, n° 99-423, DC, cons. 27 à 42.

⁵⁵⁶ Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, *JORF* n° 0138 du 17 juin 2009. Article 1^{er} : « *La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable.* »

⁵⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, La Librairie du XX^{ème} siècle, Seuil, 1994, spéc. pp. 62-63.

l'AFNOR est soumise au contrôle du ministre chargé de l'industrie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil d'État a reconnu à l'activité exercée par l'AFNOR la qualité de service public⁵⁵⁸. Mais la normalisation technique, qui vise à obtenir que le consensus s'établisse entre le plus grand nombre possible d'intérêts antagonistes, est d'abord et avant tout la « chose » des acteurs économiques⁵⁵⁹. Plus encore, les normalisations nécessitent des compétences techniques extrêmement poussées, que les titulaires de l'autorité publique ne possèdent pas. Ces derniers doivent donc, avant de prendre une décision, faire appel à des experts, chargés de les éclairer et dont la puissance publique se retrouve tributaire.

163. Plus encore, l'entreprise de normalisation peut même faire abstraction du cadre juridique dans lequel elle intervient et échapper à tout contrôle démocratique⁵⁶⁰. C'est le cas de la comptabilité, qui constitue « *un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* »⁵⁶¹. La normalisation a alors pour objet d'établir des règles communes dans le double but d'uniformiser et de rationaliser la présentation des informations comptables⁵⁶². En cela, la normalisation comptable vise à se substituer à la norme légale au sein des échanges économiques⁵⁶³. En définitive, les diverses formes de dépendance entretenues par les autorités publiques à l'égard de personnes privées illustrent une sorte de « dépassement » de la puissance publique.

§ 3. Un effacement progressif de la puissance publique

164. *L'image d'une autorité publique décisionnelle.* En dépit de l'amplification des processus de dévolution du service public et d'externalisation au profit des personnes privées, l'autorité publique conserve le « privilège du préalable ». Autrement dit, les personnes privées ne détiennent de pouvoir, de compétences ou de fonctions que parce qu'en amont l'autorité publique l'a décidé, peu important alors qu'elle en soit à l'origine, qu'elle l'encadre,

⁵⁵⁸ CE, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230, *Lebon*, p. 66.

⁵⁵⁹ A. PENNEAU, « Contractualisation et recherche d'une légitimité technique », in *La contractualisation de la production normative*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2008, pp. 109-124, spéc. p. 120.

⁵⁶⁰ A. SUPIOT et Y. LEMARCHAND, *Préface*, in S. JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011, pp. IX-XII.

⁵⁶¹ Article 120-1 du Plan comptable général de 1999.

⁵⁶² Ch. HOARAU, « Place et rôle de la normalisation comptable en France », *Revue française de gestion*, 2003/6, n° 147, pp. 33-47.

⁵⁶³ Pour une étude approfondie de l'impact de la normalisation comptable sur les relations de travail, se référer à S. JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011.

l'encouragement ou simplement le tolère. En ce sens, les actes d'externalisation ou de dévolution de service public constituent encore des *actes de puissance publique* et les autorités publiques demeurent libres de reprendre en régie ces mêmes activités. De même, si la compétence accordée aux partenaires sociaux peut venir heurter le principe de la représentation politique, la « démocratie sociale » ne fait concurrence à la « démocratie politique » que parce qu'il en a été décidé ainsi par une loi, expression personnifiée s'il en est de la puissance publique.

C'est la raison pour laquelle nous préférons ne pas utiliser le terme de « privatisation » de l'État ou de l'action administrative dès lors qu'il n'y a pas de transfert d'autorité aux personnes privées au sens juridique du terme. On ne saurait en effet masquer la différence des rapports au droit qu'entretiennent la « puissance publique » et la « puissance privée », selon l'expression consacrée par le Professeur VENEZIA⁵⁶⁴. La première est une puissance juridique, « *c'est-à-dire qu'elle est fondée en droit et organisée par le droit* », tandis que la seconde « *est souvent pensée en puissance de fait* » car elle est avant tout la traduction d'un phénomène politique et social et ne peut exister que par le biais de l'activité normative qui l'a instituée et encadrée (droit de propriété, droit des contrats, pouvoir disciplinaire etc.)⁵⁶⁵.

En outre, ce n'est pas parce que l'État délègue certaines de ses missions régaliennes qu'il entend cesser d'y exercer un contrôle. En matière de sécurité par exemple, la loi LOPPSI 2 a créé le Conseil national des activités privées (CNAPS), établissement public administratif directement placé sous la tutelle du ministère dont l'objet est de rassembler l'ensemble des acteurs du secteur de la sécurité privée et les pouvoirs publics afin de réguler l'activité⁵⁶⁶. Un code de déontologie a également été édicté afin de « moraliser » la profession⁵⁶⁷. En ce sens, l'État qui se décharge de certaines de ses missions sur les personnes privées conserve une activité de régulation, laquelle ne serait *in fine* qu'une forme particulière de réglementation.

Néanmoins, la dévolution de services publics ou l'externalisation de fonctions régaliennes de l'État au bénéfice de personnes privées relève bien davantage de contraintes budgétaires que de réels choix politiques quant à la place de l'État dans la société ou dans le monde.

⁵⁶⁴ J.-C. VENEZIA, « Puissance publique, Puissance privée », *Études en hommage à Charles EISENMANN*, éd. Cujas, 1975, pp. 363-378.

⁵⁶⁵ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Colloques & débats, LexisNexis, pp. 57-75, spéc. pp. 58 et 74.

⁵⁶⁶ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI 2), *JORF* n° 0062 du 15 mars 2011.

⁵⁶⁷ Décret n° 2012-870 du 10 juillet 2012 relatif au Code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité intégré dans le livre VI de la partie réglementaire du Code de la sécurité intérieure.

165. La perte de contrôle effectif de l'autorité publique. Dans ces conditions, l'une des difficultés provient du fait que l'État ne dispose pas nécessairement des moyens financiers et techniques lui permettant de contrôler effectivement l'activité des personnes privées. Ainsi en va-t-il en matière de production normative, s'agissant des activités de lobbying ou de la normalisation comptable⁵⁶⁸.

La multiplication du recours aux personnes privées engendre une certaine mise en concurrence de la puissance publique et des « puissances de fait ». Aussi l'État central n'apparaît-il plus comme le seul garant de la sécurité, c'est-à-dire comme le garant de la cohésion de la société en tant qu'elle est affectée par la délinquance. Cette autorité lui échappe au profit d'organisations privées ou d'élus locaux. Dans cette configuration, l'État ne jouit plus d'une légitimité « naturelle ». Il doit démontrer qu'il détient, dans les faits, les moyens matériels lui permettant de justifier un rôle au sein d'une activité traditionnellement qualifiée de régalienn⁵⁶⁹. En ce sens, le développement – sans limite apparente – de l'externalisation dans des domaines régaliens tels que la défense repousse constamment « *les frontières de ce qui semblait relever de manière indivisible de l'exercice direct de la souveraineté par les organes et les agents de l'État* »⁵⁷⁰, sans que le Conseil constitutionnel ne parvienne à établir un rempart clair entre les actes relevant de la souveraineté de l'État et ceux qui en sont détachables⁵⁷¹.

Plus encore, les externalisations successives impliquent à long terme une perte quasi irréversible de savoir-faire des autorités publiques dans les domaines les plus techniques, les plaçant de fait dans un lien de dépendance face à leurs prestataires de services⁵⁷². À cet égard, l'externalisation engendre un phénomène qualifié d'« *effet bagel* », c'est-à-dire la « *réduction de l'appareil administratif centralisé, qui, confiant la conception et l'exécution de leurs*

⁵⁶⁸ Laquelle échappe à l'ordre « légal », voir S. JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011, précité.

⁵⁶⁹ En ce sens, S. ROCHÉ, « Vers une démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », *Revue française de science politique*, 2004/1, Vol. 54, p. 44.

⁵⁷⁰ P. COSSALTER, « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », Chaire-MADP, Sciencepo.fr.

⁵⁷¹ Voir *supra*, n° 148.

⁵⁷² R. DE BELLECISCE écrit ainsi : « *Les partisans de la souveraineté-puissance pourront toujours rétorquer que lorsque le roi est nu, il reste roi. Peu importe dès lors que l'inventaire des compétences de l'État ne finisse par prendre des allures d'autopsie ; et ils auront raison. Juridiquement, son statut de souverain demeure. Seulement lorsque le roi est nu, plus personne ne le respecte. S'il n'y a plus de compétences à autodéterminer, le pouvoir d'autodétermination des compétences perd toute signification.* » (« La Constitution comme obstacle à la privatisation de l'État », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS, éd. 2012, pp. 89-115, spéc. pp. 98-99).

activités à des entreprises privées, en vient à perdre le pouvoir et le contrôle de pans entiers des missions publiques »⁵⁷³. Dans ces conditions, tout en conservant un pouvoir décisionnaire de forme, la puissance publique s'affaiblit par « effacement »⁵⁷⁴. On peut se demander si l'administration dispose encore des prérogatives nécessaires à faire prévaloir l'intérêt général lorsqu'il se trouve en conflit avec les intérêts des particuliers⁵⁷⁵.

166. Bilan de section. Si l'accélération des transferts d'activités administratives au profit de personnes privées illustre le caractère malléable des notions de « service public », de « souveraineté » ou encore de « puissance publique », elle restreint dans les mêmes proportions le périmètre d'application du droit public. Or, dès lors que ce dernier ne constitue plus le cadre juridique d'accomplissement de l'action administrative, ce sont bien la justification et l'existence même d'un régime exorbitant attaché au modèle public qui s'en trouvent mises en cause – et ce d'autant plus que les personnes publiques elles-mêmes se sont parallèlement appropriées les techniques de droit privé pour mener à bien leurs missions.

⁵⁷³ P. HOFFERT, « The Bagel Effect : a compass to navigate our wired world », McGraw-Hill Ryerson, 1998, cité par G. GUGLIELMI, « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Dr. ouvr.*, avril 2008, pp. 175-179, spéc. p. 175.

⁵⁷⁴ F. LINDITCH, « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, Colloques & débats, Travaux de l'AFDA, pp. 77-90, spéc. pp. 89-90. L'auteur identifie trois causes d'affaiblissement de la puissance publique par le jeu de l'externalisation : par soustraction, par concurrence et par effacement.

⁵⁷⁵ Ce qui constitue pourtant la fonction première et originelle de l'administration (voir J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 1975, p. 11).

CONCLUSION DE CHAPITRE

167. L'interventionnisme public en matière économique accuse un recul conséquent, ainsi que l'illustrent les restructurations du secteur public, la disparition des monopoles gérés par des entreprises publiques, ou encore la généralisation du modèle de la société à participation publique minoritaire. Ce retrait traduit une politique de reconversion de l'État en simple entrepreneur, qui participe d'un processus de banalisation de la puissance publique⁵⁷⁶ ou, de manière plus commune, en simple régulateur chargé d'assurer le maintien des grands équilibres dans une économie de marché⁵⁷⁷. Toutefois, si ce désengagement est indéniable en termes quantitatifs, c'est-à-dire au regard de la propriété et de la détention de parts du capital, il n'est pas aussi net si l'on raisonne en termes qualitatifs. En effet, à la manière d'un stratège, l'État n'entend pas nécessairement diminuer sa sphère d'influence sur les secteurs jugés stratégiques. Si les autorités publiques, sommées d'agir en « investisseur avisé comme les autres », tendent à aligner leur mode de fonctionnement sur le droit commun des affaires, elles conservent un certain particularisme, soit par le biais de clauses exorbitantes du droit commun (« *golden share* ») soit par une instrumentalisation du droit commun (droits de vote double)⁵⁷⁸.

168. L'idée d'un État recentré sur son « cœur de métier » ou sur ses « missions prioritaires », selon la formule « moins d'État mais mieux d'État », irrigue en réalité l'ensemble de l'action administrative. Comme l'observait le Professeur CHEVALLIER⁵⁷⁹, l'État moderne a été construit autour de la concentration progressive d'un certain nombre d'attributions considérées comme indissociables de l'idée de souveraineté. Ces activités dites « régaliennes » étaient censées constituer le noyau irréductible et la finalité ultime de son institution. Or, cette sphère régalienne est devenue friable et ne constitue plus l'apanage de

⁵⁷⁶ D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, n° 629, 2006, 100017.

⁵⁷⁷ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Série politique, 2^{ème} éd., spéc. p. 53. Plus généralement, sur le recul de l'État interventionniste et l'émergence de l'État régulateur, voir not. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 5^{ème} éd., LGDJ, Précis Domat, pp. 34-43. Sur les mécanismes de régulation auxquels a laissé place la fin des monopoles publics, J. SAINT-GEOURS, « L'avenir des entreprises publiques en France. Contrôle et régulation », in *Quel avenir pour les entreprises publiques*, (dir.) R. DRAGO, PUF, 2001, pp. 31-49.

⁵⁷⁸ Voir, en ce sens, J. CAILLOSSE : « *L'État se fait de la modestie une tout autre idée qui consiste pour lui à réinvestir le droit commun, autrement dit à promouvoir un nouvel imaginaire. Après que l'État a été symboliquement pensé dans le droit administratif dans les formes d'un monde à part, voici venu le moment de promouvoir l'image inverse : les personnes publiques cherchent, raisonnablement, à se défaire d'une singularité juridique trop marquée qui compromet la logique du rendement* » (« *Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique* », *AJDA*, 1996, p.955).

⁵⁷⁹ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Série politique, 2^{ème} éd., spéc. p. 47.

l'État. Pour des raisons principalement budgétaires, les autorités publiques multiplient le recours aux personnes privées, et ce même dans des domaines dont elles étaient traditionnellement exclues : police, défense, production normative.

CHAPITRE 3. LA BANALISATION PAR LA REMISE EN CAUSE DU LIEN NÉCESSAIRE ENTRE MISSION DE SERVICE PUBLIC ET STATUT DE TRAVAIL EXORBITANT DU DROIT COMMUN

169. Le Professeur SUPIOT posait la question en ces termes : « *La référence à l'intérêt général, à laquelle se trouvent suspendus les services publics, doit-elle ou non imprégner, et de quelle manière, la condition juridique de ceux qui y travaillent ?* »⁵⁸⁰ Autrement dit, existait-il une spécificité du travail de service public ? Une réponse positive l'a emporté, conformément à la doctrine du service public qui prévalait au début du 20^{ème} siècle. Cette spécificité a entraîné une large application du statut de la fonction publique⁵⁸¹ et la multiplication des statuts règlementaires du personnel au sein des grands services publics industriels et commerciaux⁵⁸².

Ces statuts exorbitants du droit commun étaient classiquement justifiés par les impératifs du service public : le bon fonctionnement et la continuité des services publics seraient indissociables de la sécurité de l'emploi et du revenu de leurs agents. Seul le statut permettrait alors à la puissance publique et à son agent de mener à bien leur sacerdoce commun : le service de l'intérêt général⁵⁸³. Pris en ce sens, le statut particulier accordé au travailleur ferait partie intégrante du service public et constituerait l'un des moyens de sa réalisation, de sorte que statut et exécution d'une mission de service public seraient indubitablement liés. Dans cette logique, le travailleur qui sert le service public (au service de l'intérêt général) devrait relever d'un régime de droit public, tandis que le travailleur de l'entreprise (au service d'intérêts privés) devrait relever du Code du travail, régime de droit commun. Peu à peu, a été assimilée l'idée faussement simple selon laquelle le travailleur soumis à statut de droit public exercerait nécessairement ses fonctions au service de l'intérêt général et inversement.

⁵⁸⁰ A. SUPIOT, « Introduction », in *Servir l'intérêt général*, (dir.) J.-L. BODIGUEL, Ch. GARBAR, A. SUPIOT, PUF, 2000, p. 13.

⁵⁸¹ À la différence, un régime exorbitant fondé sur la notion de puissance publique aurait justifié un fonctionnariat plus restreint : seuls les agents exerçant des prérogatives de puissance publique doivent relever d'un statut particulier, les autres sont soumis au droit commun.

⁵⁸² La théorie de l'indifférenciation, qui refuse d'accorder un statut particulier aux agents publics au nom de l'intérêt des citoyens a été largement soutenue en France mais n'a pas réussi à s'imposer. Sur ce point, voir J.-L. BODIGUEL, « Fonction publique et intérêt général », in *Servir l'intérêt général*, (dir.) J.-L. BODIGUEL, Ch. GARBAR, A. SUPIOT, PUF, 2000, pp. 36-59.

⁵⁸³ R. GRÉGOIRE écrivait ainsi : « *Les fonctionnaires incarnent l'État dans le temps même où ils le servent [...]. À ce titre encore, fonction publique n'est pas un métier comme les autres. C'est un service.* » (*La fonction publique*, Librairie Armand Colin, 1954, spéc. p. 32.)

170. Un tel postulat n'est pas exempt de critique⁵⁸⁴. On ne saurait en premier lieu exclure que la participation à l'intérêt général puisse également entrer dans la vocation d'entreprises privées, notamment de celles relevant de l'économie sociale et solidaire et dont le personnel est pourtant soumis au droit commun⁵⁸⁵. On ne saurait en deuxième lieu confondre l'action de la personne publique et celle de ses agents. La première n'existe que parce qu'elle agit dans l'intérêt général. Il s'agit là d'une condition de sa légitimité certes, mais surtout de son existence même en tant que prolongement de l'État. Ce particularisme ne doit pas pour autant préjuger de la position individuellement adoptée par les agents dans le cadre de leurs fonctions. Ces derniers ont des intérêts propres qui ne recouvrent pas nécessairement l'intérêt général ou plus simplement ceux de leur employeur⁵⁸⁶. En outre, même à admettre que chaque agent intérioriserait en quelque sorte la grandeur du service public qu'il sert, il ne pourrait concevoir sa mission qu'au travers du prisme de sa propre perception de ce que doit ou devrait être le service public.

171. En tout état de cause, le droit positif invalide ce postulat. Les liens entretenus entre, d'une part, la poursuite d'une mission de service public et, d'autre part, l'existence d'un régime dérogatoire au droit commun se sont progressivement émoussés. L'arrêt *Bac d'Eloka*⁵⁸⁷ constitue à cet égard une première entorse. En effet, l'intervention économique de la puissance publique en dehors de ses sphères traditionnelles de compétence a conduit le Tribunal des conflits à admettre dès 1921 une large application du droit privé dans le cadre

⁵⁸⁴ Dans une perspective de science administrative, des études ont montré la forte relativisation des différenciations traditionnellement invoquées entre les agents du secteur public et les salariés du secteur privé. Pour une étude intégrant des données comparatives de différents pays européens, voir L. ROUBAN, « L'univers axiologique des fonctionnaires », *RFAP*, 2009, n° 132, pp. 771-788.

⁵⁸⁵ Aux termes de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (*JORF* n° 0176 du 1 août 2014), l'économie sociale et solidaire est « un mode d'entreprendre et de développement économique » auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui, entre autres, poursuivent un but « autre que le seul partage des bénéfices ». Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de ladite loi les entreprises dont l'objet social a « pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social » ou « pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale » ou encore les entreprises qui « concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale ». Il s'agit là de missions qui relèvent en elles-mêmes de l'action administrative.

⁵⁸⁶ C'est d'ailleurs pour protéger et défendre leurs intérêts propres que le droit de grève et la liberté syndicale ont été reconnus à une large majorité des travailleurs du service public. (cf *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1).

⁵⁸⁷ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain, dit Bac d'Eloka*, *Lebon*, 91, D.1921.3.1, concl. MATTER.

des services industriels et commerciaux⁵⁸⁸. Les relations de travail entre l'employeur public et son personnel y sont régies par le Code du travail, à l'exception du chef d'établissement et du comptable lorsque celui-ci possède la qualité de comptable public⁵⁸⁹.

En sens inverse, le rejet de la théorie de la distinction entre agent d'autorité et agent d'exécution⁵⁹⁰ par l'arrêt *Berkani* du 25 mars 1996⁵⁹¹ a sensiblement étendu le champ d'application du droit public. Sont qualifiés d'agents contractuels de droit public « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif [...] quel que soit leur emploi* ». Relèvent au contraire des règles du Code du travail les salariés d'une personne privée, même si celle-ci gère un service public ou concourt à l'exécution d'un tel service et quelles que soient ses modalités de fonctionnement et de financement⁵⁹². Certes, cette dichotomie présente l'avantage de la simplicité⁵⁹³, mais elle a pour inconvénient de brouiller les critères organique et matériel du service public. Autrement dit, il importe peu que le travailleur participe effectivement à la réalisation d'une mission de service public administratif. Il suffit, pour être soumis à un statut de travail exorbitant du droit commun, qu'il soit employé par une personne publique. C'est donc la seule nature juridique

⁵⁸⁸ En 2009, le Conseil d'État constatait que le recours à la formule de l'établissement public industriel et commercial pouvait être davantage motivé par la volonté de la personne publique d'échapper aux règles de droit public qu'à la nature du service en cause (CE, *Les établissements publics*, Les études du Conseil d'État, *La doc. fr.*, 15 octobre 2009, p. 18).

⁵⁸⁹ CE, 26 janvier 1923, *de Robert-Lafrégeyre* ; CE, 8 mars 1957, *Jalenges de Labeau* ; TC, 4 juillet 1991, *M^{me} Pillard*.

⁵⁹⁰ La jurisprudence s'est pendant longtemps fondée sur le critère de la nature de l'emploi pour opérer une distinction entre fonctions de direction et de conception relevant du droit public et les tâches d'exécution relevant du droit privé. Autrement dit, ne participaient pas à l'exécution d'un service public administratif et devaient donc relever du droit privé « *les agents contractuels engagés pour des tâches qui ne sont que l'accessoire, l'annexe de la mission de service public ; c'est-à-dire pratiquement le petit personnel d'exécution : ouvriers, femmes de service, collaborateurs occasionnels payés à l'heure ou à la journée* » (Concl. CHARDEAU sur CE, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain, Lebon*, p. 342, cité par Y. SAINT-JOURS, *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1986, p. 31), avant de considérer que « *du point de vue juridique, rien ne s'oppose à ce qu'un agent, si bas qu'il se situe dans la hiérarchie, participe directement à l'exécution même du service public* » (Concl. BERNARD sur CE, 10 mars 1959, *Lauthier*, cité par Y. SAINT-JOURS, précité). La jurisprudence était toutefois particulièrement fluctuante sur la qualification retenue et nombre d'emplois faisaient intervenir à la fois des tâches d'autorité et des tâches d'exécution, ce qui rendait le critère de distinction très incertain. À titre d'exemple, le Tribunal des conflits avait jugé qu'une employée communale avait successivement la qualité d'agent contractuel de droit privé lorsqu'elle exerçait ses fonctions de femme de ménage et d'entretien et la qualité d'agent contractuel de droit public lorsqu'une garderie d'enfants lui a été confiée (TC, 25 novembre 1963, *Veuve Mazerand, Lebon*, p. 792).

⁵⁹¹ TC, 25 mars 1996, *Berkani*, n° 03000, *RFDA*, 1996, p. 819, concl. Ph. MARTIN.

⁵⁹² CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, n° 141728, publié au *Lebon*.

⁵⁹³ Au vu du caractère incertain de la jurisprudence prévalant jusqu'alors, cette simplification était attendue par la doctrine. Voir not. B. STIRN, « Droit du travail et droit public : l'agent public, réflexions sur la jurisprudence », *AJDA*, 1991, p. 587.

de l'employeur, indifféremment des fonctions effectivement exercées par l'agent, qui déclenche l'application du statut.

172. Or, on constate parallèlement que ces services administratifs recourent pour une part non négligeable aux contrats de travail soumis au Code du travail par destination de la loi⁵⁹⁴ – tels que les contrats aidés⁵⁹⁵ – ou par le biais du recours à l'intérim⁵⁹⁶. De même, on relève un nombre important d'établissements publics administratifs autorisés à recruter du personnel dans les conditions du droit privé. En 2009, quarante-sept établissements publics administratifs sur les cent-cinquante-six recensés bénéficiaient d'une telle dérogation⁵⁹⁷. C'est notamment le cas de l'établissement public administratif Pôle emploi⁵⁹⁸. À l'inverse, l'Office national des forêts (ONF), qui a qualité d'établissement public industriel et commercial, emploie pourtant des agents fonctionnaires et contractuels de droit public par volonté du législateur⁵⁹⁹.

173. Bien au-delà de ces contradictions, une déconnexion s'est progressivement installée entre la poursuite d'une mission de service public et l'existence d'un régime de travail exorbitant du droit commun. Cette dissociation est visible tant s'agissant du statut de la fonction publique (**Section 1**) que des autres statuts règlementaires du personnel (**Section 2**).

SECTION 1. LA DISSOLUTION DU LIEN ENTRE STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE ET MISSION DE SERVICE PUBLIC

174. L'absence d'automaticité entre les considérations d'intérêt général et la soumission des personnels qui travaillent dans ce cadre à des règles particulières différentes de celles du droit

⁵⁹⁴ La jurisprudence *Berkani* n'affecte pas les contrats de droit privé par détermination de la loi. Voir TC, 22 mai 2006, *Préfet des Bouches-du Rhône*, n° C-3486, publié au *Lebon*, s'agissant des contrats de marins du service public administratif des phares et balises, lesquels relèvent du droit privé en vertu de l'article 1^{er} du Code du travail maritime.

⁵⁹⁵ Plus généralement, le secteur public ou parapublic est un terrain privilégié des politiques sociales de lutte contre le chômage. La circulaire DGEFP n° 2012-20 du 2 novembre 2012 ciblait particulièrement les personnes publiques en précisant que les emplois d'avenir devaient être prioritairement affectés au secteur non marchand et, en particulier, aux collectivités territoriales, aux associations et fondations, aux mutuelles, comités d'entreprise, établissements publics (notamment hospitaliers et du secteur médico-social), ainsi qu'aux bailleurs sociaux.

⁵⁹⁶ Article L. 1251-60 du Code du travail.

⁵⁹⁷ CE, *Les établissements publics*, Les études du Conseil d'État, *La doc. fr.*, 2009, spéc. p. 18.

⁵⁹⁸ Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, *JORF* n° 0038 du 14 février 2008.

⁵⁹⁹ Articles L. 221-1, L. 222-2, L. 222-6 et L. 222-7 du Code forestier.

commun du travail a déjà été démontré⁶⁰⁰. Les solutions adoptées relèvent en réalité de la culture de chaque pays. Certains États ont fait le choix de l'indifférenciation (Pays-Bas), d'autres distinguent entre les agents qui exercent des prérogatives de puissance publique et doivent de ce fait relever d'un statut particulier et les autres (Allemagne, Danemark). La France a fait le choix d'une certaine sacralisation de la fonction publique : tous les agents travaillant pour l'État ou une collectivité publique doivent bénéficier d'un statut particulier, y compris les agents non titulaires qui sont assujettis au droit public.

175. On peut donc retenir, à l'instar du Professeur CHAPUS, une approche généraliste de la fonction publique, « *constituée par l'ensemble des personnels qui, occupant à titre professionnel un emploi salarié dans les services des personnes publiques, sont soumis à un statut de droit public* »⁶⁰¹. Mais cette définition occulte toute justification ou légitimation d'un statut exorbitant du droit commun, alors qu'un lien « naturel » entre la fonction publique et la poursuite d'une mission de service public s'est largement imposé. En ce sens, tant la notion d'agent fonctionnaire que la spécificité du régime juridique applicable reposeraient sur les exigences particulières des missions que ces agents ont à accomplir, c'est-à-dire, d'un point de vue matériel, sur la notion de service public⁶⁰² (§ 1). Ce lien a toutefois été mis à l'épreuve par les restructurations du secteur public, principalement par la privatisation de France Télécom. Il en résulte que des corps de fonctionnaires peuvent être affectés à des activités purement commerciales, au service d'intérêts privés (§ 2). Pour minoritaire que soit ce phénomène, il affaiblit la cohérence globale du système et tend à remettre en cause la justification générale d'un statut de la fonction publique exorbitant du droit commun.

§ 1. La construction du lien entre fonction publique et service public

176. Un lien naturel et consensuel. L'existence d'un lien indissociable entre fonction publique et service public a rapidement fait l'objet d'un consensus doctrinal. Léon DUGUIT observait ainsi que « *la notion de fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public* », de sorte que « *le fonctionnaire est l'agent qui participe de manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, que ce service soit d'ailleurs centralisé,*

⁶⁰⁰ J.-L. BODIGUEL, « Fonction publique et intérêt général », in *Servir l'intérêt général*, (dir.) J.-L. BODIGUEL, Ch. GARBAR, A. SUPIOT, PUF, 2000, pp. 36-59.

⁶⁰¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 1, p. 7.

⁶⁰² Toutefois, on le sait, si le statut de fonctionnaire est justifié par la mission de service public, l'inverse n'est pas vrai : les relations de travail au sein du service public peuvent être régies par le droit privé, assorti ou non de dispositions statutaires.

décentralisé ou même concédé »⁶⁰³ tandis que Gaston JÈZE attribuait aux agents publics l' « *unique mission de faire fonctionner des services publics* »⁶⁰⁴. Du même avis⁶⁰⁵, Maurice HAURIOU précisait que la fonction publique devait s'« *envisager soit du côté du service public (objectivement), soit du côté du fonctionnaire (subjectivement)* »⁶⁰⁶. En 1936, le Comité technique pour la réforme de l'État tirait également ses réflexions du postulat selon lequel « *la fonction publique a pour objet et pour raison d'être la gestion diligente, exacte et continue des services publics* »⁶⁰⁷. Ce lien étroit entre fonction publique et service public était conforté par la jurisprudence. Le Conseil d'État rappelait ainsi par un arrêt du 13 janvier 1922 que les fonctionnaires « *sont soumis, en acceptant leur emploi, à des obligations dérivant des nécessités mêmes du service public* »⁶⁰⁸. Encore aujourd'hui, l'étroitesse de ce lien peut conduire à opérer une sorte de confusion volontaire entre l'autorité publique, le service public et le fonctionnaire. C'est ainsi que la ministre de la Fonction publique affirmait, lors des vœux pour l'année 2013 qu'elle adressait aux partenaires sociaux, qu'« *il n'y aura pas de redressement sans la puissance publique, c'est-à-dire, sans le service public et sans les fonctionnaires* »⁶⁰⁹.

Ce lien est toutefois plus ou moins fort selon que l'on retienne une définition du fonctionnaire fondée sur un critère organique (la nature juridique de l'employeur) ou sur un critère matériel (l'activité de service publique poursuivie).

177. La prévalence du critère organique dans la définition du fonctionnaire : l'incompatibilité du statut de fonctionnaire avec l'emploi par une personne privée. Le fonctionnaire – et plus généralement l'agent public – est avant tout l'agent employé par une personne publique, qu'il s'agisse de l'État ou d'un établissement public national, d'une collectivité locale ou d'un établissement public local, ou encore d'un établissement public hospitalier.

⁶⁰³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, Librairie Fontemoing et cie, 2^{ème} éd., 1921, pp. 6 et 7.

⁶⁰⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, 1926, Giard, rééd. Dalloz, 2011, p. 1.

⁶⁰⁵ Voir not. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} éd., 1933, rééd. Dalloz, 2002 : « *Le recrutement des fonctionnaires est le premier et le plus indispensable des moyens de gestion des services publics, en ce sens que les services publics ne peuvent s'exécuter que grâce à des fonctionnaires soigneusement choisis* » (spéc. p. 729).

⁶⁰⁶ M. HAURIOU, « La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, note sous CE 6 août 1898, S. 1929, t. III, p. 60, cité par E. AUBIN, « Fonction publique et service public », in (coll.) *Le service public*, Thèmes et commentaires AFDA, Dalloz, 2014, p. 223.

⁶⁰⁷ Comité technique pour la réforme de l'État (J. BARDOUX), *La France de demain*, éd. Sirey, 1936, p. 96.

⁶⁰⁸ CE, 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents des Contributions indirectes*, Lebon, p. 37.

⁶⁰⁹ Cité par E. AUBIN, « Fonction publique et service public », in *Le service public*, précité, p. 224.

Sauf à ce que le législateur en ait expressément décidé autrement, la jurisprudence s'oppose à ce que des personnes privées puissent employer un personnel soumis au droit public, quand bien même elles seraient investies d'une mission de service public⁶¹⁰. Dès lors, tous les personnels d'un organisme privé gérant un service public administratif, se trouvent dans une situation individuelle de droit privé⁶¹¹. Le Tribunal des conflits a adopté une position similaire en déniait la qualité d'agent public au directeur général d'une société d'économie mixte en charge d'une mission de service public⁶¹².

178. La prévalence du critère matériel dans la définition du fonctionnaire : l'affirmation d'un lien fonction publique – service public. Le Conseil d'État avait cru déceler dans le lien unissant fonction publique et service public l'existence d'un principe à valeur constitutionnelle – avant d'être désavoué par le Conseil constitutionnel en 2012⁶¹³). Préalablement à la transformation de l'entreprise publique France Télécom en société anonyme, le Conseil d'État avait été interrogé sur le point de savoir si un corps de fonctionnaires d'État pouvait être placé auprès d'une personne morale de droit privé. Par un avis du 18 novembre 1993, il avait dégagé l'existence d'un « *principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public* », lequel aurait fait obstacle « *à ce que des corps de fonctionnaires de l'État puissent se trouver placés auprès d'organismes dont l'objet essentiel ne serait pas d'assurer l'exécution de telles missions* »⁶¹⁴. En conséquence, le Conseil d'État n'avait admis la constitutionnalité du projet de loi portant création de la société anonyme France Télécom qu'à condition que celle-ci définisse les missions de service public confiées à l'exploitant et les fasse figurer dans son objet social, fixe les règles essentielles et édicte les dispositions propres à garantir la bonne exécution et la continuité du service public et enfin, que le capital social de la société anonyme demeure majoritairement détenu

⁶¹⁰ CE, 4 avril 1962, *Sieur Chevassier*, *Lebon*, p. 245 ; CE, 19 juin 1996, *Syndicat général CGT des personnels des affaires culturelles*, n° 141728, *Lebon*.

⁶¹¹ CE, 3 mai 1955, *Caisse primaire de Sécurité sociale du Maine-et-Loire*, *Lebon*, p. 810.

⁶¹² TC, 2 mai 1988, *Bon*, n° 02520, *Lebon*, note J.-F. LACHAUME, *Dr. soc.*, 1989, pp. 673-676. Cette affaire opposait la SONATRA, alors société d'économie mixte en charge d'une mission de service public et son directeur général, lequel avait par ailleurs et à titre personnel le statut de fonctionnaire. Néanmoins, dès lors qu'il était employé par une personne morale de droit privé, son contrat de travail relevait du droit privé et, en conséquence, de la juridiction judiciaire.

⁶¹³ Voir. *infra*, n° 189.

⁶¹⁴ CE, avis, 18 novembre 1993, n° 355255, in Y. GAUDEMET, B. STIRN, Th. DAL FARRA, F. ROLIN, *Les Grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3^{ème} éd., n° 24, commentaire L. RICHER, pp. 275-285.

directement ou indirectement par l'État – ce dernier étant « *responsable en dernier ressort du bon fonctionnement de ce service public national* »⁶¹⁵.

Ce faisant, le Conseil d'État avait mis à l'écart le critère organique – à savoir la nature juridique de l'employeur – au profit du critère matériel de l'activité. Si le statut des fonctionnaires de France Télécom pouvait être maintenu, alors même que le mode de gestion du service était bouleversé, c'était bien en raison de la continuité de l'activité, c'est-à-dire de la poursuite des missions de service public et des obligations qu'elles impliquaient⁶¹⁶. De ce point de vue, le service public constituait la condition essentielle du maintien du statut de fonctionnaire aux agents de France Télécom, de sorte qu'un auteur avait pu y déceler une « *consolidation juridique du lien fonction publique – service public* »⁶¹⁷.

179. Le Conseil d'État avait réaffirmé la place centrale occupée par le service public dans la définition de la fonction publique par un avis du 23 septembre 1997⁶¹⁸, dans le cadre de la transformation de la Caisse nationale de prévoyance (CNP) en société anonyme par la loi du 16 juillet 1992⁶¹⁹. Les fonctionnaires de l'État qui y étaient en service à la date de réalisation des apports, avaient été mis à la disposition de ladite société pour une durée maximale de six ans en vertu des dispositions de cette même loi. La question se posait alors du sort de ces personnels à l'issue de la période transitoire. Après avoir relevé que la Caisse nationale de prévoyance n'était investie d'aucune mission de service public, le Conseil d'État avait estimé que le principe constitutionnel, selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public, faisait obstacle à ce que les agents des corps concernés puissent se trouver directement placés auprès de cette société. Il avait également précisé que « *la réaffirmation éventuelle de l'appartenance de la Caisse nationale de prévoyance au secteur public* » n'était pas de nature à modifier la situation de la Caisse nationale de prévoyance au regard du principe constitutionnel sus rappelé. Le Conseil d'État avait également rejeté l'option proposée par le gouvernement visant à créer une structure *ad hoc* sous la forme d'un établissement public, qui serait chargée de regrouper les fonctionnaires concernés afin de les faire concourir aux activités de la Caisse nationale de prévoyance. En effet, une telle option méconnaissait le

⁶¹⁵ CE, avis, 18 novembre 1993, n° 355255, précité.

⁶¹⁶ Ch. FORTIER, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public », *AJDA*, 1999, p. 291, spéc. p. 293.

⁶¹⁷ Ch. FORTIER, « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public », *AJDA*, 1999, p. 291, spéc. p. 295.

⁶¹⁸ CE, avis, 23 septembre 1997, n° 360829.

⁶¹⁹ Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit (*JORF* n° 164 du 17 juillet 1992).

principe constitutionnel susvisé dès lors que l'organisme de regroupement était dépourvu de toute mission de service public⁶²⁰.

180. Un principe à la valeur constitutionnelle discutée. L'appartenance du principe selon lequel « *des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public* » aux rangs des « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » – et partant de sa place dans la hiérarchie des normes – a été discutée par la doctrine, principalement du fait de l'absence de fondement textuel précis⁶²¹. En effet, pour doter ce principe d'une valeur constitutionnelle, le Conseil d'État s'était fondé non seulement sur « *les dispositions de la Constitution relatives à l'administration et aux fonctionnaires* » mais aussi sur « *les diverses lois, qui, traditionnellement dans notre droit, ont posé les règles spéciales relatives au statut de la fonction publique et énoncé les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires, et qui ont eu pour objet essentiel d'assurer la neutralité et la continuité des services publics, reconnues comme des conditions indispensables de la bonne exécution de ceux-ci* »⁶²².

Bien qu'il paraisse conforme au bon sens le plus élémentaire de considérer que les règles de la fonction publique sont instaurées dans l'intérêt du service public⁶²³, l'imprécision de ces normes de référence n'a pas permis d'assurer un fondement suffisamment solide au principe dégagé par le Conseil d'État. Ce lien service public – fonction publique peut donc être remis en cause par le législateur sans encourir la censure du juge constitutionnel.

⁶²⁰ CE, avis, 23 septembre 1997, n° 360829.

⁶²¹ Ainsi le Président GENNEVOIS était-il réservé sur « *l'appartenance d'un tel principe aux PFRLR car il est malaisé de le rattacher aux droits et libertés de l'homme et du citoyen* » (« Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 1998, p. 477). Pour le Professeur RICHER, si le principe dégagé semblait construit selon la technique des PFRLR puisque le Conseil d'État faisait référence aux diverses lois antérieures relatives au statut de la fonction publique, lesquelles ont eu pour objet d'assurer la neutralité et la continuité du service public, il remarquait tout de même que « *l'avis ne se réfère à aucun texte précis [...]. Le passage des textes généraux mentionnés de manière imprécise au principe de portée limitée qui est consacré n'est pas explicite ; le raisonnement paraît assez intuitif.* » (*Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3^{ème} éd., précité, spéc. p. 284.) Une partie de la doctrine a également contesté la compétence que s'octroyait le juge administratif pour créer des PFRLR n'ayant pas été préalablement identifiés par le Conseil constitutionnel, argument balayé par le Président GENNEVOIS au motif que « *le juge constitutionnel ne dispose pas du monopole de l'interprétation de la Constitution et de la détermination corrélative des PFRLR* », sauf à ce que le juge, en cas de difficulté, commette un déni de justice (« Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », précité).

⁶²² CE, avis, 18 novembre 1993, n° 355255, *Les Grands avis du Conseil d'État*, précité, spéc. p. 277.

⁶²³ L. RICHER, *Les grands avis du Conseil d'État*, précité, spéc. p. 284.

§ 2. La remise en cause du lien entre fonction publique et service public

181. Le législateur a maintenu le statut de fonctionnaire aux personnels employés par une société de droit privé en dehors de l'exercice de toute mission de service public (A). Par une décision du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un tel maintien ne porte atteinte « à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit » (B).

A) La compatibilité entre le statut de la fonction publique et l'emploi par une personne morale de droit privé dont l'objet n'est plus la poursuite d'une mission de service public

182. Le législateur s'est éloigné à plusieurs reprises du principe organique selon lequel seule une personne publique peut employer des agents publics. De nombreux services ou établissements publics ont ainsi été transformés en sociétés commerciales conservant à titre provisoire du personnel fonctionnaire par la voie du détachement ou de la mise à disposition. Ce fut ainsi le cas de la Société nationale des poudres et explosifs⁶²⁴, de la Caisse nationale de crédit agricole⁶²⁵, du Groupement industriel des armements terrestres [devenu GIAT industries]⁶²⁶, de la Caisse nationale de prévoyance⁶²⁷, ou encore de l'Imprimerie nationale⁶²⁸. Toutefois, les agents fonctionnaires ont été placés sous l'autorité des organes dirigeants de la nouvelle société par le biais de mise à disposition ou détachement, de sorte que le lien entre le fonctionnaire et l'État n'a pas été totalement rompu. En outre, il s'agissait là de mesures provisoires, de sorte que ces dérogations n'avaient pas vocation à perdurer. Néanmoins, on

⁶²⁴ Loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, *JORF* du 5 juillet 1970.

⁶²⁵ Loi n° 88-50 du 18 janvier 1988 relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *JORF* du 19 janvier 1988. Le caractère provisoire du détachement était toutefois relatif puisqu'il pouvait porter sur une durée de douze ans (article 10).

⁶²⁶ Loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (G.I.A.T.), *JORF* du 27 décembre 1989.

⁶²⁷ Loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, *JORF* n° 164 du 17 juillet 1992.

⁶²⁸ Loi n° 93-1419 du 31 décembre 1993 relative à l'Imprimerie nationale, *JORF* du 1^{er} janvier 1994. Le placement des fonctionnaires sous l'autorité du président de la nouvelle société et l'étendue du pouvoir de ce dernier a donné lieu à un avis du Conseil d'État le 26 septembre 1995, lequel ne reprend pas la condition émise dans son avis du 18 novembre 1993 tenant à l'existence de missions de service public clairement définies dans la loi. Toutefois, ainsi que l'observait un auteur, on ne pouvait pour autant en déduire que le Conseil d'État ne liait plus les notions de service public et de fonctionnaire. En l'espèce, le changement de statut juridique de l'Imprimerie nationale n'avait pas fait perdre à celle-ci son caractère essentiel de service public, ainsi qu'il ressortait notamment des débats parlementaires (S. SALON, « Conditions et modalités du pouvoir du président d'une société nationale de nommer et gérer des fonctionnaires », *AJDA*, 1996, p. 468).

pouvait d'ores et déjà observer un certain relâchement du lien fonction publique – service public dès lors qu'aucune disposition législative ne visait à garantir l'affectation des fonctionnaires à des fonctions relevant d'un service public. Plus encore, la Caisse nationale de prévoyance était dépourvue de toute mission de service public.

183. *Le cas emblématique de France Télécom.* Le cas de l'entreprise France Télécom est quant à lui plus surprenant dans la mesure où le législateur a créé à titre pérenne un corps de fonctionnaires au sein d'une entreprise de droit privé dont l'objet social n'est plus essentiellement consacré à la poursuite d'une mission de service public. En ce sens, le maintien du statut d'environ 100 000 agents fonctionnaires malgré les multiples transformations de la société France Télécom - dénommée Orange depuis le 1^{er} juillet 2013 - remet en cause le lien unissant classiquement service public et fonction publique⁶²⁹. Certes, la société ne peut plus recruter de fonctionnaires depuis le 1^{er} janvier 2002⁶³⁰, de sorte que le statut est en voie d'extinction⁶³¹, et le législateur a prévu, au 1^{er} janvier 2019, une évaluation en vue, le cas échéant, d'« *adapter les conditions d'emploi des fonctionnaires de France Télécom à la situation de l'entreprise et aux exigences d'une bonne gestion des corps auxquels ils appartiennent* »⁶³². Toutefois, les agents fonctionnaires constituent encore à ce jour près de 52 % des 95 000 employés français de la société Orange et le dernier départ à la retraite pourra avoir lieu à l'horizon 2042⁶³³.

184. *Une société anonyme au capital social majoritairement privé.* L'exploitant public France Télécom a été transformé en société anonyme par la loi du 26 juillet 1996⁶³⁴, laquelle a

⁶²⁹ F. MELLERAY, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA*, 2003, p. 2078.

⁶³⁰ Article 5 de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1996.

⁶³¹ Les autorités réglementaires ont organisé et facilité l'intégration des fonctionnaires de France Télécom, sur leur demande jusqu'au 31 décembre 2009, dans tous les corps de fonctionnaires de l'État ou de l'un de ses établissements publics, sans que puissent leur être opposées les règles relatives au recrutement prévues par les statuts particuliers régissant ces corps, à l'exception des fonctions dont l'exercice est soumis à un diplôme spécifique et dont l'accès reste subordonné à la détention de ce diplôme (voir not. décret n° 2004-738 du 26 juillet 2004 relatif à l'application aux corps de fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics des dispositions de l'article 29-3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 modifiée relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications).

⁶³² Article 9 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1 janvier 2004.

⁶³³ *Capital*, 27 janvier 2017. En 2013, la société comptait environ 60 % de fonctionnaires au sein de son effectif national (*Le Monde*, 3 janvier 2013).

⁶³⁴ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1996.

été privatisée en application de la loi du 31 décembre 2003⁶³⁵. Au 31 décembre 2015, l'État ne détenait plus que 23,04 % du capital social d'Orange – tenant compte des participations indirectes détenues par le biais de BPI France⁶³⁶.

185. Une société anonyme dont l'objet essentiel n'est plus d'assurer l'exécution de missions de service public. Alors que la loi du 26 juillet 1996 avait maintenu au profit de la nouvelle société France Télécom le monopole des missions de service public, rebaptisé « service universel »⁶³⁷, la loi du 31 décembre 2003 ayant décidé de sa privatisation lui a dans le même temps retiré sa qualité d'opérateur de service universel. Le législateur a préféré attribuer celui-ci à l'issue d'appels à candidatures⁶³⁸. Si, dans les faits, l'opérateur historique continue d'assurer l'essentiel du service universel, il n'en demeure pas moins, d'une part, que la société assure à titre principal une activité commerciale et, d'autre part, que ce service peut toujours être confié à l'un de ses concurrents – dont le personnel est d'ailleurs entièrement soumis au droit privé.

186. Un « revirement discret » du Conseil d'État⁶³⁹. Saisi du projet de loi du 31 décembre 2003, le Conseil d'État a profité de l'occasion pour nuancer la rigueur du PFRL dégagé en 1993 selon lequel « *les corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public* ». Par un avis – non publié – du 16 juillet 2003⁶⁴⁰, il a admis la conformité d'un régime de maintien de fonctionnaires en activité à France Télécom, entreprise transférée au secteur privé, ainsi que la gestion de ces fonctionnaires par le président de France Télécom, sous réserve toutefois du prononcé des sanctions disciplinaires du quatrième groupe (révocation et mise à la retraite d'office) « *au principe liant l'emploi de fonctionnaires de l'État à l'exécution de missions de services publics* ». Pour cela, le Conseil d'État a indiqué dans son rapport public pour l'année 2004, avoir « *tenu compte de la nécessité de concilier les impératifs de la privatisation avec les particularités résultant du statut des fonctionnaires intéressés en nombre important* » et s'être fondé « *sur le caractère transitoire de la période au cours de laquelle ce régime serait*

⁶³⁵ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1 janvier 2004.

⁶³⁶ Agence des participations de l'État, *Rapport d'activité 2015-2016*, spéc. p. 74.

⁶³⁷ Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *JORF* n° 174 du 27 juillet 1996.

⁶³⁸ Article 1^{er} de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004.

⁶³⁹ Expression empruntée au Professeur MELLERAY, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA*, 2003, p. 2078.

⁶⁴⁰ Seul un résumé de cet avis a été publié par le Conseil d'État dans son rapport public pour l'année 2004, *EDCE*, 2004, p. 55.

*appliqué, sur la décroissance progressive et certaine du nombre de fonctionnaires présents dans l'entreprise France Télécom dont la part, au terme d'une période transitoire d'environ 15 ans, serait résiduelle ainsi que sur les missions de service universel et de sécurité demeurant confiées à France Télécom »*⁶⁴¹.

On comprend aisément les préoccupations sociales ayant présidé au maintien du statut des fonctionnaires employés par la société France Télécom. Cette longue période transitoire, tout comme celles ayant eu lieu lors de la transformation de la Caisse nationale de Crédit agricole, du GIAT ou encore de la Caisse nationale de prévoyance, sont « *justifiées, ou bien excusées, par la préoccupation de faciliter le transfert en douceur d'un service à une société privée* »⁶⁴².

187. Néanmoins, l'argumentaire juridique construit par le Conseil d'État pour justifier le maintien du statut n'est pas pleinement satisfaisant. D'une part, on sait que les missions de service universel et de sécurité ne recouvrent pas la notion de service public, et ce d'autant plus que rien n'indiquait que les fonctionnaires ainsi maintenus seraient affectés à ces missions. D'autre part, le caractère très relativement provisoire de la situation – le dernier fonctionnaire ne devait partir à la retraite qu'à l'horizon 2031 – aujourd'hui 2042 sous réserve d'une modification législative ultérieure – n'apparaissait pas suffisant pour remettre en cause le principe dégagé en des termes « *clairs et inconditionnels* »⁶⁴³ en 1993. En outre, on regrettera la motivation lacunaire de la décision du 12 octobre 2012 par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré que cette dissociation entre le statut de la fonction publique et le service public ne porte atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.

B) L'absence de valeur constitutionnelle de la corrélation entre fonction publique et service public

188. La position du Conseil constitutionnel en la matière a longtemps été inconnue. En effet, amené à se prononcer, dans le cadre de son contrôle *a priori*, sur la constitutionnalité du projet de la loi du 26 juillet 1996 transformant l'établissement public France Télécom en société de droit privé, le Conseil constitutionnel s'était abstenu d'examiner l'article 5 de ladite

⁶⁴¹ CE, *Rapport public pour l'année 2004*, précité, p. 55.

⁶⁴² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 16, p. 26.

⁶⁴³ F. MELLERAY, « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA*, 2003, p. 2078. Voir égal. S. SALON, « France Télécom, un pas de plus... un pas de trop pour les fonctionnaires ? », *Les Cah. Fonct. Publ.*, sept. 2003, p. 16.

loi⁶⁴⁴. Celui-ci n'était pas certes pas contesté par les auteurs de la saisine mais il prévoyait néanmoins qu'au 31 décembre 1996, les corps de fonctionnaires de France Télécom seraient « *rattachés à l'entreprise nationale France Télécom et placés sous l'autorité de son président qui dispose des pouvoirs de nomination et de gestion à leur égard. Les personnels fonctionnaires de l'entreprise nationale France Télécom demeurent soumis aux articles 29 et 30 de la présente loi. L'entreprise nationale France Télécom peut procéder jusqu'au 1^{er} janvier 2002 à des recrutements externes de fonctionnaires pour servir auprès d'elle en position d'activité. L'entreprise nationale France Télécom emploie librement des agents contractuels sous le régime des conventions collectives.* » En outre, ni la loi du 2 juillet 1990 ayant transformé l'administration des télécommunications en établissement public industriel et commercial⁶⁴⁵, ni celle du 31 décembre 2003 ayant décidé de sa privatisation⁶⁴⁶, n'avaient été déférées au Conseil constitutionnel par les parlementaires de l'opposition, sans aucun doute de peur de remettre en cause le maintien du statut de fonctionnaire au bénéfice des personnels concernés.

189. C'est donc près de dix ans plus tard, par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la base constitutionnelle du lien service public – fonction publique. En substance, le syndicat requérant faisait valoir que le maintien de fonctionnaires au sein de l'entreprise France Télécom, alors que celle-ci n'est plus investie par la loi d'une mission de service public, méconnaissait le principe constitutionnel dégagé par le Conseil d'État en 1993 « *en vertu duquel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public* » ainsi que l'article 13 de la Constitution aux termes duquel le Président de la République « *nomme aux emplois civils et militaires de l'État* ». Par une décision du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a rejeté la question aux motifs – laconiques – d'une part, que les dispositions de l'article 13 « *n'instituent pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »⁶⁴⁷ et, d'autre part, que

⁶⁴⁴ Conseil constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380, DC.

⁶⁴⁵ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, *JORF* n° 157 du 8 juillet 1990.

⁶⁴⁶ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, *JORF* n° 1 du 1^{er} janvier 2004.

⁶⁴⁷ Sans toutefois réserver la possibilité d'une incompétence qui affecterait un droit ou une liberté que la Constitution garantit, ce qui s'explique probablement du fait que l'article 13 soit relatif à la répartition des compétences. Sur ce point, voir S. BUFFA, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP*, 2013, p. 5.

« les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit »⁶⁴⁸.

Aussi faut-il en conclure que s'il existe des principes constitutionnels relatifs au fonctionnement du service public, en particulier les principes de continuité et d'égalité devant le service public⁶⁴⁹, et si le bon sens exige de mettre les fonctionnaires au service d'une mission d'intérêt général, aucun texte constitutionnel ne définit le fonctionnaire comme agent du service public tant d'un point de vue organique que matériel.

190. Bilan. Si dans l'immense majorité des cas, le service public demeure « une notion justificatrice de la fonction publique »⁶⁵⁰, le lien qui les unissait s'est indéniablement affaibli. Certes, on comprend aisément que le législateur ait privilégié le *statu quo* au sein de France Télécom, et ce afin « de laisser le temps à la privatisation de produire son travail d'érosion »⁶⁵¹. Toutefois, l'emploi de fonctionnaires par une société anonyme en dehors de toute mission de service public affaiblit la cohérence d'ensemble du droit applicable aux services publics. En déconnectant la fonction publique du service public au profit d'une logique de préservation des « acquis sociaux », le législateur discrédite l'idée selon laquelle le travail au service de l'intérêt général impliquerait un statut exorbitant du droit commun. Ce même relâchement est à l'œuvre s'agissant des liens entretenus entre les statuts réglementaires – autres que celui du fonctionnaire – et les exigences du service public.

SECTION 2. LE RELÂCHEMENT DU LIEN ENTRE STATUT RÉGLEMENTAIRE DU PERSONNEL ET MISSION DE SERVICE PUBLIC

191. Les statuts réglementaires du personnel sont aujourd'hui menacés. Ils sont concurrencés en interne par le recours à la négociation collective⁶⁵² ou contournés par les entreprises à

⁶⁴⁸ Conseil constit., 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n° 2012-281, QPC, cons. 11. Voir not. S. BUFFA, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AFJP*, 2013, p. 5 ; Ch. GESLOT, « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AFJP*, 2013, p. 11 ; A. GOUTNER-DIALLO, « D'un avis du Conseil d'État à une décision du Conseil constitutionnel : la disparition d'un principe constitutionnel relatif aux missions de service public des corps de fonctionnaires », *RFDA*, 2013, p. 407.

⁶⁴⁹ Plus largement, voir l'étude de N. FOULQUIER et F. ROLIN, « Constitution et service public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2012, n° 37.

⁶⁵⁰ E. MARC et Y. STRUILLOU, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA*, 2010, p. 1181.

⁶⁵¹ E. AUBIN, « Fonction publique et service public », in *Le service public*, Thèmes et commentaires AFDA, Dalloz, 2014, pp. 223-235, spéc. p. 229.

⁶⁵² Sur l'arrivée de la négociation collective au sein des entreprises publiques à statut et ses conséquences, voir N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise*

statut elles-mêmes, qui embauchent du personnel contractuel ou sont amenées, pour se diversifier, à créer des « filiales » soumises au droit commun⁶⁵³. De manière plus radicale, ils ont été supprimés au sein des entreprises privatisées au profit de conventions collectives dont la flexibilité est jugée plus adaptée à l'environnement concurrentiel au sein duquel ces entreprises évoluent désormais⁶⁵⁴. Surtout, au-delà de la question de leur disparition programmée, c'est bien leur signification qui est remise en cause. En effet, si la création originelle des statuts réglementaires du personnel résultait de la volonté des autorités publiques de garantir la continuité et le bon fonctionnement des services publics au sein des entreprises qui en étaient chargées (§ 1), les restructurations du secteur public ont progressivement effacé le lien qui perdurait jusqu'alors établi entre statut réglementaire du personnel et mission de service public (§ 2).

§ 1. L'établissement d'un lien originel entre statut réglementaire et mission de service public

192. *Le choix du statut.* La création des premiers statuts réglementaires du personnel, plus avantageux que le droit commun du travail, a trouvé son origine avant-guerre dans la volonté des autorités de contrôler les relations de travail dans des services publics industriels et commerciaux⁶⁵⁵, lesquels étaient alors concédés à des entreprises privées⁶⁵⁶. La préservation de la paix sociale constituait alors la garantie de la continuité et du bon fonctionnement des services publics.

Ce lien direct entre l'édiction d'un statut réglementaire et les missions de service public a perduré dans l'immédiat après-guerre. En effet, suite aux nationalisations de 1946, la quasi-

publique à statut, LGDJ, 1996. Les travaux de recherches de l'auteur démontrent notamment que les procédés conventionnels (au sens opposé de l'acte unilatéral) ont été présents dans les entreprises publiques, que ce soit à l'origine du statut lui-même ou à ses côtés, bien avant l'habilitation légale du 13 novembre 1982 qui autorisé, sous certaines conditions, les entreprises publiques à statut à recourir à la négociation collective. En ce sens, voir égal. Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, spéc. pp. 176 et s. ; J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, spéc. pp. 98 et s. ; P. DURAND, « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective. Le "statut du personnel" et la théorie des sources du droit du travail », *CJEG*, 1954, doct., p. 99.

⁶⁵³ Voir not. N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996, spéc. pp. 117 et s. Le procédé est toutefois relativement ancien (L. RAPP, « Le personnel des filiales des entreprises publiques », *Dr. soc.*, 1982, pp. 748-758).

⁶⁵⁴ Voir not. J. CHORIN, « Choix nationaux et choix européens. Le reflux des statuts dans les services publics industriels et commerciaux », *Dr. soc.*, 2011, p. 448.

⁶⁵⁵ J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, pp. 46 et s.

⁶⁵⁶ J. CHORIN ne recense qu'une seule exception à ce principe, celle des Mines de Potasse d'Alsace qui était un établissement public industriel et commercial (*Le particularisme...*, précité, p. 47).

totalité des secteurs d'activités qui ont été couverts par des statuts du personnel étaient déjà dotés de tels statuts avant-guerre⁶⁵⁷. Plus encore, la totalité des entreprises nationalisées n'a pas été dotée de statut réglementaire du personnel. Seules les entreprises publiques poursuivant une mission de service public furent dotées de tels statuts tandis que les entreprises publiques de type « commercialiste » telles que Renault, la SNECMA, les compagnies bancaires ou encore les sociétés d'assurance, furent placées sous le régime des conventions collectives⁶⁵⁸. Ce choix du législateur devait ainsi renforcer l'accointance du statut avec la poursuite d'une mission de service public.

À compter de 1950, nombre d'établissements publics industriels et commerciaux ont dès leur création été dotés de statuts du personnel, tels que le Bureau de recherches géologiques et minières, l'Économat de l'armée, le Centre national d'études spatiales ou encore l'Agence nationale pour les chèques vacances⁶⁵⁹. Plus encore, le lien entre la mission de service public et le statut réglementaire était tellement fort que ce dernier trouvait à s'appliquer au sein d'une société d'économie mixte ou même d'une structure de droit privé dès lors qu'elle prenait en charge une mission de service public. Jacky CHORIN soulignait notamment le cas de la Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS) ou encore de l'Association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) constituée sous la forme d'une association loi de 1901⁶⁶⁰.

193. *Le contenu du statut.* Le statut traduit l'idée selon laquelle il existe au sein de l'entreprise publique des intérêts propres et divergents qu'il convient de fédérer. Mais à la différence de la logique conventionnelle qui repose sur l'égalité des parties, le statut réglementaire formalise des intérêts hiérarchisés : ceux de l'État, ceux du public, ceux de l'entreprise, ceux du personnel⁶⁶¹. Cette hiérarchisation découle directement de la finalité du statut, à savoir la garantie du bon fonctionnement du service public et caractérise le tripartisme des relations de travail au sein de ces entreprises (puissance publique-employeur-travailleur).

⁶⁵⁷ Il s'agissait notamment de la Banque de France, des chemins de fer d'intérêt général, des industries électriques et gazières, des entreprises de transport aérien, des compagnies maritimes contractuelles.

⁶⁵⁸ J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, pp. 53 et s.

⁶⁵⁹ J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, pp. 78 et s.

⁶⁶⁰ J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, p. 79.

⁶⁶¹ N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996, spéc. pp. 42 et s.

Globalement plus avantageux que le Code du travail, le statut du personnel a vocation à couvrir tous les domaines de la relation professionnelle de l'agent : le recrutement et les droits à avancement, la rémunération, les garanties disciplinaires, les congés payés, la fin de la relation de travail ou encore le régime spécial de sécurité sociale⁶⁶². Selon la logique du « statut-contrepartie », la relation de travail implique rapports d'interdépendance entre avantages/sujétions, droits/devoirs. De l'équilibre entre ceux-ci dépend le bon fonctionnement du service public mais également la légitimité de l'existence même d'un statut exorbitant du droit commun du travail.

194. Historiquement, la logique statutaire a permis de créer une véritable communauté d'intérêts entre les parties présentes à la relation de travail, chaque partie ayant besoin de l'autre : l'État car il assurait la continuité du service public en même temps qu'il conservait un personnel relativement qualifié et difficile à remplacer ; le salarié car il ne trouverait pas ailleurs d'avantages équivalents ; l'entreprise car elle avait besoin d'un personnel qualifié et spécialisé, fidélisé par une garantie de l'emploi à vie - si ce n'est *de jure* du moins *de facto*⁶⁶³. Au fil des ans, cette organisation originale des rapports de travail a contribué à créer au sein des agents une identité commune, une forte communauté de travail. Plus encore, les relations très étroites que les agents entretiennent avec le service public, se traduisant par une intériorisation de leur mission, ont déjà été mises en lumière⁶⁶⁴. Là nous semble toutefois résider toute la difficulté. Si chaque agent devient en quelque sorte le « gardien » du service public, il ne peut concevoir sa mission qu'au travers du prisme de sa propre perception de ce que doit ou devrait être le service public. Or, celle-ci peut s'opposer aussi bien à la conception de l'autorité publique tutélaire, à celle de la direction de l'entreprise ou encore – sans doute moins souvent – à celle des syndicats. À cet égard, il n'est pas anodin de constater que, face aux restructurations du secteur public, les organisations syndicales revendiquent régulièrement le maintien des statuts et de leurs avantages au nom de la « défense du service public ».

En définitive, le statut du personnel a été conçu dès l'origine comme l'instrument juridique permettant aux entreprises d'effectuer une gestion du personnel dérogatoire au droit commun

⁶⁶² Pour une étude complète des règles statutaires, voir J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, pp. 109 et s., et Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, pp. 351 et s.

⁶⁶³ Sur ces rapports d'interdépendance, voir N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996, spéc. p. 9.

⁶⁶⁴ N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996, spéc. p. 66.

en fonction des nécessités du service public. Mais cette relation directe établie entre l'édition d'un statut réglementaire et la réalisation du service public apparaît aujourd'hui dépassée.

§ 2. L'effacement du lien entre statut réglementaire et mission de service public

195. Ce mouvement se traduit de deux façons. D'une part, les statuts réglementaires du personnel peuvent être supprimés au profit de conventions collectives au sein d'entreprises alors que ces dernières demeurent en charge d'un service public (**A**). D'autre part et à l'inverse, il est des hypothèses dans lesquelles les statuts sont maintenus en dehors de tout impératif lié à la poursuite d'une telle mission (**B**). En fin de compte, le statut réglementaire du personnel s'analyse bien davantage comme le résultat – peu cohérent – de choix politiques et sociaux que comme l'instrument juridique d'une gestion cohérente des personnels des services publics.

A) La prévalence d'une logique négociée au sein des établissements publics nouvellement créés

196. Certains services ont dès leur origine été exclus de la logique statutaire pour être soumis au régime des accords collectifs. Ce fut le cas, s'agissant des services publics industriels et commerciaux, du Commissariat à l'Énergie Atomique (devenu le Commissariat à l'Énergie Atomique et aux Énergies Alternatives)⁶⁶⁵ et, s'agissant des services publics administratifs, des organismes de sécurité sociale⁶⁶⁶ ou encore des établissements sociaux et médicaux à but non lucratif⁶⁶⁷ – dont les conventions sont toutefois soumises à agrément ministériel. La préférence marquée des autorités publiques pour une logique négociée, plus flexible que l'instrument statutaire, s'est toutefois accentuée ces dernières années.

197. *Le cas de Pôle emploi.* Créé par la loi du 13 février 2008⁶⁶⁸, Pôle emploi est un établissement public administratif⁶⁶⁹ en charge du service public de l'emploi⁶⁷⁰. Il est issu de la fusion de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE), établissement public employant des agents de droit public et des Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce

⁶⁶⁵ Les relations de travail au sein du CEAEA relèvent en principe de la convention collective de la métallurgie.

⁶⁶⁶ Article L. 123-1 du Code de la sécurité sociale.

⁶⁶⁷ Article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶⁶⁸ Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, *JORF* n° 0038 du 14 février 2008.

⁶⁶⁹ CE, 23 juillet 2014, *Syndicat SUD travail-affaires sociales*, n° 363522, *Lebon*.

⁶⁷⁰ Articles L. 5311-2 et L. 5312-1 du Code du travail.

(ASSEDICS), structures de droit privé employant des salariés de droit privé. Dans le cadre de cette fusion, le législateur a organisé le transfert des différents personnels et laissé aux agents publics le choix entre conserver leur statut de droit public ou opter pour le régime de la convention collective⁶⁷¹. À l'issue du processus, on estime à 80 % la part du personnel de Pôle emploi⁶⁷² désormais régie par la Convention collective de Pôle emploi conclue le 21 décembre 2009⁶⁷³.

198. Le cas de l'Établissement Français du Sang. Créé le 1^{er} janvier 2000⁶⁷⁴, l'Établissement français du sang est en charge du service public transfusionnel⁶⁷⁵, lequel « *se rattache par son objet au service public administratif* » bien que l'établissement soit doté des prérogatives d'un établissement public industriel et commercial⁶⁷⁶. Les conditions d'emploi des personnels de droit privé de l'établissement sont régies par une convention collective approuvée par arrêté ministériel⁶⁷⁷. Toutefois, comme l'Établissement français du sang est issu d'une fusion entre l'Agence française du sang – établissement public administratif – et les Établissements locaux de transfusion sanguine – lesquels pouvaient jusqu'alors être constitués sous la forme d'association loi de 1901 ou encore sous la forme de groupements d'intérêt public⁶⁷⁸, le législateur a invité les agents publics à opter entre le maintien de leur contrat de droit public ou la conclusion d'un contrat de droit privé⁶⁷⁹. Pour pallier les conséquences de la diversité de statuts juridiques au sein du personnel, l'article L. 5323-4 du Code de la santé publique énonce un certain nombre d'obligations déontologiques auxquelles est soumis le personnel

⁶⁷¹ Article 7 de la loi du 13 février 2008, précitée.

⁶⁷² Réponse du Secrétariat d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services, des professions libérales et de la consommation à la question orale n° 1243S, JO Sénat du 27 avril 2011, p. 2995.

⁶⁷³ Arrêté du 21 décembre 2009 portant agrément de la convention collective nationale de Pôle emploi du 21 novembre 2009, JORF n° 0300 du 27 décembre 2009.

⁶⁷⁴ En application de la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, JORF n° 151 du 2 juillet 1998. Plus généralement sur la création de cet établissement public, voir Ch. CORMIER, « L'établissement français du sang », RDSS, 2001, p. 763.

⁶⁷⁵ Article L. 1222-1 du Code de la santé publique

⁶⁷⁶ Conseil d'État, avis, 27 octobre 2000, n° 222672, AJDA, 2001, p. 394. L'article 60 de la loi n° 2000-1353 du 30 décembre 2000 de finances rectificative pour 2000 (JORF 31 décembre 2000) a précisé que « *Pour l'application du Code du travail, l'Établissement français du sang est considéré comme un établissement public industriel et commercial. Le livre I^{er} et les titres I^{er} et II du livre III de la deuxième partie du Code du travail s'appliquent aux personnels visés au 1^o du présent article. Ces personnels bénéficient des mesures de protection sociale prévues par le Code du travail pour les représentants du personnel.* »

⁶⁷⁷ Article L. 1222-7 du Code de la santé publique. La convention actuelle a été agréée par arrêté du 27 juillet 2001 approuvant la convention collective de l'Établissement français du sang, JORF du 27 juillet 2001.

⁶⁷⁸ Article 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998, précitée.

⁶⁷⁹ Article 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998, précitée.

contractuel de droit privé telles que le secret professionnel ou l'obligation de discrétion professionnelle.

199. Le cas des Offices publics de l'habitat. Créés par une ordonnance du 1^{er} février 2007⁶⁸⁰, les Offices publics de l'habitat (OPH) constituent une nouvelle catégorie d'établissements publics d'HLM, issue d'une fusion des Offices publics d'HLM (OPHLM), établissements publics administratifs employant majoritairement des fonctionnaires territoriaux, et des offices d'aménagement et de construction (OPAC), établissements publics industriels et commerciaux employant majoritairement des salariés de droit privé. Ici encore, les fonctionnaires territoriaux ont eu la possibilité de conserver leur statut ou d'opter pour un contrat de travail de droit privé. En outre, le législateur a permis aux agents non titulaires bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée de droit public de demander, à tout moment, à être soumis au droit commun du travail⁶⁸¹.

Le cas des Offices publics de l'habitat diffère toutefois des hypothèses différentes car le pouvoir réglementaire a été contraint d'intervenir devant l'échec des négociations entre les partenaires sociaux. En effet, les questions relatives à la classification et aux barèmes de rémunération (hormis le cas des fonctionnaires territoriaux) devaient être fixées par accords collectifs négociés dans les conditions de droit commun entre les organisations syndicales et la fédération nationale des OPH⁶⁸². Faute d'accord conclu dans les délais impartis⁶⁸³, c'est par décret en Conseil d'État du 27 octobre 2008 qu'ont été fixées les règles en la matière⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 relative aux offices publics de l'habitat, *JORF* n° 28 du 2 février 2007. Plus généralement, voir T. TUOT, « La réforme des offices de l'habitat », *AJDA*, 2008, p. 517.

⁶⁸¹ Article 16 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *JORF* n° 55 du 6 mars 2007.

⁶⁸² L'article L. 421-24 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « *Des accords collectifs portant notamment sur la classification des postes et sur les barèmes de rémunérations de base des personnels employés au sein des offices publics de l'habitat, hormis ceux qui relèvent de la fonction publique territoriale, sont conclus au niveau national entre les représentants de la Fédération nationale des offices publics de l'habitat et les représentants des organisations syndicales représentatives, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, notamment quant aux délais de la négociation. Un décret en Conseil d'État fixe les dispositions selon lesquelles sont définis la classification des postes et les barèmes de rémunérations de base en l'absence d'accord collectif.* »

⁶⁸³ Article 7 du décret n° 2007-1840 du 24 décembre 2007 portant diverses dispositions relatives au logement social et modifiant le Code de la construction et de l'habitation (partie réglementaire), *JORF* n° 0301 du 28 décembre 2007.

⁶⁸⁴ Décret n° 2008-1093 du 27 octobre 2008 relatif à la classification des postes et aux barèmes de rémunération de base des personnels employés par les OPH et ne relevant pas de la fonction publique territoriale, *JORF* n° 0253 du 29 octobre 2008. Les règles en matière de relations collectives ont été fixées par décret n° 2011-636 du 8 juin 2011 portant dispositions relatives aux personnels des offices publics de l'habitat, s'appliquant à l'ensemble du personnel, indépendamment du statut juridique public ou privé dont il relève.

En tout état de cause, qu'il s'agisse de Pôle emploi, de l'Établissement français du sang ou des Offices publics de l'habitat, la logique statutaire est vouée à disparaître puisque les nouvelles embauches sont effectuées sous contrat de droit privé, en application de la convention collective susvisée et du Code du travail. Si cette logique statutaire ne semble donc plus être la voie privilégiée par les autorités publiques pour encadrer les relations de travail au sein des services publics, à l'inverse, certains statuts du personnel ont été maintenus en dehors de toute impératif lié à l'exécution d'un service public.

B) La survivance d'une logique statutaire en vertu de considérations exclusives de tout impératif du service public

200. Les statuts réglementaires peuvent être maintenus au profit des personnels en raison de considérations exclusivement sociales (1°) ou conjuguées à des impératifs liés à l'ouverture à la concurrence de secteurs jusqu'alors sous monopole public (2°).

1°) Le maintien du statut du personnel pour des seules considérations sociales

201. *Le maintien du statut du Mineur en dépit de la cessation d'activité de la quasi-totalité des exploitations minières.* Le déclin des activités minières et la disparition progressive de la quasi-totalité des exploitations minières en France⁶⁸⁵ ont posé avec acuité la question de la pérennité des droits sociaux prévus par le statut du Mineur⁶⁸⁶, en particulier de ceux bénéficiant aux retraités et aux ayants-droit – tels que les prestations de chauffage ou de logement. En effet, les mineurs, les anciens mineurs et leurs ayants-droit conservent des droits statutaires dont l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs, établissement public créé par la loi du 3 février 2004⁶⁸⁷, se porte garante, au nom de l'État. Par ailleurs, en

⁶⁸⁵ À cet égard le Groupe Charbonnages de France, à qui avaient été transférés les activités, biens, droits et obligations des Houillères de Bassin, a été dissous en 2007 (Décret n° 2007-1806 du 21 décembre 2007 portant dissolution et mise en liquidation de Charbonnages de France et modifiant le décret n° 2004-1466 du 23 décembre 2004 relatif à l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs, *JORF* n° 0298 du 23 décembre 2007). Les Mines de potasse d'Alsace ont quant à elles disparu en 2009 (Arrêté du 31 décembre 2008 portant approbation de la dissolution et mise en liquidation de la société anonyme des Mines de potasse d'Alsace, de la nomination du liquidateur, de la détermination de ses missions et fixant les modalités spéciales d'exercice du contrôle économique et financier de l'État sur cette société pendant la période de liquidation, *JORF* n° 0009 du 11 janvier 2009).

⁶⁸⁶ Décret n° 46-1433 du 14 juin 1946 relatif au statut du personnel des exploitations minières et assimilées, *JORF* du 15 juin 1946.

⁶⁸⁷ Loi n° 2004-105 du 3 février 2004 portant création de l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs et diverses dispositions relatives aux mines et décret n° 2004-1466 du 23 décembre 2004 relatif à l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs, *JORF* n° 29 du 4 février 2004.

raison de la décroissance du régime, l'ordonnance du 28 avril 2005⁶⁸⁸ a organisé le transfert des contrats de travail des salariés de la Caisse autonome de Sécurité Sociale dans les Mines à la Caisse des dépôts et consignations. À cette occasion, les agents ont eu le choix entre, d'une part, conserver des droits et garanties prévus par le statut de la caisse autonome nationale en vigueur à la date du transfert et, d'autre part, opter pour la convention collective de la Caisse des dépôts et consignations⁶⁸⁹. Enfin, la privatisation d'Elf Aquitaine (devenue Total Fina Elf, reprise par la suite par Total) en 1994⁶⁹⁰ n'avait pas empêché les personnels bénéficiaires de conserver le bénéfice du Statut du mineur (Elf Aquitaine Production, puis Total Fina Elf, aujourd'hui reprise par Total). Leur nombre était toutefois relativement faible et les nouvelles embauches semblent se faire sous la Convention Collective Nationale des Industries du Pétrole (CCNIP).

202. Le maintien du statut des ouvriers de l'État en dépit de la privatisation partielle de l'industrie de l'armement. Les ouvriers d'État sont des agents non-titulaires de la fonction publique de l'État. Ils ne relèvent pas du statut général de la fonction publique, et leur cadre statutaire résulte d'un ensemble épars de textes réglementaires⁶⁹¹, fait d'emprunts tout à la fois au droit du travail et au droit de la fonction publique et qui diffère selon leur structure d'affectation⁶⁹².

Ce statut a initialement été conçu pour répondre à des besoins spécifiques exigeant de disposer, au sein de l'État, de compétences et de qualifications professionnelles présentant une

⁶⁸⁸ Ordonnance n° 2005-389 du 28 avril 2005 relative au transfert d'une partie du personnel de la Caisse autonome nationale de la sécurité sociale dans les mines à la Caisse des dépôts et consignations, *JORF* n° 100 du 29 avril 2005.

⁶⁸⁹ Article 2 de l'ordonnance du 28 avril 2005, précitée.

⁶⁹⁰ Décret n° 93-930 du 21 juillet 1993 pris pour l'application de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, *JORF* n° 167 du 22 juillet 1993.

⁶⁹¹ À titre d'illustration, voir not. la loi du 21 mars 1928 instituant un régime de retraite des ouvriers des établissements industriels de l'État, *JORF* du 22 mars 1928 (création d'un fonds spécial des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État (FSPOIE) ; le décret du 8 janvier 1936 fixant le statut du personnel ouvrier des établissements et services extérieurs (Ministère de l'air), *JORF* du 27 février 1936, pp. 2312-2315 ; le décret n° 65-382 du 21 mai 1965 relatif aux ouvriers des parcs et ateliers des ponts et chaussées et des bases aériennes, *JORF* du 22 mai 1965 ; le décret n° 2004-1057 du 5 octobre 2004 relatif à la limite d'âge du personnel relevant du régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État, *JORF* n° 234 du 7 octobre 2004 ; le décret n° 2016-1995 du 30 décembre 2016 relatif à la rémunération des personnels à statut ouvrier relevant du ministère de la défense, *JORF* n° 0304 du 31 décembre 2016 ; le décret n° 2016-1993 du 30 décembre 2016 fixant la liste des professions ouvertes au recrutement en qualité d'ouvrier de l'État du ministère de la défense, *JORF* n° 0304 du 31 décembre 2016 ; ou encore le décret n° 2017-168 du 10 février 2017 modifiant le décret n° 2011-1171 du 23 septembre 2011 relatif à la rémunération des ouvriers de l'État relevant de la direction générale de l'aviation civile et de l'établissement public Météo-France, *JORF* n° 0037 du 12 février 2017.

⁶⁹² Au sein du ministère de la défense par exemple, chacune des armées s'est ainsi dotée d'une réglementation spécifique.

haute technicité et qui, de ce fait, ne ressortaient pas des critères habituellement retenus dans la fonction publique. Ces agents sont principalement employés par trois ministères : ceux chargés de l'équipement et de l'intérieur et, pour les trois quarts d'entre eux, celui chargé de la défense ou des entreprises de la défense⁶⁹³. Leur effectif a fortement chuté au cours de la période 1992-2010, passant de 79 690 personnes à 44 511 au 31 décembre 2010. En 2012, ces agents représentaient moins de 2 % des personnels de la fonction publique d'État⁶⁹⁴.

Dans le secteur de la défense, le statut des ouvriers d'État a été maintenu au profit des personnels indépendamment des privatisations partielles et sans qu'aucun impératif de service public ne soit avancé. Aussi, les ouvriers de l'État de l'ex-Direction des Constructions Navales (DCN, devenue DCNS puis Naval Group) ont conservé leur statut malgré la transformation de l'administration en société anonyme puis l'ouverture partielle de son capital⁶⁹⁵. Bien que le statut soit en voie d'extinction⁶⁹⁶, à la fin de l'année 2010, la société DCNS comptait encore dans ses effectifs 5 332 ouvriers de l'État⁶⁹⁷. Pourtant, la société DCNS, aujourd'hui dénommée Naval Group, n'est plus une entreprise chargée d'une mission de service public et ne constitue désormais qu'un simple prestataire banalisé de la marine nationale⁶⁹⁸.

Une logique similaire a prévalu au sein de l'armement terrestre. En 1989, l'activité ainsi que les personnels ouvriers de l'État du Groupement industriel des armements de la Direction des armements terrestres ont été transférés à une société nationale dénommée GIAT Industries⁶⁹⁹. Ces personnels ayant opté pour le recrutement par le GIAT sont désormais appelés « ouvriers

⁶⁹³ Cour des comptes, *Rapport public pour l'année 2011*, spéc. pp. 598 et s. s'agissant de la gestion des ouvriers d'État du ministère chargé de l'équipement et de l'aviation civile et *Rapport public pour l'année 2012*, spéc. pp. 742 et s. s'agissant des ouvriers d'État du ministère chargé de la défense. Dans ces deux cas, la Cour des comptes a relevé de graves irrégularités ou insuffisances dans la gestion de ces personnels et a préconisé l'extinction de ce statut. Voir égal. Référé du Premier Président de la Cour des comptes sur la gestion des ouvriers de l'État au ministère de la défense du 24 octobre 2013, n° 68139, rendu public le 7 janvier 2014.

⁶⁹⁴ Cour des comptes, *Rapport public pour l'année 2012*, précité, p. 743.

⁶⁹⁵ En vertu de l'article 78 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative pour 2001, les ouvriers de l'État affectés sont « mis à la disposition » des entreprises d'armement (dont la DCNS).

⁶⁹⁶ Voir not. s'agissant des incitations au départ à destination des personnels, le décret n° 2017-820 du 5 mai 2017 relatif à l'indemnité de départ volontaire des ouvriers de l'État mis à la disposition de l'entreprise DCNS ou d'une des sociétés mentionnées à l'article 78 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative pour 2001.

⁶⁹⁷ Cour des comptes, *Rapport public pour l'année 2012*, précité, p. 745.

⁶⁹⁸ Voir *supra*, Chapitre 2.

⁶⁹⁹ Loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres, *JORF* du 27 décembre 1989 et décret n° 90-582 du 9 juillet 1990 relatif aux droits et garanties prévus à l'article 6 b de la loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (GIAT), *JORF* n° 158 du 10 juillet 1990.

sous décret ». À la fin de l'année 2010, celui-ci comptait encore dans ses effectifs 404 travailleurs sous ce statut. La loi du 6 août 2015⁷⁰⁰ a autorisé la cession du capital majoritaire du GIAT et de ses filiales. C'est dans ce cadre que le décret du 16 novembre 2015⁷⁰¹ a décidé du transfert au secteur privé de la majorité du capital social de la filiale Nexter Systems SA afin d'opérer son rapprochement avec la société KMW détenue par la famille allemande Bode-Wegmann, sans pour autant qu'il soit mis fin au statut des personnels ouvriers de l'État y étant employés⁷⁰². Au-delà de ces considérations purement sociales, la logique statutaire peut également être maintenue pour protéger les anciens monopoles publics lors de l'ouverture à la concurrence du secteur.

2°) Le maintien des statuts lors de l'ouverture à la concurrence des services en réseaux

203. L'ouverture à la concurrence des secteurs jusqu'alors monopolistiques rend inévitable l'harmonisation des coûts sociaux et questionne directement la pertinence des statuts réglementaires, souvent dénoncés comme plus rigides et plus chers que le droit commun.

Le cas de Gaz de France (devenu GDF-Suez puis Engie) est de ce point de vue intéressant. Comme il l'a déjà été exposé⁷⁰³, l'entreprise publique GDF a été transformée en société anonyme en 2004⁷⁰⁴ et la loi du 7 décembre 2006⁷⁰⁵ en a autorisé la privatisation dans le cadre de la libéralisation du secteur. Toutefois, si le législateur a privé l'entreprise « *des caractéristiques qui en faisaient un service public national* » à compter du 1^{er} juillet 2007⁷⁰⁶, cette privatisation n'a eu aucune incidence sur le statut du personnel des industries électriques et gazières (IEG)⁷⁰⁷. En effet, il s'agit là d'un statut de branche, applicable à « *tout le*

⁷⁰⁰ Article 189-I de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181 du 7 août 2015.

⁷⁰¹ Décret n° 2015-1483 du 16 novembre 2015 autorisant le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société Nexter Systems SA, *JORF* n° 0266 du 17 novembre 2015.

⁷⁰² Décret n° 2015-1508 du 19 novembre 2015 modifiant le décret n° 90-582 du 9 juillet 1990 relatif aux droits et garanties prévus à l'article 6 b de la loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (GIAT), *JORF* n° 0270 du 21 novembre 2015.

⁷⁰³ Voir *supra*, n° 129.

⁷⁰⁴ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *JORF* du 11 août 2004.

⁷⁰⁵ Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, *JORF* n° 284 du 8 décembre 2006.

⁷⁰⁶ C'est sur ce fondement que la privatisation de GDF a été déclarée conforme à l'alinéa 9 du Préambule de 1946 (Conseil constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543, DC, cons. 14).

⁷⁰⁷ Décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières

personnel de l'industrie électrique et gazière en situation d'activité ou d'inactivité, en particulier celui des entreprises de production, de transport, de distribution, de commercialisation et de fourniture aux clients finals d'électricité ou de gaz naturel »⁷⁰⁸. En cela, le Statut du personnel des Industries électriques et gazières est complètement déconnecté des missions de service public (ou encore service universel) potentiellement mises à la charge d'une ou de plusieurs entreprises du secteur de l'énergie.

204. La réforme ferroviaire a suivi une logique similaire. Dans la perspective de l'ouverture à la concurrence européenne du transport intérieur de passagers, prévue par étapes d'ici 2026, le législateur a souhaité instaurer un « *cadre social harmonisé* » commun à toutes les entreprises (y compris le groupe SNCF) de la branche ferroviaire, voyageurs et fret. Il s'agit là d'éviter l'instauration d'une concurrence déloyale et d'un dumping social⁷⁰⁹. Aussi, l'article 17 de la loi du 4 août 2014⁷¹⁰ a imposé un cadre commun à tous les travailleurs de la branche ferroviaire, quelles que soient l'activité principale et la nature privée ou publique de l'entreprise-employeur⁷¹¹. Ce cadre social repose sur un décret socle pris en Conseil d'État qui fixe les règles relatives à la durée du travail⁷¹² ainsi que sur une convention collective nationale commune à l'ensemble des entreprises de la branche. Celle-ci est actuellement en cours de négociation au sein d'une Commission paritaire mixte présidée par un représentant du ministère du travail et réunissant les représentants des employeurs et des salariés de toutes les entreprises du secteur ferroviaire⁷¹³. Ainsi, sans remettre formellement en cause l'existence du statut de la SNCF, cette harmonisation des régimes de travail entre les acteurs

⁷⁰⁸ Article 47 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

⁷⁰⁹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme ferroviaire. Le rapport parlementaire du 28 mai 2014 sur le projet de loi portant réforme ferroviaire (n° 1468) relevait également : « *Il s'agit d'éviter deux phénomènes qui menacent de déstructurer socialement le secteur ferroviaire : – des conditions de travail et de couverture sociale nettement différentes entre l'entreprise historique SNCF Mobilités et les nouveaux entrants, aux dépens de la compétitivité de SNCF Mobilités ; – un « darwinisme social » adaptatif et empirique qui a poussé l'actuelle SNCF à multiplier à l'envi la création de filiales au droit commun du travail (950 filiales environ) qui marginalise le statut du cheminot.* »

⁷¹⁰ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *JORF* n° 0179 du 5 août 2014.

⁷¹¹ À la différence du statut des industries électriques et gazières, le décret socle ainsi que la convention collective s'appliquent en fonction de l'activité du travailleur et non de celle de l'entreprise.

⁷¹² Décret n° 2016-755 du 8 juin 2016 relatif au régime de la durée du travail des salariés des entreprises du secteur du transport ferroviaire et des salariés affectés à des activités ferroviaires au sens de l'article L. 2161-2 du Code des transports, *JORF* n° 0133 du 9 juin 2016.

⁷¹³ Cette commission est composée des employeurs du secteur regroupés au sein de l'Union des Transports Publics (SNCF, RFF, Transdev, EuroCargoRail, Thello, Eurotunnel...) et des sept organisations syndicales représentatives de la branche ferroviaire (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC, Unsa et SUD-Rail). À ce jour ont été conclus les accords « *dispositions générales* » et « *contrat de travail et organisation du travail* » et « *formation professionnelle* » de la future convention collective nationale.

publics et privés du secteur opère une déconnexion entre l'existence du statut et la poursuite d'une mission de service public.

205. En définitive, le maintien d'un statut réglementaire du personnel apparaît bien souvent comme un produit de l'histoire, conséquence de choix politiques et sociaux des autorités publiques, et non plus comme un particularisme directement tiré d'une activité de service public.

CONCLUSION DE CHAPITRE

206. Le lien étroit qui avait dès l'origine été établi entre la poursuite d'une mission de service public et la soumission du travailleur à un statut exorbitant du droit commun a été mis à l'épreuve par les privatisations et restructurations successives du secteur public. Alors que le souci de cohérence aurait impliqué de réserver l'emploi d'agents publics aux seules personnes publiques dans le cadre de la mission qui leur est impartie, à savoir la satisfaction de l'intérêt général, il a été admis que des corps de fonctionnaires puissent être créés et affectés à des activités purement commerciales, au service de personnes privées. De même, si les statuts réglementaires du personnel avaient à l'origine été conçus comme l'instrument juridique permettant aux entreprises industrielles et commerciales d'adapter la gestion de leur personnel aux nécessités du service public, ces statuts ne doivent bien souvent leur survivance qu'à la volonté des autorités publiques de tenir compte d'impératifs sociaux ou économiques, exclusifs de tout lien avec une mission de service public.

En définitive, alors que la soumission du travailleur à un statut exorbitant du droit commun devait initialement découler de la spécificité de son emploi, au service de l'intérêt général, par opposition à l'emploi au service d'intérêts privés, il apparaît en réalité qu'elle résulte bien davantage de logiques politiques, économiques ou sociales, privilégiées au cas par cas par les autorités publiques. L'absence d'une cohérence globale est regrettable car elle tend à discréditer et remettre en cause la légitimité même d'un statut de droit public exorbitant du droit commun.

CONCLUSION DE TITRE

207. Il n'existe aucun lien nécessaire entre le service public et le droit qui lui est applicable. En effet, la poursuite d'une telle activité ne préjuge ni de la forme juridique de l'entité qui l'assume, ni même du régime juridique qui lui est applicable. Une telle activité peut indifféremment être confiée à une personne publique ou à une personne privée, employant un personnel indifféremment régi par un statut de droit public ou de droit privé.

À l'inverse, la soumission à un statut de droit public n'implique plus nécessairement que le travailleur exerce ses fonctions dans le cadre d'une mission de service public. La survivance d'un tel statut peut être justifiée par des considérations économiques ou sociales exclusives de tout impératif lié à la poursuite d'une mission de service public.

Ce brouillage des cartes met à mal aussi bien la cohérence la notion de service public que celle du particularisme juridique qui lui est traditionnellement attaché, lequel, parallèlement, est également remis en cause par l'affirmation des droits fondamentaux du travailleur.

TITRE II. LE PARTICULARISME CONFRONTÉ À L’AFFIRMATION DES DROITS FONDAMENTAUX DU TRAVAILLEUR

208. Une mise en balance des droits et libertés fondamentaux et des spécificités du service public. Le mouvement général de convergence du droit du travail et du droit de la fonction publique est particulièrement visible en matière de libertés et droits fondamentaux du travailleur. Pour autant, toute assimilation à proprement parler entre les deux régimes de travail est rendue impossible par l’existence même d’une mission de service public. En effet, le travail au service de l’intérêt général est susceptible d’entraîner des restrictions spécifiques aux droits individuels et collectifs du travailleur. C’est pourquoi il demeure parfois inévitable d’opérer un traitement légal différencié entre les personnels du secteur public et ceux du secteur privé. On ne peut alors manquer de s’interroger sur la place qu’occupent les droits fondamentaux du travailleur dans la conception française du service public. Sont-ils un instrument de nature à permettre la bonne réalisation du service public en accordant la protection optimale à ses personnels ou, au contraire, entrent-ils nécessairement en contradiction avec celle-ci, en faisant primer des intérêts corporatistes sur la finalité d’intérêt général de l’activité ? L’état du droit positif ne permet pas d’opérer une systématisation : l’intensité de protection accordée au travailleur ne peut dépendre que de la mise en balance dudit droit fondamental et des spécificités du service public en cause.

209. La notion de droit fondamental. Pour ne pas s’écarter du champ de la présente étude⁷¹⁴, nous nous appuyerons sur une conception classique des droits fondamentaux, par référence au rôle qu’ils jouent au sein de l’ordonnement juridique. Celui-ci se traduit par l’effet de prévalence qui s’attache à cette qualification, indépendamment de la source normative formelle sur laquelle repose le droit⁷¹⁵. Les droits fondamentaux sont alors « *tous ceux qui,*

⁷¹⁴ Sur la notion de droits fondamentaux, voir not. L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1982 ; É. PICARD, « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-43 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz*, 1995.323 ; *AJDA*, numéro spécial « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », juillet 1998 ; E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLANS et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, pp. 544-549 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TRÉMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2012, p. 61 ; M.-L. PAVIA, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches*, 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13

⁷¹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit “fondamental” et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz*, 1995.323 et É. PICARD, « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-43.

apparaissant suffisamment essentiels au jurislature, s'avèrent susceptibles de prévaloir contre telle autre prétention qui pourrait s'y opposer »⁷¹⁶. Entendue ainsi, la catégorie des droits fondamentaux permet de restaurer l'unité des droits de l'Homme : « *Elle dépasse les séparations entre disciplines, elle a une vocation universelle.* »⁷¹⁷ En ce sens, les droits fondamentaux du travailleur lui sont reconnus par les normes constitutionnelles et supranationales indépendamment de la nature publique ou privée du lien qui l'unit à son employeur.

210. La notion de travailleur subordonné en droit interne. Sans préjudice de la dichotomie droit public – droit privé, notre étude se concentrera sur la seule personne du travailleur subordonné, c'est-à-dire toute personne physique qui exécute un travail contre rémunération dans un rapport de subordination juridique. En effet, le terme de travailleur ne constitue pas en lui-même une catégorie juridique⁷¹⁸. Le droit français s'est borné à identifier différentes catégories de travailleurs subordonnés, dont l'agent public et le salarié sont les figures historiques, auxquelles correspond un régime juridique spécifique⁷¹⁹. De ce fait, la reconnaissance de droits fondamentaux au profit du travailleur n'a pas eu pour effet d'assimiler salariat et fonctionnariat – dont la distinction résulte de la Constitution elle-même. En effet, si les alinéas 6, 7 et 8 du Préambule garantissent respectivement la liberté syndicale, le droit de grève et le droit de participation à tout travailleur sans distinction, l'article 34 impose au législateur de déterminer « *les principes fondamentaux [...] du droit du travail* » et de fixer « *les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État* ». Cette articulation autorise le législateur à soumettre respectivement les salariés et les fonctionnaires à des régimes juridiques distincts, voire imperméables⁷²⁰, sans pour autant le lui imposer. L'article L. 1121-1 du Code du travail,

⁷¹⁶ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, pp. 6-43.

⁷¹⁷ L. RICHER, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, 1998.1.

⁷¹⁸ La notion même de « travail » pose des problèmes de frontières, ainsi que l'a montré le contentieux relatif à la reconnaissance de contrats de travail au bénéfice de participants d'émissions de jeu ou de télé-réalité : voir not. P.-Y. VERKINDT, « Prendre le droit du travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S*, 2009, act. 41 ; J.-M. BÉRAUD, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc.*, 2013.197 ; Dossier spécial « La tentation du contrat de travail », *SSL*, n° 1403 du 8 juin 2009 ; P. MORVAN, « Télé-réalité et contrat de travail » (1^{ère} et 2^{ème} parties), *SSL*, 2006, n° 1278, p. 5 et n° 1279, p. 6.

⁷¹⁹ Pour une harmonisation de la condition juridique des travailleurs, voir D. GARDES, *Essai et enjeux d'une définition juridique du travail*, préf. L. CASAUX-LABRUNÉE, LGDJ, PUTC, 2013.

⁷²⁰ Le Conseil constitutionnel rappelle ainsi régulièrement que « *les salariés liés par un contrat de travail de droit privé, d'une part, et les agents des collectivités publiques, d'autre part, relèvent de régimes juridiques différents* », voir not. Conseil constit. 20 mars 1997, n° 97-388 DC et 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC (s'agissant de la législation sur les retraites) ou encore Conseil constit. 17 juin 2011, n° 2011-134 QPC (s'agissant du dispositif de réorientation professionnelle des fonctionnaires).

aux termes duquel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* », qui constitue le pivot de la protection des droits et libertés du travailleur salarié, n'a d'ailleurs pas été transposé au sein du statut de la fonction publique⁷²¹.

211. La notion de travailleur subordonné en droit européen. C'est précisément pour échapper aux qualifications et catégorisations restrictives des États membres que le droit de l'Union européenne a retenu une définition unique du travailleur subordonné. Dans cette perspective, la reconnaissance de droits fondamentaux au bénéfice du travailleur a conduit à une harmonisation des régimes de travail⁷²², indifféremment de la nature juridique de l'employeur (publique ou privée) ou de la nature de l'activité poursuivie (mission de service public ou non). En effet, dans le silence des Traités, la Cour de justice a élaboré sa propre définition du travailleur subordonné⁷²³, lequel s'entend de « *toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération.* »⁷²⁴ Autrement dit, doit être qualifiée de travailleur toute personne qui effectue une prestation de travail contre une rémunération sous la direction d'une autre personne. La nature publique ou privée du lien juridique unissant le travailleur à son employeur est parfaitement indifférente, ainsi que la Cour de justice et la Commission européenne le rappellent régulièrement⁷²⁵. Seuls les emplois dans l'administration publique,

⁷²¹ Et ce alors même que la formule du législateur est directement reprise de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 1^{er} février 1980, *Société peintures Corona*, n° 06361, *Lebon* p. 59). Sur cette question, voir Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié*, coll. Droit vivant, éd. Liaisons, 2003, spéc. pp. 83-87.

⁷²² Pour une étude critique des mécanismes du droit de l'Union et de la CEDH d'harmonisations des droits fondamentaux du travailleur, y compris de droits non prévus par la convention ou refusés par les États, voir S. TURGIS, « Les droits fondamentaux des travailleurs : harmonisations ? », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, TOUZEIL-DIVINA (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'Épilogue-Lextenso, 2012, pp. 154-167.

⁷²³ La catégorie juridique du travailleur relève désormais non plus du droit interne mais du seul droit de l'Union européenne, du moins s'agissant du champ d'application du principe de libre circulation : CJCE, 19 mars 1964, *Unger c/ Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, aff. 75/63, *Rec.*, 347. Pour une étude approfondie de la notion de travailleur en droit de l'Union européenne, V.-B. REYNÈS, « La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir... », *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, PUSST*, 2002, pp. 239 et 243.

⁷²⁴ Voir not. CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, aff. 66/85, *Rec.*, 2121, points 16-17 ; CJCE, 21 juin 1988, *Brown c/ Secretary of State for Scotland*, aff. 197/86, *Rec.*, 3205, point 21.

⁷²⁵ Voir not. CJCE, 15 mars 1989, *Echternach et Moritz c/ Ministre néerlandais de l'éducation et des Sciences*, aff. 389 et 390/87, *Rec.*, 755 ; Communication n° COM/2002/694 (final) de la Commission du 11

lorsqu'ils participent de l'autorité publique, échappent au Traité en raison de leur caractère, non pas économique, mais administratif⁷²⁶.

212. Une harmonisation des régimes de travail par le prisme européen. En vertu de l'effet utile du droit de l'Union, les droits reconnus au travailleur ne sauraient recevoir une interprétation différenciée au sein des États membres selon que ces derniers opèrent ou non une distinction entre salariat et fonctionnariat. L'assimilation par l'Union européenne de ces deux catégories de travailleur constitue le pendant de celle des opérateurs publics et des opérateurs privés qui, dès lors qu'ils poursuivent une activité économique, entrent dans le champ d'application des règles de libre concurrence⁷²⁷. Dans ces deux cas, il en découle une harmonisation des régimes applicables aux personnes publiques.

Ce mouvement d'harmonisation est également accéléré par la Convention européenne des droits de l'Homme, dont la vocation est avant tout de protéger la personne humaine indépendamment de sa qualité de travailleur. Pour cette raison, la Cour européenne des droits de l'Homme évite de se contraindre par l'élaboration d'une définition précise du travailleur et n'opère pas non plus de distinction de principe entre le salarié et l'agent public. Aussi, par leurs jurisprudences respectives, les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ont toutes deux contribué à la réduction progressive du particularisme du service public en banalisant, dans une certaine limite, la condition juridique de son personnel.

213. Une confrontation entre les principes fondamentaux du service public et les droits fondamentaux du travailleur. L'harmonisation des régimes de travail de l'agent public et du salarié par le biais des normes supranationales ne doit pas cacher les dynamiques internes. En effet, les agents du service public ne pouvaient rester en marge des évolutions profondes de la société au milieu du 20^{ème} siècle, acquise à la promotion des libertés individuelles et collectives qui s'est notamment exprimée dans les grands textes constitutionnels. D'une manière générale, les fonctionnaires ont progressivement été traités comme les salariés du secteur privé, notamment en matière de libertés publiques, tout en restant soumis à un statut exorbitant du droit commun caractéristique de l'emploi au service de la puissance publique. En réaction à une tradition autoritaire de la fonction publique, les statuts de la fonction

décembre 2002, *Libre circulation des travailleurs : en tirer pleinement les avantages et les potentialités*, non publiée au JOCE, dont le point 5 rappelle que « les fonctionnaires et les agents du secteur public [étant] des travailleurs au sens de l'article 39 CE, les règles relatives à la libre circulation des travailleurs s'appliquent en principe à eux ».

⁷²⁶ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁷²⁷ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

publique élaborés depuis 1946 ont valorisé les droits et libertés du fonctionnaire, le hissant de la condition de « fonctionnaire-sujet » au statut de « fonctionnaire-citoyen ». En 1953, G. MORANGE considérait que la « *liberté est contagieuse, et les fonctionnaires publics ne cessent de revendiquer la jouissance et le plein exercice de tous les droits reconnus aux autres citoyens, sans consentir, trop souvent, à admettre que certains impératifs de la fonction publique appellent, de ce point de vue, quelques réserves* »⁷²⁸. Certes, pris en sa double qualité de personne humaine et de travailleur, l'agent public dispose de droits opposables à son employeur⁷²⁹. Mais cette subjectivation des relations de travail entre en confrontation, voire parfois en contradiction, avec les principes fondamentaux du service public (continuité, égalité, adaptabilité) et les obligations déontologiques du fonctionnaire en découlant (neutralité, honneur, précaution, dignité, laïcité, efficacité)⁷³⁰. Cette tension s'observe tant au sein des relations collectives (**Chapitre 1**) que des relations individuelles de travail (**Chapitre 2**). Des garanties sont accordées aux personnels du service public au cas par cas, en fonction des impératifs du service public susceptibles d'être affectés par la reconnaissance ou l'usage d'un droit en particulier.

Chapitre 1. La reconnaissance progressive des droits collectifs du travailleur des services publics

Chapitre 2. La reconnaissance restreinte des droits individuels du travailleur des services publics

⁷²⁸ G. MORANGE, « La liberté d'opinion des fonctionnaires publics », *Rec. Dalloz*, 1953, chron. n° 154.

⁷²⁹ Y. STRUILLOU, « Droit du travail – droit public : des interactions aux effets paradoxaux », *SSL*, 2011, 1508, suppl. 13, Les paradoxes du droit du travail.

⁷³⁰ Pour une étude complète de ces obligations déontologiques : Ch. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz Référence, 2013/2014, 2^{ème} éd.

CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DES DROITS COLLECTIFS DU TRAVAILLEUR DU SERVICE PUBLIC

214. Les fonctionnaires ont longtemps formé une catégorie à part au sein de la société, exclus des règles régissant les rapports entre l'État et ses administrés (négation des droits civiques) et des règles régissant les rapports entre l'employeur et ses salariés (négation de la liberté syndicale et du droit de grève). Progressivement, une immense majorité des personnels des services publics a acquis les droits collectifs dont seuls disposaient les salariés. On ne saurait pour autant en déduire qu'ils constituent aujourd'hui des travailleurs comme les autres. En effet, bien que reconnus dans leur principe, ces droits collectifs ne sont qu'imparfaitement solubles dans la notion même de service public. D'une part, le droit syndical, par l'esprit de revendication, voire de lutte qu'il véhicule, peut gêner le bon fonctionnement du service public en privilégiant des intérêts corporatistes, catégoriels, potentiellement contraires à l'intérêt général ou à la crédibilité des autorités publiques. En ce sens, la liberté syndicale se heurte encore au principe hiérarchique, qui demeure le mode d'organisation de la fonction publique (**Section 1**). D'autre part, l'exercice du droit de grève, c'est-à-dire la cessation collective et concertée du travail, contrevient dans son essence même au bon fonctionnement et au principe de continuité des services publics, dont l'existence est en principe justifiée par la satisfaction des besoins essentiels de la population (**Section 2**). Dès lors, si le particularisme du service public tolère une certaine harmonisation des régimes de travail, il interdit en revanche toute assimilation de la condition des travailleurs du secteur public et de ceux du secteur privé.

SECTION 1. L'ARTICULATION ENTRE LIBERTÉ SYNDICALE ET PRINCIPE HIÉRARCHIQUE

215. Le droit syndical en France est d'abord un droit de lutte, de conquête. Conquêtes sociales des travailleurs et avant tout des ouvriers : liberté syndicale elle-même, réglementation de la durée du travail, protection de la main d'œuvre féminine et infantile, repos hebdomadaire, salaire minimum, assurances sociales, prestations familiales etc. En cela, la liberté syndicale est un droit de contestation, issu d'une confrontation entre les masses laborieuses et le capitalisme libéral caractéristique de la révolution industrielle⁷³¹. C'est dans ce contexte de

⁷³¹ De cette revendication proprement dite, le syndicalisme est passé à la contestation du système politico-économique, puis à un dialogue, voire pour une partie du syndicalisme contemporain à une participation. Pour une approche historique du syndicalisme et de ses fonctions, voir J.-M. VERDIER,

« promotion collective » des travailleurs⁷³² que l'on doit appréhender le fait syndical, la fonction principale du syndicat étant de contester, de revendiquer l'amélioration des conditions de travail des travailleurs. C'est pourquoi toute distinction entre action syndicale et action politique ne peut qu'être artificielle⁷³³. Bien que le législateur interdise aux syndicats de poursuivre une action proprement politique⁷³⁴, on ne peut nier les liens étroits qui s'établissent entre le politique, l'économique et le social, et cela *a fortiori* lorsque l'État-puissance publique est à la fois l'État-employeur à qui s'adressent les revendications syndicales. En accordant aux personnels les moyens de discuter, voire de contester, les décisions prises par l'autorité administrative, le fait syndical s'oppose frontalement au modèle hiérarchique sur lequel a été organisée la fonction publique.

216. Le pouvoir de subordination hiérarchique au sein de la fonction publique. Ainsi que l'observait Maurice HAURIOU, dans l'organisation des services publics apparaît toujours quelque contrainte qui révèle l'intervention de la puissance publique⁷³⁵, laquelle peut exercer un pouvoir de répression – qu'il soit administratif à l'égard des administrés ou disciplinaire à l'égard de ses agents. Cette domination est inhérente à la mission des autorités publiques, qui est de garantir l'intérêt général, et a pour seule finalité de protéger les principes et les valeurs de l'activité de service public. Issue de cette conception verticale du pouvoir, la fonction publique est organisée en corps hiérarchisés, au sein desquels chaque supérieur hiérarchique

Syndicats et droit syndical, vol. 1, coll. Droit du travail (dir.) G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} éd., 1987, spéc. p. XI à 11 et pp. 31 et s ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, tome 2, *Les rapports collectifs de travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 1978, pp. 2-47 ; P. ROSANVALLON, *La question syndicale, Histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann-Lévy, 1988 ; G. BERNARD et J.-P. DESCHODT (dir.), *Les forces syndicales françaises*, PUF, 1^{ère} éd., 2010.

⁷³² J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, vol. 1, coll. Droit du travail (dir.) G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} éd., 1987, spéc. p. 31.

⁷³³ En ce sens, J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, vol. 1, coll. Droit du travail (dir.) G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} éd., 1987, spéc. p. XVIII. D'ailleurs, le programme de la charte d'Amiens définie en 1906 par la CGT assignait un double objectif au syndicalisme : la défense des revendications immédiates et quotidiennes des travailleurs et la lutte pour une transformation d'ensemble de la société.

⁷³⁴ En vertu de l'article L. 2131-1 du Code du travail, « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Sur ce fondement, la Cour de cassation juge qu'un syndicat « ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques », ce dont il résulte que l'organisation qui « n'est que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont [elle] sert exclusivement les intérêts et les objectifs » ne peut se prévaloir de la qualité de syndicat au sens de l'article L. 2131-1 susvisé (Cass. soc., 10 avril 1998, n° 97-17.870, *Bull. ch. mixte*, n° 2).

⁷³⁵ Voir not. les critiques formulées par M. HAURIOU à l'égard des positions adoptées par l'« École du service public », in *Précis de droit administratif et de droit public*, 1933, Dalloz, réée. Dalloz, 2002, « Préface de la onzième édition » – voir plus largement la théorie de l'institution développée par M. HAURIOU, *Principes de droit public*, préf. O. BEAUD, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2010 (1^{ère} éd. 1910), spéc. pp. 123 et s.

est doté d'un pouvoir de contrôle sur l'action de ses subordonnés. L'étendue de l'intervention de l'autorité hiérarchique sur les actes des subordonnés est particulièrement large⁷³⁶. Le principe hiérarchique se diffuse ainsi dans tous les pans du droit de la fonction publique : le supérieur hiérarchique émet des instructions et des directives auxquels le fonctionnaire, soumis à un devoir d'obéissance, est tenu de se conformer ; il affecte, évalue, sanctionne éventuellement ses agents ; il dispose également du pouvoir d'annulation et de réformation des actes qui sont pris par eux.

Néanmoins, le pouvoir hiérarchique ne repose sur aucune base textuelle spécifique. Qualifié de « mythe »⁷³⁷, d'« instrument du flou »⁷³⁸ qui se « dissipe comme brouillard au soleil »⁷³⁹ à l'analyse juridique, il sonne comme une évidence sans laquelle le service ne pourrait pas fonctionner, une nécessité de fait ou au contraire un danger inhérent à tout système bureaucratique. C'est le juge administratif qui, après avoir dégagé le pouvoir de tout chef de service de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité⁷⁴⁰, a fini par reconnaître au « contrôle hiérarchique » la valeur de principe général du droit public⁷⁴¹. Dans son commentaire de l'arrêt *Jamart*, RIVERO résumait l'essence du principe hiérarchique en ces termes : « *L'existence du pouvoir de décision du chef de service trouve son fondement, en dehors de tout texte, dans le caractère de nécessité avec lequel il apparaît. La notion si discutée de nature des choses reçoit ici un lustre nouveau... [Ce pouvoir] répond à une nécessité de fait, s'inscrit dans une nature des choses contre laquelle le législateur verrait pratiquement se briser son autorité... Le pouvoir du chef de service correspond à une nécessité, non pas même juridique ou logique, mais biologique, en ce sens que, si l'on prétendait éliminer ce pouvoir, le service ne saurait fonctionner normalement.* »⁷⁴²

217. Certes, l'autorité hiérarchique a été affectée par les successives vagues de modernisation de l'administration, recherchant au-delà du procédé unilatéral le consentement des administrés

⁷³⁶ Pour une étude complète, voir C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, 2013, LGDJ.

⁷³⁷ J.-C. GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, pp. 140-153, spéc. p. 144.

⁷³⁸ A. LEGRAND, « Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique », *L'unité du Droit, Mélanges R. DRAGO*, 1996, pp. 59-78.

⁷³⁹ J. RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, pp. 153-154.

⁷⁴⁰ CE, 7 février 1936, *Jamart*, n° 43321, *Lebon* p. 172 (ministre) ; CE, 25 juin 1975, *R... et R...*, n° 90273, *Lebon* p. 898 (maire) ; CE, 4 février 1976, *Section syndicale C.F.D.T. du centre psychothérapeutique de Thuir*, *AJDA*, 1978, p. 49 (directeur d'établissement public) ; CE, 13 novembre 1992, *Synd. national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile et Union syndicale de l'aviation civile C.G.T.*, *Lebon* p. 966 (directeur des services de l'État).

⁷⁴¹ CE, Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, n° 99882, *Lebon* p. 413.

⁷⁴² J. RIVERO, note sous Conseil d'État, 7 février 1936, *Jamart*, *S.*, 1937, p. 113.

ou des agents *via* le développement de procédures consultatives, de techniques contractuelles ou négociées, au point que le concept de pouvoir hiérarchique a pu être tenu pour « dépassé »⁷⁴³. Mais s'il a indéniablement connu des mutations, le principe hiérarchique n'a pas disparu pour autant et le modèle de la fonction publique est loin d'avoir abandonné la verticalité qui la caractérise dans ses rapports internes.

En tout état de cause, la liberté syndicale, par l'esprit de revendication qui lui est inhérent, vise nécessairement à réduire la place du principe hiérarchique en faisant des agents non plus seulement des sujets mais également des partenaires, voire des opposants, de la puissance publique dans la réalisation du service public. Disposant désormais d'un instrument de dialogue, voire de pression, à l'égard de leur direction, les personnels constituent une nouvelle puissance face à la puissance publique, contrainte de traiter avec eux. Derrière la remise en question du principe hiérarchique, c'est bien l'autorité de l'État-puissance publique, et par là-même l'idée de la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, qui est remis en question.

218. *Le service public, limite insurmontable à l'action syndicale.* Dans ces conditions, la liberté syndicale est-elle pleinement soluble dans la poursuite d'une mission de service public ? À première vue, une telle question paraît anachronique tant le syndicalisme a investi la fonction publique – que sa puissance y soit minimisée ou décriée. Mais elle conserve une actualité si l'on s'interroge sur l'articulation entre l'action syndicale et le fonctionnement du service public. La consécration du fait syndical emporte des conséquences autrement plus importantes au sein du service public, où l'employeur est garant de l'intérêt général, qu'au sein du secteur privé où le rapport de force oppose en principe des intérêts privés⁷⁴⁴. Aujourd'hui, si la liberté syndicale a été reconnue au bénéfice d'une majorité de fonctionnaires, participant au déclin d'un pouvoir hiérarchique jusqu'alors tout-puissant (§ 1), la conception verticale de l'administration s'oppose encore frontalement à l'intégration du fait syndical au sein de certaines activités relevant directement de la souveraineté étatique (§ 2).

⁷⁴³ Sur les évolutions du concept, N. POULET-GIBOT LECLERC, « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508.

⁷⁴⁴ Il s'agit là d'une simplification communément admise, même s'il ne fait aucun doute que les questions relatives à l'emploi constituent également des préoccupations d'intérêt général et ont des répercussions dépassant le strict cadre de l'entreprise.

§ 1. La mise en concurrence du principe hiérarchique et de la liberté syndicale

219. La cohabitation du fait syndical et du pouvoir hiérarchique ne relève pas de l'évidence. L'existence d'une liberté syndicale a longtemps été perçue comme illégitime et incompatible avec la hiérarchie et la discipline qui fondent l'autorité de l'État (A). Même reconnue, l'action syndicale souffre toujours de restrictions imposées par la prévalence du principe hiérarchique au sein de la fonction publique (B).

A) Le principe hiérarchique, frein à la reconnaissance de la liberté syndicale

220. Alors que la liberté syndicale a été accordée aux salariés dès 1884, ce n'est que par l'adoption concomitante du premier Statut général de la fonction publique le 19 octobre 1946 et de la Constitution du 27 octobre 1946 que les fonctionnaires ont acquis le droit de se syndiquer. Ce retard s'explique par la spécificité des missions imparties aux fonctionnaires, au service de l'intérêt général que l'autorité hiérarchique est chargée de faire primer sur tout autre intérêt particulier.

L'administration mise en place à partir du Premier Empire se caractérisait par son modèle autoritaire et hiérarchique. Les agents étaient « *soumis à une très stricte obéissance hiérarchique qui, dans la pratique, s'était transformée en une véritable obligation de conformisme politique à l'égard du pouvoir en place* »⁷⁴⁵. Recrutés pour leurs convictions politiques, les fonctionnaires étaient avant tout les « *propagandistes* » du gouvernement. Une telle conception de la fonction publique se comprend dans la mesure où l'État était strictement limité à ses fonctions régaliennes, telles que la diplomatie, la défense, la police, la justice ou les communications. Majoritairement recrutés parmi les classes supérieures, les personnels étaient alors peu nombreux (environ 200 000 agents civils en 1870⁷⁴⁶) et jouissaient du prestige attaché au service de l'État.

221. Au début du 20^{ème} siècle, l'intervention de la puissance publique dans de nouveaux secteurs, économiques, sociaux ou culturels, a engendré d'importantes mutations de la fonction publique. En premier lieu, le nombre de fonctionnaires n'a cessé de croître : ils étaient environ 470 000 en 1914 pour atteindre 690 000 en 1936 et près de 900 000 en 1946⁷⁴⁷. Désormais plus nombreux et issus de couches sociales moins favorisées, ces

⁷⁴⁵ R. CHRISTIEN, *Pratique du dialogue social*, Berger-Levrault, 1997, p. 23.

⁷⁴⁶ R. CHRISTIEN, *Pratique du dialogue social*, précité.

⁷⁴⁷ R. CHRISTIEN, *Pratique du dialogue social*, précité.

fonctionnaires ont vu s'atténuer à la fois les privilèges dont bénéficiait la figure du commis de l'État et la spécificité de leurs fonctions. La transformation progressive de la condition sociale du fonctionnaire a fait naître chez celui-ci une conscience de classe qui s'est traduite par une syndicalisation croissante et par l'apparition de revendications à la fois corporatistes et politiques comparables à celles de leurs homologues des industries⁷⁴⁸. Peu sensibles à ces évolutions, les deux Hautes juridictions s'accordaient néanmoins sur l'exclusion des fonctionnaires de la législation relative au droit syndical. En effet, pour la Cour de cassation, la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 ne pouvait s'appliquer « à tous ceux qui n'ont à défendre [...] aucun intérêt économique »⁷⁴⁹. Le Conseil d'État avait adopté la même position en estimant que le législateur « n'a eu en vue que les représentants d'intérêts particuliers, libres de discuter ensemble les relations du capital et du travail, et non les fonctionnaires, représentants des intérêts généraux » et qui « se sont soumis, en acceptant leur emploi, à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public »⁷⁵⁰.

Ce rejet a été en partie dicté par la peur de l'importation au sein de la fonction publique des luttes sociales qui agitaient alors le secteur privé où se propageait une culture de lutte des classes au moyen de grèves générales prônée par la CGT. HAURIOU approuvait ainsi la jurisprudence du Conseil d'État en ces termes : « *La forme syndicale est, par elle-même, une organisation de lutte, qui implique une attitude d'hostilité envers la hiérarchie.* »⁷⁵¹ L'organisation alors quasi-militaire de la fonction publique rendait inconcevable l'idée même d'accorder aux fonctionnaires le pouvoir de s'opposer à la volonté étatique. En 1907, CLEMENCEAU s'adressait ainsi aux instituteurs qui réclamaient le droit de se syndiquer : « *Aucun gouvernement n'accepter[ait] jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime [...]. Vous prenez place dans une société hiérarchisée [...] où vous jouissez d'avantages divers, [...] vous apparaissez comme formant dans la société une*

⁷⁴⁸ Pour étude plus détaillée de la transformation de la condition sociale des fonctionnaires, voir D. LOSCHAK, « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bulletin de l'IIAP*, 37, 1976, pp. 121-203, spéc. pp. 147-154. Voir égal. J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. XXXVIII ; pp. 149-152, spéc. p. 150.

⁷⁴⁹ Cass., 27 juin 1885 (*D.*, 1886, 1, 137).

⁷⁵⁰ CE, 13 janvier 1922, *Boisson et Syndicat national des agents des Contributions indirectes*, *Lebon* p. 37.

⁷⁵¹ M. HAURIOU, note sous l'arrêt *Boisson*, *Sirey*, 1922-3-1. L'auteur considérait en effet les droits de coalition et de grève comme étant « incompatibles avec l'existence même de l'institution administrative, qui exclut l'antagonisme des employeurs et des employés et avec les nécessités des services publics » (*Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 1933, rééd. Dalloz, 2002, spéc. p. 747-748).

catégorie spécialement avantagée avec des droits et même [...] avec des devoirs particuliers. »⁷⁵²

222. Il faut reconnaître que la conception autoritaire de la fonction publique qui prévalait alors ne pouvait s'accoutumer de la reconnaissance au profit des agents publics d'une liberté syndicale, même dépeçée de l'usage de la grève. En effet, l'affiliation syndicale implique nécessairement que l'agent puisse avoir des revendications à faire valoir face à l'État et qu'il soit prêt à les défendre en empruntant une voie autre que celle de l'autorité hiérarchique. En défendant des intérêts catégoriels, l'action syndicale est effectivement de nature à s'opposer à l'État, autrement dit à l'intérêt général. On comprend donc aisément pourquoi le « culte » du service public⁷⁵³ ou, plus largement, la « mythification » de l'État comme seul garant de l'intérêt général⁷⁵⁴ a longtemps fait obstacle à la reconnaissance du syndicalisme au sein de la fonction publique. En 1908, DURKHEIM écartait ainsi l'opportunité du syndicalisme dans la fonction publique en ces termes : « *Quand bien même il serait avéré que le syndicat est un bon moyen d'obtenir satisfaction, il ne faut pourtant pas perdre de vue qu'en dehors et au-dessus de l'intérêt des fonctionnaires, il y a autre chose : il y a l'intérêt général du pays. Or je crains que le syndicalisme administratif n'ait pour résultat d'imposer à l'administration un cadre qui n'est point fait pour elle et risque ainsi de désorganiser gravement les fonctions sociales les plus essentielles.* »⁷⁵⁵

223. Malgré tout confronté aux exigences du réel, le Gouvernement a progressivement et officieusement dialogué avec des « syndicats » de fonctionnaires alors dissimulés sous la forme d'association autorisée par la loi de 1901. À l'instar de tout chef d'entreprise, l'État-employeur et ses chefs de service avaient en effet besoin de disposer d'interlocuteurs capables de porter et de canaliser les revendications des personnels⁷⁵⁶. Cet état de fait a été officialisé par le statut du 19 octobre 1946 reconnaissant la liberté syndicale au profit des agents publics⁷⁵⁷. L'affaiblissement du pouvoir hiérarchique qui en a résulté a fait naître la crainte d'une confiscation des services publics par ses agents. Le Professeur RIVERO exposait ainsi

⁷⁵² Cité par D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, pp. 85-93, spéc. p. 85.

⁷⁵³ D. LOSCHAK, Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique, *Bulletin de l'IIAP*, 37, 1976, pp. 121-203, spéc. pp. 149.

⁷⁵⁴ D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, pp. 85-93, spéc. p. 85.

⁷⁵⁵ E. DURKHEIM, « Débat sur les syndicats de fonctionnaires », *Textes*, Vol. 3, Paris, Les Éditions de minuit, 1975 [1908], coll. Le sens commun, pp. 203-217, spéc. p. 204.

⁷⁵⁶ D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, pp. 85-93, spéc. p. 85.

⁷⁵⁷ Ce n'est toutefois qu'en 1983 que cette reconnaissance a acquis valeur constitutionnelle (DC n° 83-162 du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, *Rec.*, 49).

qu' « avec ses agents groupés en syndicats, l'État ne peut espérer agir par voie autoritaire, car ils sont en définitive, sa force : eux d'un côté, lui de l'autre, comment pourrait-il se refuser à la discussion ? C'est par eux qu'il est puissant et peut contraindre, face à eux, son autorité se dissout : elle est liée à ces corps d'agents qui l'incarnent. En consacrant, dans son article 6, le syndicalisme des fonctionnaires, le statut admet que ceux-ci ont des droits contre l'État, et qu'ils peuvent légitimement les défendre par l'action collective. »⁷⁵⁸ Le Professeur GAUDEMET s'interrogeait quant à lui sur l'existence d'une protection accordée aux usagers des services publics, ces derniers risquant d'être transformés en « corporations autonomes » au service des intérêts des seuls fonctionnaires⁷⁵⁹.

Formulées ainsi, ces craintes semblent aujourd'hui largement excessives. Néanmoins, face aux difficultés, voire à l'impossibilité, de réformer les différents régimes de la fonction publique, Marcel POCHARD observait que « l'imperium public a perdu de sa majesté et que l'Administration est tenue, trop souvent, de compter avec un contre-pouvoir de ses agents pouvant faire passer l'intérêt général après leurs intérêts particuliers. »⁷⁶⁰ Cela étant, si le principe de la subordination hiérarchique a perdu de sa toute-puissance, il n'a pas disparu pour autant. Le devoir d'obéissance et l'obligation de réserve de l'agent public, que le juge administratif a directement tirés du principe de subordination hiérarchique et du principe de neutralité des services publics, constituent autant de freins à l'action syndicale.

B) Le principe hiérarchique, restriction à l'action syndicale

224. Le principe hiérarchique peut indirectement entraver l'action syndicale. En effet, le représentant syndical n'est nullement dispensé du devoir d'obéissance propre à sa qualité de fonctionnaire⁷⁶¹. Comme dans l'entreprise, l'exercice du droit syndical doit se concilier avec le respect de la discipline, ce qui peut exclure l'activité syndicale à l'intérieur du service⁷⁶². Le pouvoir disciplinaire, en ce qu'il autorise le supérieur hiérarchique à sanctionner le manquement commis par l'un de ses subordonnés dans le cadre de ses fonctions, voire en

⁷⁵⁸ J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. XXXVIII, pp. 149-152, spéc. p. 150.

⁷⁵⁹ P.-M. GAUDEMET, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *Rec. Dalloz*, 1947, chr. XXXV, pp. 137-140, spéc. p. 140.

⁷⁶⁰ M. POCHARD, *Les 100 mots de la fonction publique*, Que sais-je ?, PUF, n° 25, p. 29.

⁷⁶¹ CE, 6 février 1981, *Benhamou*, T. Lebon p. 789.

⁷⁶² CE 18 janvier 1963, *Sieur Perreur*, n° 45333, *Lebon* p. 34.

dehors de celles-ci⁷⁶³, constitue l'une des manifestations les plus visibles du pouvoir hiérarchique et encadre nécessairement l'action syndicale.

225. Par ailleurs, les fonctionnaires sont assujettis à une obligation de réserve qui leur impose de « *s'abstenir de manifestations individuelles intempestives, incompatibles avec la dignité, l'impartialité et la sérénité de leurs fonctions* »⁷⁶⁴. Autrement dit, ils doivent « *observer une certaine retenue dans l'extériorisation de leurs opinions* »⁷⁶⁵. Garantie de la neutralité du service public et de son bon fonctionnement, le devoir de réserve vise d'une part, à ne pas laisser un doute sur la capacité et la volonté du fonctionnaire d'exécuter sa mission en conformité avec les directives de ses supérieurs et, d'autre part, à ne pas discréditer les dirigeants du service public aux yeux des usagers et de l'opinion publique⁷⁶⁶. L'implantation des syndicats au sein de la fonction publique n'a aucunement fait disparaître cette obligation. Celle-ci subsiste même lorsque les propos ou écrits de l'agent s'inscrivent dans l'exercice de responsabilités syndicales⁷⁶⁷. Certes, à l'instar du droit applicable dans l'entreprise, le mandat syndical ne permet pas à son titulaire d'utiliser un vocabulaire injurieux ou diffamatoire à l'égard de son employeur⁷⁶⁸. Mais à la différence de son homologue du secteur privé, l'agent

⁷⁶³ Voir *infra*, n° 291 et s. (protection de la vie personnelle du fonctionnaire).

⁷⁶⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} éd., 2005, V° Réserve, p. 803.

⁷⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, n° 285, p. 248.

⁷⁶⁶ Voir *infra*, n° 284 et s. (liberté d'expression du fonctionnaire).

⁷⁶⁷ CE, 18 mai 1956, *Boddaert, Lebon* p. 213 (annulation de la sanction infligée à un représentant syndical pour avoir adressé à un ministre une lettre de protestation véhémement contre la sanction infligée à un autre agent) ; CE, 8 juin 1962, *Ministre des postes et télécommunications c/ Frischmann, Lebon* p. 382 (Sort du domaine professionnel imparti aux syndicats l'accord intersyndical appelant les travailleurs des PTT à faire tous les efforts pour éviter que les PTT soient utilisés pour la guerre ou pour la préparation matérielle ou morale de la guerre), voir égal. CE, 22 octobre 1986, *Hôpital local de Sault c/ Payratre*, n° 60912.

⁷⁶⁸ Voir not. s'agissant de la jurisprudence administrative : CE, 18 mai 1956, *Boddaert, Rec.*, 213 ; CE, 1^{er} décembre 1972, *D^{elle} Obrego* ; CE, 23 avril 1997, *Bitauld*, n° 144038, *T. Lebon* p. 901 : les articles publiés par le fonctionnaire de police, « *outré qu'ils sont presque exclusivement consacrés à une critique violente de la politique suivie en différents domaines par le Gouvernement et à la mise en cause en termes injurieux des autorités de l'État, comportent des incitations à l'indiscipline collective et sont donc de nature à compromettre le bon fonctionnement du service ; qu'ainsi, tant par leur nature que par la violence de leur expression, ces écrits sont incompatibles avec l'obligation de réserve prévue par les décrets du 24 janvier 1968 et du 18 mars 1986 susvisés, obligation qui s'imposait à M. Bitauld, alors même qu'il était totalement déchargé de service pour exercer un mandat syndical [...]. Les publications incriminées, dont M. Bitauld a revendiqué la responsabilité, excédaient, par leur caractère outrancier et en l'absence de tout lien avec la défense des intérêts professionnels, les limites que les fonctionnaires et leurs organisations syndicales doivent respecter en raison de la réserve à laquelle ils sont tenus à l'égard des autorités publiques.* » Voir not. s'agissant de la jurisprudence judiciaire, Cass., 1^{ère} civ., 3 février 2016, n° 14-25.27 : « *Attendu, [...] que l'honnêteté de la seconde personne visée par le tract litigieux et qualifiée d'« arnaqueur », sous la mention « HALL 7 équipe 4 », était mise en cause par l'assimilation de cette personne à un délinquant d'habitude, tout à fait dans son rôle comme exécuteur des basses besognes d'un dénonciateur « sans scrupule » et « sans état d'âme », la Cour d'appel a exactement interprété le sens et la portée des termes incriminés et considéré que ceux-ci excédaient les limites admissibles de la polémique syndicale.* »

public syndicaliste est soumis à un devoir de réserve dont l'absence de définition légale⁷⁶⁹ rend inévitable une double appréciation casuistique, d'abord par la hiérarchie du représentant syndical, puis, en cas de sanction, par le juge de l'excès de pouvoir, dont la substance est déterminée au fil des arrêts rendus⁷⁷⁰. L'action syndicale en pâtit doublement : d'abord par la restriction de la liberté d'expression des représentants syndicaux, ensuite par la menace disciplinaire immuable, qui pèsent sur eux. En effet, les frontières entre droit de critique propre à l'action syndicale et violation du devoir de réserve peuvent être difficiles à définir. Le Professeur LOSCHAK observait ainsi qu'« à la limite, toute initiative syndicale pourrait être taxée de manquements à la réserve puisqu'elle implique nécessairement une critique de / ou une opposition à / la hiérarchie et tire souvent l'essentiel de son efficacité de l'appel à l'opinion publique »⁷⁷¹. De ce fait, le principe selon lequel les représentants syndicaux doivent jouir de « la plus large liberté d'action et d'expression »⁷⁷² est immédiatement contrebalancé par le principe hiérarchique qui veut que « le syndicat de fonctionnaires, dont l'interlocuteur est la puissance publique, ne saurait [...] prendre à son égard une attitude radicale de combat, allant jusqu'à contester le principe de l'autorité publique et la prérogative de la hiérarchie »⁷⁷³.

226. Par ailleurs, l'appréciation de l'étendue du devoir de réserve – et donc du manquement éventuel de l'agent – dépend, outre la teneur des propos réprochés, des impératifs et spécificités de la mission de service public en cause. C'est pourquoi la situation du syndicaliste est rendue encore plus délicate dans les services régaliens de l'État, tels que la magistrature ou la police nationale, au sein desquels toute critique syndicale est susceptible de porter en elle-même le germe d'une revendication d'ordre politique. On observera d'ailleurs que le principe d'une obligation de réserve a été expressément intégré dans les seuls statuts particuliers et des magistrats⁷⁷⁴ et des militaires⁷⁷⁵ – au demeurant privés du droit syndical – et jamais au sein du statut général de la fonction publique.

⁷⁶⁹ Malgré l'ancienneté de son fondement jurisprudentiel (CE, 11 janvier 1935, *Bouzanquet, Lebon* p. 41), le principe et les contours du devoir de réserve à la charge des fonctionnaires n'ont jamais été déterminés par les statuts.

⁷⁷⁰ Pour une illustration sur la difficulté de déterminer ce qui relève d'une faute dans la critique publique de sa hiérarchie par un fonctionnaire, voir E. DURKHEIM, « Débat sur le rapport des fonctionnaires et de l'État », *Textes*, Vol. 3, Les Éditions de minuit, 1975 [1908], coll. Le sens commun, pp. 189-202.

⁷⁷¹ D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, pp. 85-93, spéc. p. 89.

⁷⁷² Conclusions HEUMANN sur CE, 18 mai 1956, *Boddaert*, citées par D. LOSCHAK, p. 90.

⁷⁷³ Conclusions RIGAUD sur CE, 25 mai 1966, *Rouve*, citées par D. LOSCHAK, p. 90.

⁷⁷⁴ Article 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁷⁷⁵ Article L. 4121-2 du Code de la défense.

Dans ces conditions, l'activité syndicale au sein de la fonction publique ne saurait être assimilée aux procédés prévalant au sein du secteur privé. Le particularisme de la mission de service public, organisé selon un strict principe hiérarchique dont la justification découle directement de la primauté de l'intérêt général sur tout autre intérêt particulier, entraîne des restrictions aux libertés collectives des agents, voire même leur suppression totale dans le cas de certaines activités régaliennes.

§ 2. Le principe hiérarchique, obstacle à la reconnaissance de la liberté syndicale au sein des corps préfectoral et militaire

227. Du fait de la spécificité des missions poursuivies, les corps préfectoral et militaire relèvent d'une organisation administrative strictement hiérarchique, engendrant pour leurs personnels l'interdiction générale et absolue de toute liberté syndicale⁷⁷⁶ (A). Seul le droit de constituer des associations professionnelles leur est reconnu. Or, s'il est couramment admis que la liberté syndicale découle de la liberté d'association⁷⁷⁷, les contours de ces deux notions ne se superposent pas. Certes, l'association n'étant pas un groupement spécialisé, rien ne lui interdit se consacrer à la défense d'intérêts professionnels. Mais si leur objet social peut être similaire, leur rôle diffère en raison du régime juridique distinct qui leur est applicable. En effet, les syndicats sont juridiquement ancrés dans le fonctionnement de l'administration tandis que les associations demeurent à sa marge, dépourvues de tout moyen d'ingérence dans la gestion du service. Dès lors, l'activité des associations professionnelles ne peut se dérouler qu'en dehors des locaux de l'administration, la hiérarchie n'est jamais obligée de les consulter et leurs membres n'ont d'autre possibilité que de prendre sur leurs heures de repos pour y participer. L'influence des associations professionnelles demeure donc modeste⁷⁷⁸. C'est la raison pour laquelle l'interdiction du droit syndical est régulièrement remise en question au sein de l'institution militaire. Pour autant, il n'est pas certain que le corpus des normes constitutionnelles ou internationales puisse être utilement mobilisé en faveur d'une

⁷⁷⁶ Les préfets et sous-préfets sont privés du droit de constituer des syndicats sur le fondement des articles 15 du décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 modifié et 18 du décret n° 64-260 du 14 mars 1964 modifié, qui excluent l'application des dispositions de l'article 8 de la loi n° 83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires. Les militaires sont quant à eux privés de ce droit sur le fondement de l'article 4121-4 du Code de la défense.

⁷⁷⁷ J.-M. VERDIER, *Syndicats et droit syndical*, vol. 1, coll. Droit du travail (dir.) G.H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^{ème} éd., 1987, spéc. p. XI.

⁷⁷⁸ En ce sens, C. BACCHETTA, « La liberté d'association professionnelle dans les armées », *Les Champs de Mars*, n° 9, 2001, 1^{er} semestre, citée par G. LE BRIS et É. MOURRUT (députés), in *Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le dialogue social dans les armées*, déposé à l'Assemblée nationale le 13 décembre 2011, spéc. p. 14.

reconnaissance de la liberté syndicale, que ce soit au profit du corps préfectoral ou du corps militaire (B).

A) L'interdiction du syndicalisme au sein de ces corps de fonctionnaires

228. L'interdiction du fait syndical découle ici de la spécificité organique et structurelle de ces corps de fonctionnaires, au sein desquels le pouvoir hiérarchique est particulièrement prégnant. Les militaires relèvent d'une discipline inhérente à la mission des armées, s'engageant même jusqu'au « *sacrifice suprême* » (1°). Les préfets et sous-préfets sont quant à eux la représentation directe de l'État dans sa forme déconcentrée. À cet égard, ils sont nommés directement par le président de la République, sur proposition du Premier ministre et du ministre de l'intérieur, à l'égard desquels ils sont astreints à un devoir absolu de loyauté, tant juridiquement que politiquement (2°).

1°) Le maintien d'un certain cantonnement juridique des militaires : de l'interdiction de tout groupement professionnel à l'autorisation a minima des associations professionnelles

229. *Le militaire n'est pas un citoyen comme les autres.* L'action syndicale, en ce qu'elle implique une culture de la revendication, s'oppose frontalement à la conception historique des armées et à son organisation éminemment hiérarchique. L'article 12 de la Constitution de 1792 disposait ainsi que « *la force publique est essentiellement obéissante ; nul corps armé ne peut délibérer* ». De longue date, les législations ont cherché à asseoir la neutralité des armées : neutralité passive, afin de préserver les militaires des pressions politiques ou partisans, et neutralité active, afin de maîtriser les militaires, dont on craignait l'action en dehors des luttes politiques et sociales⁷⁷⁹. Le plein exercice des droits du citoyen leur a ainsi longtemps été dénié. Ce n'est que par une ordonnance de 1945⁷⁸⁰ que le droit de vote leur a été reconnu et les militaires ont longtemps dû solliciter l'autorisation préalable de leur hiérarchie pour se marier⁷⁸¹. Aujourd'hui encore, si l'article L. 4121-1 du Code de la défense

⁷⁷⁹ Voir B. PÊCHEUR et A. LALLET, *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires*, remis le 18 décembre 2014 au président de la République, p. 13 et s. Cette neutralité se justifie par l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *La garantie des Droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.* »

⁷⁸⁰ Ordonnance n° 45-1839 du 17 août 1945 relative à l'électorat et à l'éligibilité des militaires.

⁷⁸¹ L'obligation de demande d'autorisation s'est réduite progressivement. Obligatoire pour tous les militaires jusqu'à la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, elle a été maintenue pour les militaires désirant se marier avec une personne de nationalité étrangère jusqu'à la

dispose que « *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens* », il est immédiatement précisé que « *l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint* »⁷⁸², l'article L. 4121-3 interdisant notamment « *aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique* »⁷⁸³.

230. Le militaire n'est pas un travailleur comme les autres. On ne s'étonnera donc pas que la condition de militaire ne soit pas assimilable à celle du travailleur de droit commun⁷⁸⁴. Le législateur a d'ailleurs estimé que les caractéristiques de l'armée, à savoir la nature de sa mission et l'étroitesse des relations qui l'unissent à l'État, la rendaient difficilement assimilable au reste de la fonction publique⁷⁸⁵. Aussi le Professeur CHEVALLIER mettait-il en avant la spécificité de l'armée en ces termes : « *Le combat qui est la raison première du soldat implique une organisation particulière, monolithique, basée sur la hiérarchie, la discipline, l'unité, l'uniformité.* »⁷⁸⁶ Plus encore, l'article L. 4111-1 du Code de la défense

loi de loi 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires et ne subsiste aujourd'hui que pour les militaires servant à titre étranger dans les cinq premières années de son service (Article L. 4142-4 du Code de la défense).

⁷⁸² D'après l'article 46 du Code électoral, les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats de députés, de conseillers généraux et de conseillers communautaires. Voir toutefois la déclaration d'inconstitutionnalité de l'incompatibilité entre les fonctions de militaires en activité et l'exercice d'un mandat électif local (Décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, *M. Dominique de L.*).

⁷⁸³ Cette interdiction est justifiée par le besoin de neutralité des armées. Il ne faut pas qu'un parti politique, qui n'est soumis à aucun devoir de réserve, puisse se prévaloir publiquement, à l'échelon national ou local, de la proportion de militaires qu'il compte dans ses rangs ou en publier la liste (voir not. Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par le Président DENOIX DE SAINT MARC, remis le 29 octobre 2003). Cette interdiction ne relève donc nullement d'une défiance à l'égard des militaires eux-mêmes et protège l'armée de l'instrumentalisation des partis politiques.

⁷⁸⁴ Le rapport de la commission de révision du statut général des militaires (précité) insiste sur les spécificités de l'état militaire : la force armée « *doit être légitime, car son usage est en soi contraire à une exigence de morale fondamentale : le respect de la vie humaine. Le militaire peut en effet être conduit à donner la mort délibérément, sans se trouver en état de nécessité ou de légitime défense.* » Le militaire « *est celui qui a le devoir, et l'honneur, de mettre en œuvre au nom de l'État cette force qui s'impose dès lors que tout le reste a échoué* » (page 1). Dans le même sens, lors des débats à l'Assemblée nationale, le député J.-M. BOUCHERON justifiait le statut spécifique du militaire en ces termes : « *Le métier militaire ne sera jamais un métier comme un autre. L'armée ne sera jamais un service de l'État comme les autres. [...] Jamais on ne devra banaliser l'exercice du métier des armes. Le militaire n'est pas un policier plus lourdement armé, et l'armée elle-même n'intervient que dans des situations de crise, où le droit international est bafoué et où l'exercice de la force est rendu nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix, c'est-à-dire au fait de rendre à des hommes et des femmes le droit de vivre, de vivre en paix.* » (JO, débats AN, séance du 14 décembre 2004, p. 11017, cité par R. DE BELLESCIZE).

⁷⁸⁵ Voir R. DE BELLESCIZE, « La réforme du statut général des militaires (Loi n° 2005270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires », *RDP*, 2006, n° 2, p. 313.

⁷⁸⁶ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 5^{ème} éd., PUF, 2013, p. 87. En 2003, le rapport de la commission de révision du statut général des militaires préconisait le maintien de l'interdiction de se regrouper en vue de défendre des intérêts professionnels en ces termes : « *La discipline militaire ne saurait s'accommoder de l'apparition d'un pouvoir peu ou prou concurrent de la hiérarchie. L'ingérence dans l'activité des forces, la remise en question de la cohésion des unités, voire de la disponibilité et du*

rappelle que « *l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité* ». Autrement dit, le service public de la défense nationale exige la soumission de l'exercice des droits individuels et collectifs aux nécessités propres à l'état militaire. Le militaire n'agit que par délégation de la Nation et celle-ci doit avoir la certitude et la garantie qu'il en ira bien ainsi⁷⁸⁷. Ce contexte n'est pas favorable au développement des libertés publiques et plus particulièrement de la liberté syndicale, laquelle s'entend nécessairement du droit de contester et de revendiquer.

231. L'interdiction de tout groupement professionnel. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État, dans un avis du 1^{er} juin 1949⁷⁸⁸, avait estimé que la notion de syndicat professionnel, telle qu'elle résulte des dispositions législatives visant les salariés, était « *incompatible avec les règles propres à la discipline militaire* », ce dont il avait déduit que si les constituants de 1946 ont proclamé au sixième alinéa du Préambule le droit pour tous les citoyens d'assurer la défense de leurs intérêts professionnels en adhérant à des formations syndicales, « *ils n'ont pas entendu accorder le droit syndical aux militaires en activité* ». En formulant en des termes très larges l'interdiction faite aux militaires d'active de créer des groupements professionnels ou d'y adhérer, le législateur aurait en réalité visé « *toutes les formes de regroupement permanent reconnues par le droit français, c'est-à-dire le syndicat mais également l'association, dès lors que celle-ci se propose comme but la défense ou l'étude des intérêts professionnels des membres des forces armées* »⁷⁸⁹. Le juge administratif avait confirmé sa position par trois arrêts du 11 décembre 2008, par lesquels il avait retenu la conventionnalité de l'interdiction faite aux militaires de constituer ou d'adhérer à un syndicat en ces termes : « *Eu égard aux exigences qui découlent de la discipline militaire et des contraintes inhérentes à l'exercice de leur mission par les forces armées, les dispositions précitées de l'article L. 4121-4 du Code de la défense, qui ne font en rien obstacle à ce que les militaires adhèrent à d'autres groupements que ceux qui ont pour objet la défense de leurs*

loyalisme des militaires, en sont les risques majeurs et donc inacceptables. » (Rapport, p. 9). C'est à peu près pour les mêmes raisons que le rapport rendu par Messieurs PÊCHEUR et LALLET préconisait le maintien de l'interdiction du syndicalisme au sein des armées.

⁷⁸⁷ Commission de révision du statut général des militaires, (Prés.) DENOIX DE SAINT MARC, *Rapport du 29 octobre 2003*, p. 1.

⁷⁸⁸ Cité par G. LE BRIS et É. MOURRUT (députés), in *Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le dialogue social dans les armées*, déposé à l'Assemblée nationale le 13 décembre 2011, spéc. p. 16.

⁷⁸⁹ C. BACCHETTA, « La liberté d'association professionnelle dans les armées », *Les Champs de Mars*, n° 9, 2001, 1^{er} semestre, cité par G. LE BRIS et É. MOURRUT in *Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le dialogue social dans les armées*, déposé à l'Assemblée nationale le 13 décembre 2011, spéc. p. 14.

intérêts professionnels, constituent des restrictions légitimes au sens de ces stipulations de l'article 11 » de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁹⁰.

Aussi, si de nombreuses associations avaient été créées par des militaires retraités ou des proches⁷⁹¹, l'adhésion à un groupement professionnel – au sens de l'article L. 4121-4 du Code de la défense – par des militaires en activité n'avait jamais été tolérée par les autorités hiérarchiques⁷⁹². Cette sévérité tranchait d'ailleurs avec la tolérance dont avait fait preuve le Gouvernement à l'égard des syndicats de fonctionnaires jusqu'en 1946. Cette interdiction avait d'ailleurs été maintenue malgré le mouvement de professionnalisation des armées amorcé par la loi du 28 octobre 1997⁷⁹³, engendrant naturellement une comparaison entre le soldat et le travailleur (que celui-ci soit fonctionnaire ou salarié), ainsi qu'un certain nombre de revendications corporatistes.

En outre, il a fallu attendre la loi du 21 novembre 1969 pour que soit mise en place une instance de concertation, le Conseil supérieur de la fonction militaire (CSFM), chargée d'exprimer son avis « *sur les questions de caractère général relatives à la condition militaire* »⁷⁹⁴. Depuis 1990 lui ont été adjoints des Conseils de la fonction militaire (CFM)

⁷⁹⁰ CE, 11 déc. 2008, *Association de défense des droits des militaires*, n° 306962, 307403 et 307405 ; voir égal. CE, 26 février 2010, n° 322176. L'appréciation du juge interne a par la suite été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH, 2 octobre 2014, *Mattely c/ France*, n° 10609/10 et CEDH, 2 octobre 2014, *Adefdromil c/ France*, n° 10609/10).

⁷⁹¹ De multiples associations ont été créées pour défendre des intérêts que l'on peut qualifier de professionnels : voir not. la Fédération nationale des retraités de la gendarmerie (FNRG), créée en 1906, le SNAAG, association reconnue d'intérêt général créée en 1932 afin de promouvoir « la Présence et le Prestige de la Gendarmerie », devenu « Les Amis de la Gendarmerie » en 2012. On peut également citer le cas de la société Mutualiste du Trèfle, la « Société d'Entraide des Élèves et Anciens Élèves de l'École des Officiers de la Gendarmerie Nationale » originellement baptisée « Société de Secours Mutuels pour venir en aide aux veuves et aux orphelins des officiers de Gendarmerie », créée en 1906, dont les statuts ont été approuvés par un arrêté ministériel du 25 juillet 1906. Dans les années 2000, l'interdiction a souvent été déjouée par des militaires qui n'étaient plus en activité, telle l'association de l'ADEFDROMIL, ou par des proches, tels le Mouvement des Femmes de Gendarmes (MFG) créé pour pallier l'absence de liberté d'association de leurs maris, devenu ensuite l'Association d'aide aux membres et familles de la gendarmerie (AAMFG) agréée par la Gendarmerie, ou encore l'association AVIGOLFE, créée par le père d'un militaire décédé d'une maladie liée à des expositions nocives et diverses, avec une prédominance aux oxydes d'uranium, et dont l'objet est « *d'aider les civils et les militaires actifs ou non, atteints de maladies de la guerre du Golfe ou des Balkans* », l'UNPRG (Union nationale du personnel en retraite de la Gendarmerie), l'AG&C (Association « Gendarmes et Citoyens ») ou encore l'APG (Association professionnelle de gendarmerie). Pour une action indirecte voir également le journal *L'Essor*, « *le premier journal indépendant de la gendarmerie* ».

⁷⁹² CE, 26 septembre 2007, *Rémy*, n° 263747 ; CE, 11 décembre 2008, *Association de défense des droits des militaires*, n° 306962, 307403 et 307405 ; CE, 26 février 2010, *Association Forum gendarmes et citoyens*, n° 322176.

⁷⁹³ Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, *JORF* n° 260 du 8 novembre 1997.

⁷⁹⁴ Article L. 4124-1 du Code de la défense.

propres à chaque armée qui étudient toute « *question relative à leur armée, direction ou service concernant les conditions de vie, d'exercice du métier militaire ou d'organisation du travail* »⁷⁹⁵. Il s'agit là d'organes exclusivement consultatifs, dépourvus de toute compétence s'agissant des situations individuelles puisqu'il n'appartient qu'« *au chef, à tous les échelons, de veiller aux intérêts de ses subordonnés et de rendre compte, par la voie hiérarchique, de tout problème de caractère général qui parviendrait à sa connaissance* »⁷⁹⁶. Le particularisme de ces organes consultatifs, comparé au comité social et économique ou au comité technique, relève du mode de désignation de leurs membres. Les membres des CFM sont tirés au sort et ceux du CSFM sont élus par les membres des CFM. Ce mode de désignation « au hasard » a pour finalité d'éviter toute « *chaîne élective continue* » de nature à transformer ces organes « *en organisation parallèle susceptible de court-circuiter la hiérarchie* »⁷⁹⁷. C'est donc sans surprise que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que « *la mise en place de telles institutions ne saurait se substituer à la reconnaissance au profit des militaires d'une liberté d'association, laquelle comprend le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier* »⁷⁹⁸.

232. La reconnaissance d'un droit d'association professionnelle a minima. Suite à cette décision, le législateur est intervenu le 28 juillet 2015 aux fins de garantir aux militaires en activité un droit d'association *a minima*, qui ne devrait pas révolutionner le fonctionnement des armées. En effet, seules les associations professionnelles nationales de militaires (APNM) sont autorisées, ce qui exclut d'une part, tout groupement ayant pour objet la défense d'intérêts à la fois civils et militaires⁷⁹⁹ et d'autre part, tout groupement créé à un niveau inférieur⁸⁰⁰, au sein d'une unité par exemple. Par leur objet également, les APNM sont limitées à la préservation et la promotion des « *intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire* »⁸⁰¹, ce dont il découle qu'elles n'ont pas droit de parole concernant les questions de stratégies de défense. De plus, il est précisé que l'activité des APNM « *doit s'exercer dans des conditions compatibles avec l'exécution des missions et du service des*

⁷⁹⁵ Article L. 4124-1 du Code de la défense.

⁷⁹⁶ Article L. 4121-4, alinéa 4, du Code de la défense.

⁷⁹⁷ R. DE BELLESCIZE, « La réforme du statut général des militaires (Loi n° 2005270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires) », *RDP*, 2006, n° 2, p. 313.

⁷⁹⁸ Pour des propositions sur l'organisation de la concertation dans l'armée, voir B. PÊCHEUR et A. LALLET, *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires*, remis le 18 décembre 2014 au président de la République, p. 19.

⁷⁹⁹ Article L. 4126-2 du Code de la défense.

⁸⁰⁰ Article L. 4126-2 du Code de la défense.

⁸⁰¹ Article L. 4126-2 du Code de la défense.

forces armées et ne pas interférer avec la préparation et la conduite des opérations »⁸⁰², ce qui leur interdit de porter atteinte « *aux principes fondamentaux de l'état militaire* », notamment l'« *esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité* », l'« *obéissance aux ordres de leurs supérieurs* », la mutation « *en tout temps et en tout lieu* » du militaire⁸⁰³. Enfin, il est précisé que si « *les membres des associations professionnelles nationales de militaires jouissent des garanties indispensables à leur liberté d'expression pour les questions relevant de la condition militaire* », cette liberté doit s'accommoder de « *la réserve exigée par l'état militaire* »⁸⁰⁴. L'importance de ces contraintes annihile donc toute action revendicative de la part de ces associations, préservant ainsi la prévalence du principe hiérarchique au sein des armées.

Plus encore, si les APNM peuvent agir en justice contre tout acte réglementaire relatif à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession, elles ne peuvent contester la légalité des mesures d'organisation des forces armées et des formations rattachées et ne pourront donc se porter partie civile dans des procédures judiciaires que lorsqu'elles seront personnellement et directement victimes⁸⁰⁵. En cela, les APNM se distinguent fondamentalement des syndicats auxquels le Code du travail reconnaît qualité à agir en justice pour des faits « *portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* »⁸⁰⁶.

2°) L'incompatibilité du syndicalisme et des fonctions assumées par le corps préfectoral

233. Bien que relevant du statut général des fonctionnaires, les préfets et les sous-préfets sont privés du droit de constituer et d'adhérer à un syndicat⁸⁰⁷. Ils disposent du seul droit de constituer des associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 pour la défense de leurs intérêts professionnels. Ainsi, l'Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'intérieur (ACPHFMI) a pour objet statutaire « *de défendre les intérêts moraux et professionnels de ses membres et des corps auxquels ils appartiennent* ».

⁸⁰² Article L. 4126-6 du Code de la défense.

⁸⁰³ Article L. 4126-6 du Code de la défense.

⁸⁰⁴ Articles L. 4126-4 et L. 4121-2 du Code de la défense.

⁸⁰⁵ Article L. 4126-3 du Code de la défense.

⁸⁰⁶ Article L. 2132-3 du Code du travail.

⁸⁰⁷ Les articles 15 du décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 modifié et 18 du décret n° 64-260 du 14 mars 1964 modifié excluent l'application des dispositions de l'article 8 de la loi n° 83-634, portant droits et obligations des fonctionnaires, aux préfets et aux sous-préfets.

L'interdiction générale et absolue de la liberté syndicale semble justifiée par la nature des tâches à accomplir par le corps préfectoral, lequel ne matérialise rien d'autre que l'État lui-même, dans sa forme déconcentrée. Aussi la contiguïté entre ces Hauts fonctionnaires et le Gouvernement en place, inhérente aux fonctions exercées par le corps préfectoral, rend-elle, à notre sens, impossible l'application du droit syndical tel qu'issu du Code du travail.

234. D'une part, les règles issues du droit du travail comme de la fonction publique font de l'indépendance, qui s'entend tant vis-à-vis de l'employeur que d'un parti politique, l'un des critères de l'existence même du syndicat⁸⁰⁸. Or, en raison de l'obligation de loyauté qui lui incombe, le corps préfectoral ne peut acquérir cette indépendance vis-à-vis de l'État employeur et du président de la République. En effet, les préfets et les sous-préfets sont nommés par décret du président de la République en conseil des ministres, sur la proposition du Premier ministre et du ministre de l'Intérieur⁸⁰⁹. Le siège de l'Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur (ACPHFMI) se situe d'ailleurs au ministère de l'Intérieur lui-même, ce qui illustre encore la contiguïté entre ces hauts fonctionnaires et le gouvernement.

235. D'autre part, le Code du travail dresse un certain nombre d'incompatibilités syndicales qui pèsent sur le salarié dont la situation personnelle conduit à l'assimiler à l'employeur. La Cour de cassation juge ainsi que ne peuvent exercer un mandat de représentation les salariés qui soit disposent d'une délégation écrite particulière d'autorité leur permettant d'être assimilés au chef d'entreprise, soit représentent effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel⁸¹⁰. L'article L. 2314-19 du Code du travail exclut également l'éligibilité et la qualité d'électeur des proches de l'employeur. Au présent cas, l'assimilation du corps préfectoral à l'État employeur devrait faire obstacle à une représentation collective entendue sous le prisme du droit syndical. Il est difficilement imaginable que le corps préfectoral puisse, d'un côté, représenter l'État et les intérêts de ce dernier et, de l'autre, représenter ses intérêts propres à l'encontre de l'État. Autrement dit, le corps préfectoral ne peut pas être à la fois le garant de l'État et son pourfendeur. Pour ces

⁸⁰⁸ Article L. 2121-1 du Code du travail et article 9 bis de la loi du 13 juillet 1983 tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010.

⁸⁰⁹ Article 1 du décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 modifié fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets et article 2 du décret n° 64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets.

⁸¹⁰ Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 02-60.684 ; Cass. soc., 29 juin 2005, n° 04-60.093, *Bull.*, V, n° 228 ; Cass. soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.595, *Bull.*, V, n° 176 ; Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 11-12.954 ; Cass. soc., 15 octobre 2015, n° 14-25.680.

raisons, la reconnaissance du droit syndical au profit des préfets et sous-préfets ne nous semble ni opportune, ni matériellement possible.

B) La légalité de l'interdiction du syndicalisme en question

236. La légalité de cette interdiction doit être analysée au regard des normes constitutionnelles mais également internationales. En l'état actuel du droit positif, seules les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme nous semblent pouvoir être utilement mobilisées au service d'une reconnaissance d'un droit syndical au profit toutefois des seuls militaires.

237. La nécessaire conciliation des normes constitutionnelles. À la différence de l'alinéa 7 qui reconnaît le droit de grève sous réserve qu'il s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent⁸¹¹, l'alinéa 6 du Préambule de 1946 proclame le droit de se syndiquer de façon très générale. Est-ce à dire que la liberté syndicale ne devrait souffrir d'aucune restriction au sein des services publics⁸¹²? La réponse doit être négative tant il est acquis qu'aucune liberté n'est absolue et que certaines restrictions sont rendues nécessaires par l'exercice d'autres droits ou libertés. À cet égard, l'objectif de valeur constitutionnelle⁸¹³ tenant au maintien de l'ordre public (au sens de la sécurité des personnes et des biens) permet simultanément de limiter ou de protéger les droits et libertés constitutionnels⁸¹⁴. Cet objectif s'adresse au législateur à qui revient la tâche de fixer les règles assurant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques⁸¹⁵. Sa marge de manœuvre est d'autant plus grande que le Conseil constitutionnel exerce en la matière un simple contrôle de proportionnalité.

Au cas présent, le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi *a priori* ou *a posteriori* de l'examen des lois interdisant aux corps préfectoral et militaire de se syndiquer. À notre sens, cette interdiction générale et absolue pourrait être déclarée conforme à la Constitution en raison des troubles à l'ordre public que pourrait entraîner toute contestation syndicale de

⁸¹¹ « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. »

⁸¹² En ce sens, R. CHRISTIEN, *Pratique du dialogue social, droit syndical, droit de grève dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1997, pp. 35-40 ; D. LOSCHAK, « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, pp. 85-93.

⁸¹³ DC n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 6.

⁸¹⁴ Sur la notion, voir P. DE MONTALIVET, Les objectifs de valeur constitutionnelle, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006.

⁸¹⁵ En vertu de l'article 34 de la Constitution.

l'autorité hiérarchique. C'est en tout cas ce que nous incite à penser la position adoptée par le Conseil constitutionnel à l'égard de ces mêmes personnels, privés du droit de grève en raison du risque porté sur la satisfaction des besoins essentiels de la Nation⁸¹⁶. Dans ces conditions, la seule liberté d'association professionnelle reconnue aux personnels des armées et du corps préfectoral pourrait apparaître comme une conciliation raisonnable des normes constitutionnelles en cause. Une avancée pourrait alors être recherchée du côté des différentes normes internationales garantissant la liberté syndicale.

238. Le droit de l'Organisation Internationale du Travail doit être rapidement écarté. En effet, si la convention n° 87 reconnaît le bénéfice de la liberté syndicale à tous les « *travailleurs et employeurs, sans distinction d'aucune sorte* », c'est à l'exception des « *forces armées* » et « *de la police* » dont « *la mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention [leur seront appliquées] sera déterminée par la législation nationale* »⁸¹⁷. Il en va de même des « *agents de niveau élevé dont les fonctions sont normalement considérées comme ayant trait à la formulation des politiques à suivre ou à des tâches de direction ou aux agents dont les responsabilités ont un caractère hautement confidentiel* » visés par la Convention OIT n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique⁸¹⁸, laquelle, au demeurant, n'a pas été ratifiée par la France.

239. L'intérêt limité de la Charte sociale européenne. En effet, l'article 5 de la Charte garantit le droit syndical mais ajoute que « *le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminées par la législation ou la réglementation nationale* ». C'est la raison pour laquelle, dans une décision du 4 décembre 2000, le Comité européen des droits sociaux a considéré que les États pouvaient apporter toute restriction, y compris « *la suppression intégrale de la liberté syndicale des membres des forces armées* »⁸¹⁹. La plénitude de compétence laissée au législateur national pourrait toutefois être amenée à disparaître. Dès 2006, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a invité les États à « *autoriser les membres des forces armées à s'organiser dans des associations professionnelles représentatives ou des syndicats ayant le droit de négocier sur des questions*

⁸¹⁶ Voir *infra*, section 2.

⁸¹⁷ Articles 2 et 9 de la Convention OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

⁸¹⁸ Article 1 de la Convention n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique, 1978.

⁸¹⁹ CEDS, 4 décembre 2000, sur le bien-fondé de la réclamation 2/1999, § 28.

concernant les salaires et les conditions de travail »⁸²⁰, invitation qui a été réitérée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 2010⁸²¹. En outre, le Comité européen des droits sociaux a récemment admis la recevabilité d'un recours déposé par l'association EUROMIL (*European Organisation of Military Associations*) contre l'Irlande⁸²². Au soutien de son recours, la requérante faisait valoir que l'interdiction de participer à des manifestations nationales à caractère politique et l'interdiction de négocier collectivement pesant sur les personnels militaires irlandais étaient contraires aux articles 5 et 6 de la Charte.

240. La mobilisation incertaine de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'outil susceptible de promouvoir le plus efficacement la liberté syndicale au sein des fonctions régaliennes de l'État semblerait être l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, lequel reconnaît, en son alinéa premier, à « toute personne » le droit d'association, « y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » notamment professionnels. L'alinéa second admet néanmoins que « des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ». De manière classique, ces restrictions doivent répondre à trois conditions : elles doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaires dans une société démocratique.

Par deux arrêts *Matelly et Adefdromil* du 2 octobre 2014⁸²³, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé incompatibles avec l'article 11 de la Convention l'interdiction faite aux militaires français de créer et d'adhérer à tout groupement ayant pour but la défense de leurs intérêts professionnels et, corrélativement, l'irrecevabilité des recours contentieux émanant d'un tel groupement. Ces deux arrêts portaient respectivement sur l'affaire *Matelly*, du nom de l'officier de gendarmerie fondateur et promoteur d'une association dénommée « *Forum gendarmes et citoyens* » et ouverte aux gendarmes en activité, et sur l'affaire de l'Association de Défense des Droits des Militaires (*ADEFDROMIL*), créée par deux militaires pour « *l'étude et la défense des droits, des intérêts matériels, professionnels et moraux, collectifs ou individuels, des militaires* ».

⁸²⁰ Recommandation n° 1742 sur les droits de l'Homme des membres des forces armées adoptée par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 11 avril 2006 (point 9.1).

⁸²¹ Recommandation CM/Rec (2010) 4 du Comité des ministres sur les droits de l'Homme des membres des forces armées du 24 février 2010 (point 54).

⁸²² CEDS, 30 juin 2015, *European Organisation of Military Associations (EUROMIL) v/ Ireland*, décision sur la recevabilité de la réclamation n° 112/2014.

⁸²³ CEDH, 2 octobre 2014, *Adefdromil c/ France* (n° 32191/09) et *Matelly c/ France*, (n° 10609/10).

La Cour européenne a suivi un raisonnement en deux temps⁸²⁴. Elle a tout d'abord relevé la rédaction du paragraphe 2 de l'article 11, qui « *n'exclut aucune catégorie professionnelle* »⁸²⁵. Puisque les forces armées sont explicitement visées parmi les catégories professionnelles pour lesquelles l'exercice du droit syndical peut faire l'objet de « *restrictions légitimes* », c'est bien *a contrario* que le droit lui-même existe au bénéfice de ces personnels. Ensuite, les « *restrictions légitimes* » visées au paragraphe 2 sont d'interprétation stricte et doivent se limiter à l'exercice des droits en question : elles ne sauraient donc « *porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser* »⁸²⁶. La Cour européenne en a logiquement déduit que si « *la spécificité des missions incombant aux forces armées exige une adaptation de l'activité syndicale* », de sorte que « *des restrictions, même significatives, peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent* », ces restrictions ne sauraient priver les militaires et leurs syndicats du « *droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux* »⁸²⁷. En conséquence, l'interdiction pure et simple de constituer une association professionnelle ou un syndicat, alors prévue à l'article L. 4121-4 du Code de la défense, a été jugée contraire aux stipulations de l'article 11 de la Convention.

Ce faisant, la Cour européenne a considérablement restreint la marge nationale d'appréciation s'agissant du droit applicable aux forces armées. Cette incursion dans un domaine intrinsèquement lié à la souveraineté des États a été critiquée, notamment en ce qu'elle « *porte atteinte à des intérêts majeurs de l'État* »⁸²⁸. Telle était d'ailleurs l'opinion dissidente formulée par deux juges de la Cour européenne, selon laquelle il convenait d'encadrer le droit d'association afin d'assurer le maintien de l'opérabilité des forces armées⁸²⁹.

⁸²⁴ Voir les analyses d'A. ZARCA, « L'Europe des droits de l'Homme et la liberté syndicale des militaires », *AJFP*, 2015.42 ; Voir égal. A. TAILLEFAIT, « Militaires : restez groupés ! », *AJDA*, 2014, p. 1969.

⁸²⁵ CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, précité, § 56.

⁸²⁶ CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, précité, § 57.

⁸²⁷ CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, précité, § 71.

⁸²⁸ G. DRAGO, Audition par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale du 12 novembre 2014.

⁸²⁹ Voir l'opinion séparée formulée par le juge DE GAETANO, à laquelle se rallie la juge POWER-FORDE. Selon le premier, « *l'article L. 4121.4 du Code de la défense et la jurisprudence du Conseil d'État [...] ont en pratique pour effet combiné de proscrire totalement tous les groupes professionnels ou associations de membres de la gendarmerie [...], car ils sont ipso facto regardés comme des groupements ou associations "à caractère syndical"* ». Il considère, en référence à la décision *Demir et Baykara c/ Turquie*, qu'« *il y a là effectivement une interdiction large et générale qui vide de sa substance même le droit pour les membres de la gendarmerie de s'organiser de manière à promouvoir et défendre leurs intérêts* ». Pour autant, ajoute-t-il, on ne doit pas « *interpréter les paragraphes 56 à 58 de l'arrêt, et*

241. Pour autant, si la Cour européenne a explicitement appelé à « *la reconnaissance au profit des militaires d'une liberté d'association, laquelle comprend le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier* »⁸³⁰, il n'est pas certain qu'elle ait voulu imposer au législateur un syndicalisme de lutte tel qu'il est entendu dans sa conception française. En effet, l'article 11 garantit aux militaires le droit d'être écouté et de défendre leurs intérêts professionnels, peu important alors que l'organe reconnu par la loi soit nommé syndicat, organisme, ou association. C'est en tout cas l'interprétation que le législateur a choisi de retenir de ces arrêts puisque la loi du 28 juillet 2015⁸³¹ n'a pas supprimé l'interdiction faite aux militaires en activité d'adhérer à des groupements à caractère syndical et s'est bornée à leur reconnaître le seul droit de créer et d'adhérer librement à des « *associations professionnelles nationales de militaires* » (ci-après APNM), associations dépourvues de tout caractère revendicatif de nature à remettre en cause la toute-puissance du principe hiérarchique au sein des armées.

242. La conventionnalité discutable du dispositif mis en place par la loi du 28 juillet 2015.

Si la Cour européenne a explicitement appelé à « *la reconnaissance au profit des militaires d'une liberté d'association, laquelle comprend le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier* », elle a toutefois précisé que « *des restrictions, mêmes significatives, peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association*

surtout le paragraphe 70, comme signifiant que les membres des forces armées ou de la police [...] ont nécessairement le droit de former un syndicat ou d'y adhérer ». Remarquant qu'« *il est très difficile, sinon impossible, de concilier l'action revendicative et les rôles et fonctions des membres des forces armées et des forces de police* », le juge souligne que « *le droit de former un syndicat et d'y adhérer n'est pas un droit spécial et indépendant : il ne s'agit que d'un aspect du droit plus large à la liberté d'association garanti par l'article 11 § 1. L'expression "pour la défense de ses intérêts" tout à la fin de l'article 11 § 1 renvoie à la finalité particulière d'une association de ce type, à savoir protéger les intérêts professionnels ou sociaux de ses membres, et aide à distinguer celle-ci, généralement appelée "syndicat", des autres associations de nature politique, religieuse, sociale, académique, philanthropique, etc. Autrement dit, ce qui est important, ce n'est pas la dénomination de telle ou telle association [...], mais sa fonction et sa capacité à gérer les intérêts professionnels ou sociaux de ses membres. Dès lors qu'une association a pour but (ou parmi l'un de ses buts) de gérer ou promouvoir les intérêts professionnels ou sociaux des membres des forces armées ou de la police, elle n'a pas besoin d'être un syndicat pour satisfaire aux exigences de l'article 11 § 1.* » En ce sens, voir également l'audition de M. GOHIN par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale du 12 novembre 2014.

⁸³⁰ CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, n° 10609/10, cons. 70. Elle poursuit : « *La Cour est consciente de ce que la spécificité des missions incombant aux forces armées exige une adaptation de l'activité syndicale qui, par son objet, peut révéler l'existence de points de vue critiques sur certaines décisions affectant la situation morale et matérielle des militaires. Elle souligne à ce titre qu'il résulte de l'article 11 de la Convention que des restrictions, mêmes significatives, peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent. De telles restrictions ne doivent cependant pas priver les militaires et leurs syndicats du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux.* »

⁸³¹ Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.

professionnelle et des militaires qui y adhèrent », compte tenu de la « *spécificité des missions incombant aux forces armées* », qui « *exige une adaptation de l'activité syndicale qui, par son objet, peut révéler l'existence de points de vue critiques sur certaines décisions affectant la situation morale et matérielle des militaires* »⁸³².

En outre, si la jurisprudence de la Cour européenne implique de permettre aux militaires de créer et d'adhérer à des groupements ayant pour objet la protection de leurs droits et de leurs intérêts matériels et moraux et, d'autre part, de reconnaître à ces organismes le droit d'agir en justice pour défendre ces droits et intérêts, rien n'impose au législateur de qualifier ces organismes de syndicat au sens de l'article L. 2131-1 du Code du travail et de leur appliquer le même régime⁸³³. La Cour européenne a déjà affirmé que l'article 11 ne requiert pas un traitement particulier des syndicats et laisse aux États le libre choix des moyens à employer pour garantir « *leur droit à être entendus* »⁸³⁴. Or, ce droit ne passe pas nécessairement par la reconnaissance du droit syndical au sens du Code du travail, lequel implique un très large droit de critique qui se heurte frontalement au pouvoir hiérarchique prééminent au sein des armées. En effet, l'admission d'une contestation de type « *purement* » syndical remettrait en cause les principes mêmes de la discipline militaire⁸³⁵. À première vue, le seul droit d'association professionnelle reconnu par la loi pourrait donc sembler suffisant pour garantir aux militaires le droit à être entendus.

Toutefois, la loi du 28 juillet 2015 n'a autorisé à siéger au Conseil supérieur de la fonction militaire que les seules APNM reconnues représentatives d'« *au moins trois*

⁸³² CEDH, 2 octobre 2014, *Matelly c/ France*, n° 10609/10, cons. 70. Elle poursuit : « *La Cour est consciente de ce que la spécificité des missions incombant aux forces armées exige une adaptation de l'activité syndicale qui, par son objet, peut révéler l'existence de points de vue critiques sur certaines décisions affectant la situation morale et matérielle des militaires. Elle souligne à ce titre qu'il résulte de l'article 11 de la Convention que des restrictions, mêmes significatives, peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent. De telles restrictions ne doivent cependant pas priver les militaires et leurs syndicats du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux.* »

⁸³³ Notamment les critères de représentativité fixés à l'article L. 2121-1 du Code du travail.

⁸³⁴ CEDH, 25 septembre 2012, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic c/ Slovaquie*, n° 11828/08 : « *Article 11 § 1 presents trade union freedom as one form or a special aspect of freedom of association. It safeguards freedom to protect the occupational interests of trade union members by trade union action, the conduct and development of which the Contracting States must both permit and make possible. A trade union must thus be free to strive for the protection of its members' interests and the individual members have the right that the trade union be heard in order to protect those interests. Article 11 does not, however, require any particular treatment of trade unions or their members and leaves each State a free choice of the means to be used to secure their right to be heard.* » (§ 54).

⁸³⁵ G. DRAGO, Audition par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale du 12 novembre 2014.

forces armées et de deux formations rattachées »⁸³⁶. On peut penser que peu d'associations seront en mesure de remplir cette condition et pourront ainsi participer au dialogue social au sein des armées. Dans ces conditions, on ne saurait prétendre que le nouveau dispositif garantisse de manière effective aux militaires le droit « à être entendus » par leur hiérarchie – droit protégé par l'article 11 de la Convention – et ce d'autant plus qu'aucune des évolutions jurisprudentielles et législatives précédemment analysées n'a affecté le droit individuel d'expression (ou plutôt l'absence de droit) des militaires⁸³⁷, qu'ils soient membres ou non d'une association nationale de militaires. En effet, l'article L. 4121-2 du Code de la défense énonce ainsi que les opinions ou croyances des militaires ne peuvent « être exprimées qu'en dehors du service et avec la réserve exigée par l'état militaire ». Or, le législateur n'a jamais précisé l'intensité de cette réserve, laissant les autorités hiérarchiques libres de toute appréciation, sous le contrôle *a posteriori* et nécessairement empirique du juge administratif⁸³⁸.

243. Bilan de section. La reconnaissance du droit syndical en 1946 a octroyé aux agents de la fonction publique des moyens d'actions et de pressions collectives dont disposaient les salariés du secteur privé dès 1884. Toutefois, si le principe hiérarchique a corrélativement perdu de sa rigueur, il n'a pas pour autant disparu et peut entraver le fait syndical. Le devoir d'obéissance et le devoir de réserve, qui sont autant de manifestations de l'autorité hiérarchique au sein de la fonction publique, peuvent restreindre l'exercice des prérogatives syndicales. Plus encore, l'organisation hiérarchique propre à certains corps de fonctionnaires exerçant des fonctions de souveraineté étatique (préfectorale et militaire) s'oppose à la reconnaissance même de l'action syndicale en leur sein. On peut en déduire que l'idée que les agents publics puissent avoir des revendications corporatistes à faire valoir l'égard de l'État, garant de l'intérêt général, n'est pas totalement acquise, ne le sera probablement jamais et ce d'autant plus au sein des activités régaliennes.

Pour autant, la reconnaissance de la liberté syndicale au bénéfice d'une immense majorité de fonctionnaires leur a transmis l'esprit de lutte et de revendication inhérent à toute action syndicale. Cette nouvelle puissance, pleinement intégrée par les syndicats de fonctionnaires, a été amplifiée par la reconnaissance simultanée du droit de grève. À compter de 1946, les

⁸³⁶ Dans la limite du tiers du total des sièges cependant. Voir les articles L. 4124-1, L. 4126-8 et L. 4126-9 du Code de la défense.

⁸³⁷ Sur ce sujet, voir not. J.-H. MATELLY, « L'incertaine liberté critique du militaire », *AJDA*, 2005, p. 2156 ; C. BACCHETTA, *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?*, Paris, Economica, 2004.

⁸³⁸ Voir *infra*, n° 284 et s. (liberté d'expression du fonctionnaire).

fonctionnaires ont donc été dotés dans leurs rapports avec leurs employeurs des mêmes moyens de pression que les salariés du secteur privé. La puissance publique doit désormais compter avec ce nouveau rapport de force, potentiellement de nature à gêner le bon fonctionnement du service public.

SECTION 2. L'ARTICULATION ENTRE DROIT DE GRÈVE ET CONTINUITÉ DES SERVICES PUBLICS

244. À première vue, l'usage de la grève apparaît en contradiction directe avec la notion de service public. En effet, « si les pouvoirs publics ont jugé utile de prendre en charge une activité, c'est parce qu'il y a un besoin impérieux à satisfaire. Il serait inconcevable que l'Administration n'assure pas la satisfaction de ce besoin en faisant fonctionner le service par à-coups, en permettant des interruptions dans la marche du service. »⁸³⁹ Sauf à admettre un État à éclipse⁸⁴⁰, le principe de continuité, inhérent à l'existence même de l'État et ayant acquis valeur constitutionnelle⁸⁴¹, ne saurait donc souffrir d'une interruption du service du fait d'une cessation de travail concertée des personnels. Concept jurisprudentiel avant tout, le principe de continuité du service public a d'ailleurs été dégagé dans le seul dessein de « remédier » à la grève des agents de l'État⁸⁴². Seulement, le droit de grève est un droit dont l'usage est également constitutionnellement protégé et l'on sait que la seule grève efficace est la grève gênante pour le public⁸⁴³. En cas de conflit collectif, le rapport de forces en présence s'accommode donc mal de formalités de nature à ménager les intérêts des usagers du service public⁸⁴⁴. Pour l'ensemble de ces raisons, l'usage du droit de grève au sein des services publics a nécessité la construction d'un régime juridique exorbitant du droit commun, prenant en compte les divers intérêts en présence.

245. Un encadrement inabouti du droit de grève au sein des services publics. La progressive reconnaissance du droit de grève aux agents de l'État (§ 1) s'est accompagnée d'une

⁸³⁹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 1^{ère} éd., 1971, p. 41.

⁸⁴⁰ Conclusions GAZIER, sur CE, 7 juillet 1950, *Dehaene, Lebon* p. 426.

⁸⁴¹ DC, 25 juillet 1979, n° 79-105, *Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. 1 ; DC, 18 septembre 1986, n° 86-217, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 78 ; DC, 16 août 2007, n° 2007-556, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 10.

⁸⁴² M. COURRÈGES, *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, préf. D. BAILLEUL, Anne Rideau Éd., 2015, not. p. 35 et s.

⁸⁴³ En ce sens, G. LYON-CAEN, « Le droit de grève des fonctionnaires », *Dr. ouvr.*, 1952, p. 1-3, spéc. note 1.

⁸⁴⁴ En ce sens, A. RAMIN, « La grève dans les services publics en France : quelques réflexions sur la situation de l'utilisateur », *Dr. soc.*, 1985, p. 33, spéc. p. 40.

restriction de l'usage de la grève, ou de ses modalités, au sein des services publics (§ 2). En fin de compte, l'encadrement du droit de grève au sein des services publics semble inabouti. Les divers textes existants, parcellaires ou trop anciens, ne permettent pas de résorber le déséquilibre persistant tant les moyens juridiques mis à disposition des autorités gestionnaires semblent inappropriés ou inefficaces à assurer la continuité du service public. Une refonte globale apparaît nécessaire. Pour cela, il conviendrait avant tout d'identifier les services publics qui, indispensables à la population, ne peuvent souffrir une interruption résultant d'une grève de ses agents. À notre sens, seuls ces derniers devraient être soumis à un régime dérogatoire, établi en fonction de la singularité du service en cause. À défaut de répondre à un besoin essentiel de la nation, les autres activités devraient, à notre sens, relever du régime commun de la grève.

§ 1. La reconnaissance progressive du droit de grève des fonctionnaires

246. Le droit de grève a longtemps été prohibé (A), avant d'être reconnu au bénéfice d'une majorité de fonctionnaires, à l'exception de certains secteurs soumis à une exigence de continuité accrue (B).

A) Le temps de la prohibition

247. Durant le 19^{ème} siècle, ni la grève des fonctionnaires ni celle des salariés n'étaient tolérées. La cessation collective du travail était une infraction pénale très durement sanctionnée, en application de la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 et du Code pénal de 1810, lequel interdisait les coalitions ouvrières (les grévistes encourant des peines d'emprisonnement d'un à trois mois de prison et les meneurs de peines de deux à cinq ans⁸⁴⁵) et les coalitions de fonctionnaires (les grévistes encourant en sus de peines d'emprisonnement des sanctions allant de la dégradation civique au bannissement⁸⁴⁶).

La loi du 25 mai 1864 supprimant le délit de coalition des ouvriers n'a fait accéder à la licéité que la grève des travailleurs du secteur privé. Jusqu'à la fin de la III^{ème} République, les fonctionnaires grévistes ont continué de faire l'objet de poursuites devant les juridictions

⁸⁴⁵ Article 415 du Code pénal.

⁸⁴⁶ Articles 123 à 126 du Code pénal.

répressives⁸⁴⁷. Cette sévérité s'expliquait par la place occupée par le principe de la continuité du service public. Le considérant de l'arrêt *Winkell* rendu par le Conseil d'État le 7 août 1909, à l'occasion de la première grande grève des Postes pour laquelle de cinq à six cents agents furent révoqués, est à cet égard éloquent :

« La grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite [...] que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale. Qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats [i.e. les révocations des grévistes]. »⁸⁴⁸

Cette position fut largement partagée par la doctrine publiciste du début du 20^{ème} siècle⁸⁴⁹. Le recours à la grève paraissait inconcevable car contraire aux principes mêmes de la fonction publique, fondée sur l'ordre (napoléonien puis républicain), la hiérarchie, la soumission et une discipline quasi militaire⁸⁵⁰. ROLLAND rejetait ainsi la « *subordination de l'intérêt général à*

⁸⁴⁷ Voir not. Tribunal correctionnel de la Seine, 4 décembre 1934, *Dalloz*, 1935-2-57, note WALINE, cité par R. CHRISTIEN, *Pratique du dialogue social, Droit syndical, droit de grève dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1997, p. 270.

⁸⁴⁸ CE, 7 août 1909, *Lebon*, pp. 826 et 1296, concl. TARDIEU.

⁸⁴⁹ Voir not. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3^{ème} éd., rééd. Dalloz 2004, p. 246 ; L. DUGUIT quant à lui, considérait la grève du fonctionnaire comme « *une violation parfaitement caractérisée de la loi du service, par conséquent un fait illicite, et constitue une faute disciplinaire grave. C'est même un crime. [Les fonctionnaires en grève] commettent le plus grave des attentats à la vie collective elle-même.* » (*Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^{ème} éd., 1929, De Boccard, p. 219 et s.). On notera que l'opinion de la doctrine civiliste n'était guère différente. M. PLANIOL considérait ainsi que « *la grève est un droit contraire au Droit.* » *D.*, 1894, p. 441, cité par J.-E. RAY, « *Droit public et droit social en matière de conflits collectifs* », *Dr. soc.*, 1991, p. 220.

⁸⁵⁰ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, 1991, Sirey, p. 54, n° 137.

l'intérêt particulier des agents, ce qui est inadmissible »⁸⁵¹ ainsi que tout manquement à la loi essentielle de la continuité du service public, sans laquelle il n'est plus⁸⁵². Le Conseil d'État confirma sa jurisprudence à plusieurs reprises sur le fondement du principe hiérarchique auquel est soumis le fonctionnaire⁸⁵³, puis sur le fondement plus large du contrat de droit public⁸⁵⁴. Le juge administratif se calquait ainsi sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la grève avait pour effet de rompre le contrat de travail.

Cette position, qui semble aujourd'hui particulièrement dure, doit être replacée dans son contexte. En effet, au début du 20^{ème} siècle, la notion de service public visait avant tout les services régaliens de l'État, encore cantonné à un rôle d'« État gendarme », c'est-à-dire les services visant à assurer les besoins vitaux de la nation et qui ne sauraient souffrir d'interruption, pas même temporaire. Pour autant, le mouvement de diversification des services publics n'avait guère fait évoluer l'opinion doctrinale majoritaire puisque JÈZE écrivait encore en 1930 : « *La grève des agents au service public proprement dits constitue toujours, quelles que soient les circonstances, une faute grave. Grève et service public sont des notions antinomiques. La grève est le fait qui subordonne le fonctionnement d'un service public, c'est-à-dire la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, aux intérêts particuliers des agents. Quelque respectables que soient ces intérêts particuliers, ils ne peuvent pas l'emporter sur l'intérêt général représenté par le service public. Le régime du service public repose sur la suprématie de l'intérêt général. La grève est donc, de la part des agents du service public, un fait illicite, une faute disciplinaire.* »⁸⁵⁵

La jurisprudence du Conseil d'État a acquis une base légale avec le gouvernement de Vichy. L'article 17 du statut des fonctionnaires du 14 septembre 1941 disposait ainsi que « *tout acte d'un fonctionnaire portant atteinte à la continuité indispensable à la marche normale du service public qu'il a reçu pour mission d'assurer constitue le manquement le plus grave à ses devoirs essentiels. Lorsqu'un acte de cette nature résulte d'une action collective ou*

⁸⁵¹ L. ROLLAND, *RDP*, 1909, 287 et 1910, 504.

⁸⁵² L. ROLLAND, *RDP*, 1910, 750.

⁸⁵³ CE, 6 août 1910, *Amalric et autres*, *Lebon* p. 720 ; CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit et autres*, *Lebon* p. 302 ; CE, 24 juin 1921, *Nos et autres*, *Lebon* p. 620. S'agissant même d'une société d'économie mixte, le Conseil d'État avait jugé que l'appel à la grève était incompatible avec la qualité d'administrateur (CE, 18 avril 1947, *Jarrigion*, *Lebon* p. 148).

⁸⁵⁴ CE, 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire*, *Lebon*, p. 843, par lequel le Conseil d'État a jugé qu'« *en se mettant en grève, les agents préposés au service public ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés afin de garantir l'exercice des droits qui leur appartiennent à l'égard de la puissance publique.* »

⁸⁵⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, 3^{ème} éd., rééd. Dalloz 2004, p. 246.

*concertée, il a pour effet de priver le fonctionnaire des garanties prévues par le présent statut en matière disciplinaire. »*⁸⁵⁶

Malgré tout, devant la banalisation de la condition des fonctionnaires, qui rejoignait celle des ouvriers ou des employés, les grèves de fonctionnaires ont continué à se multiplier. Parallèlement au mouvement syndical qui affirmait sa puissance, la reconnaissance du droit de grève aux agents du service public devenait alors inévitable.

B) Le temps de la conciliation

248. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires⁸⁵⁷ a reconnu la liberté syndicale dans la fonction publique mais resta muette sur la question du droit de grève⁸⁵⁸.

En outre, la question se posait de savoir si la formule elliptique du Constituant reconnaissant l'existence du droit de grève « *dans le cadre des lois qui le réglementent* » concernait également les fonctionnaires. Seule la Cour de cassation avait alors modifié sa jurisprudence pour admettre que la grève ne constituait qu'une suspension du contrat de travail⁸⁵⁹. Deux thèses s'opposaient alors. Les tenants d'une conception restrictive de l'alinéa 7 considéraient que les fonctionnaires devaient être privés du droit de grève en raison du rejet par le peuple français de la première version de la Constitution d'avril 1946 qui reconnaissait le droit de grève « *à tous* » et ce, jusqu'à l'adoption d'une loi spécialement applicable à la fonction publique. Les tenants d'une conception extensive de l'alinéa 7 se fondaient sur le caractère général de l'affirmation du Constituant et sur la reconnaissance de la liberté syndicale impliquant nécessairement, selon eux, celle du droit de grève, pour reconnaître un tel droit aux fonctionnaires⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ L. 14 sept. 1941, art. 17, D.A. 1941.483, abrogée par Ord. 9 août 1944, D.A. 1944.90, portant rétablissement de la légalité républicaine. Nonobstant la particularité du contexte dans lequel ils ont été émis, ces termes ne sont pas sans rappeler ceux du commissaire TARDIEU sous l'arrêt *Winkell* précité : « *La grève, en rompant tous les liens qui les unissent à l'État, affranchit l'État de l'obligation d'observer envers ses agents en grève les formes qu'il a édictées pour la protection de ses fonctionnaires, et que, dans un pays comme la France, il n'y a pas d'autres voies pour faire valoir ses griefs que les voies légales.* » (Lebon, 1909, p. 1296). On soulignera toutefois que la Charte du Travail en vigueur sous le régime de Vichy interdisait également la grève aux salariés du commerce et de l'industrie.

⁸⁵⁷ Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* n° 0246 du 20 octobre 1946.

⁸⁵⁸ Il faut attendre la loi de 1983 pour que le droit de grève des fonctionnaires soit explicitement reconnu par le législateur.

⁸⁵⁹ Cass. civ. 28 juin 1951, *Maiseries de la Méditerranée*, D. 1951.542.

⁸⁶⁰ En ce sens, G. LYON-CAEN, « Le droit de grève des fonctionnaires », *Dr. ouvr.*, 1952, pp. 1-3.

Ce débat fut tranché par l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950⁸⁶¹ par lequel le Conseil d'État infirma sa jurisprudence antérieure et reconnut le droit de grève au bénéfice des agents publics sous la réserve générale des nécessités du service public. Il nous semble ici utile de reproduire des extraits des conclusions du commissaire du Gouvernement GAZIER ainsi que de la décision rendue par la Haute juridiction dans cette affaire.

249. Le commissaire du Gouvernement GAZIER rejeta tout d'abord l'opportunité de maintenir l'interdiction absolue de toute grève de fonctionnaires en ces termes :

« Ce serait sur cette question fondamentale du droit de grève opposer radicalement les agents du service public aux salariés de droit commun alors que toute l'évolution de ces dernières années tend à les rapprocher et pour ce motif de plus démenti par les faits que la présence au travail des premiers seuls et non des autres importerait à la continuité de la vie nationale. On l'a assez fait observer ces dernières années : la grève des boulangers ou celle des laitiers affecte plus la vie de la Nation que celle des gardiens de musées ou des conservateurs des hypothèques [...]. Mais le maintien de notre ancienne jurisprudence aurait surtout le grand tort, à nos yeux, de consacrer un divorce fondamental entre le droit et les mœurs, entre la règle et la réalité. La grève est un fait qui traduit un besoin politique et social profond de notre époque [...]. Elle se généralise aujourd'hui dans tous les secteurs [...]. La grève des ouvriers et la grève des agents des services publics ne sont pas les seules formes que prenne de nos jours la grève : il y a celle des commerçants, des médecins, celle des contribuables, celle des électeurs... Pour s'en tenir aux seules grèves des fonctionnaires, elles deviennent de plus en plus fréquentes et banales. Le moraliste et le citoyen peuvent le déplorer. Le juge est tenu de le constater. Or, s'en tenir à une condamnation sans distinction de toute grève dans les services publics, n'est-ce point prescrire une pure interdiction de principe, qui, de par son absolutisme, perd toute vertu contraignante ? »

Mais la reconnaissance de la licéité des grèves dans les services publics par une assimilation du fonctionnaire au travailleur du secteur privé n'emporta pas non plus son adhésion :

⁸⁶¹ CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Lebon* p. 426, *Rev. Dr. Publ.*, 1950.691 et *Dr. soc.*, 1950, p. 317, concl. GAZIER.

« La solution intégralement libérale, [...] qui consisterait à reconnaître le libre exercice du droit de grève aux agents des services publics comme à tous les autres travailleurs, à la seule exception posée par la loi, du personnel de police, nous paraît impensable. Sans doute les syndicats se portent-ils forts – en paroles – d’assurer les services de sécurité indispensables pour empêcher en toute hypothèse qu’une grève dans les services publics ne dégénère en catastrophe nationale. Cette assurance, ils ne sont pas à même de la donner d’abord, car tous les fonctionnaires ne sont pas syndiqués et beaucoup débordent pendant les grèves la discipline syndicale. Mais surtout il n’est pas possible à l’État de l’accepter. Ce serait là signer sa démission. Le gouvernement seul et non pas les syndicats, organismes privés qu’ignore la Constitution, est responsable devant les représentants de la Nation de la bonne marche des services publics. Admettre sans restriction la grève des fonctionnaires ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme on l’a dit, consacrer officiellement la notion d’État à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes fondamentaux de notre droit public. »

Le commissaire du Gouvernement opta finalement pour une voie intermédiaire visant « à reconnaître que depuis l’entrée en vigueur de la Constitution la grève n’est plus nécessairement illicite dans les services publics, mais que, dans l’attente de la réglementation qu’il appartient au législateur d’édicter, l’autorité exécutive tire des nécessités du maintien de l’ordre public le pouvoir d’en limiter l’exercice sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir »⁸⁶².

250. C’est cette solution de compromis qu’a choisi d’entériner le Conseil d’État dans l’arrêt *Dehaene* :

« Considérant qu’en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que “le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent”, l’assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l’une des modalités, et la sauvegarde de l’intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;

⁸⁶² GAZIER, concl. sur CE, *Dehaene*, préc., *Rev. Dr. Publ.*, 1950.691 et *Dr. soc.*, 1950, p. 317.

Considérant que les lois des 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948, qui se sont bornées à soumettre les personnels des compagnies républicaines de sécurité et de la police à un statut spécial et à les priver, en cas de cessation concertée du service, des garanties disciplinaires, ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ;

Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;

Considérant qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale porterait une atteinte grave à l'ordre public ; que dès lors le gouvernement a pu légalement faire interdire et réprimer la participation des chefs de bureau de préfecture à la grève de juillet 1948. »

Autrement dit, si les fonctionnaires disposent du droit de grève à l'instar des autres travailleurs, ce droit doit être concilié avec d'autres principes (ordre public, intérêt général ou continuité du service public) dont le Conseil constitutionnel est par la suite venu préciser la valeur. Le législateur est compétent pour apporter au droit de grève « *les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* », ces limitations pouvant « *aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le bon fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays* »⁸⁶³. Sont ainsi privés du droit de grève les policiers⁸⁶⁴, les

⁸⁶³Conseil constit., 25 juillet 1979, , *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105 DC, cons. 1^{er} ; Conseil constit., 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC, cons. 7.

⁸⁶⁴Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, *JORF* du 29 septembre 1948.

personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire⁸⁶⁵, les CRS⁸⁶⁶, les militaires⁸⁶⁷, les magistrats de l'ordre judiciaire⁸⁶⁸ ou encore les agents du service des transmissions du ministère de l'Intérieur⁸⁶⁹. Il s'agit là de services régaliens de l'État, dont la moindre interruption serait de nature à entraîner de graves troubles à l'ordre public.

251. Ces restrictions semblent compatibles avec la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle admet traditionnellement que « *le droit de grève n'a pas de caractère absolu* », de sorte que « *le principe de la liberté syndicale [dont relève le droit de grève selon la Cour] peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État* ». Toutefois, des limites strictes sont posées. Cette restriction apportée aux libertés du travailleur doit être prévue par la loi et poursuivre un but légitime dans une société démocratique, de sorte que l'interdiction totale de l'usage de grève ne peut être étendue « *aux fonctionnaires en général* » ou « *aux travailleurs publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'État* »⁸⁷⁰. Des « *exigences plus sévères* » peuvent peser sur les policiers, les impératifs de sûreté publique et de défense de l'ordre justifiant une interdiction totale du droit de grève. Aux yeux de la Cour, la nécessité d'un service ininterrompu ainsi que « *le mandat armé qui caractérise les "agents de l'Autorité"* » et « *distingue ce collectif d'autres fonctionnaires tels que les magistrats ou les médecins* » justifient une limitation de leur liberté syndicale⁸⁷¹. Dans ces conditions, on ne peut que douter de la conformité de l'interdiction totale du droit de grève à laquelle sont soumis les magistrats français aux stipulations de l'article 11 de la Convention européenne⁸⁷².

252. En dehors de ces cas d'interdiction totale, il faut bien admettre que le législateur n'est que peu intervenu depuis 1946, ou bien de façon ponctuelle et lacunaire. L'intervention du

⁸⁶⁵ Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958, *JORF* du 7 août 1958.

⁸⁶⁶ Loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947, *JORF* du 28 décembre 1947.

⁸⁶⁷ Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, *JORF* du 14 juillet 1972.

⁸⁶⁸ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, *JORF* du 23 décembre 1958.

⁸⁶⁹ Loi n° 68-695 du 31 juillet 1968 de finances rectificative pour 1968.

⁸⁷⁰ CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*, n° 68959/01, § 32.

⁸⁷¹ CEDH, 21 avril 2015, *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) c/ Espagne*, n° 45892/09, § 38.

⁸⁷² Comme la Cour l'a rappelé, le paragraphe 2 de l'article 11 n'exclut aucune catégorie de travailleur du droit garanti par le paragraphe 1, et cite expressément les forces armées et la police parmi celles qui peuvent, tout au plus, se voir imposer par les États des « *restrictions légitimes* », sans pour autant que le droit à la liberté syndicale de leurs membres ne soit remis en cause (CEDH, 21 avril 2015, précité, § 29).

pouvoir exécutif sous le contrôle du juge administratif, a paradoxalement encouragé l'inertie du législateur⁸⁷³.

§ 2. L'encadrement inabouti du droit de grève au sein du service public

253. Une acception de la grève commune aux deux ordres de juridictions. Les juridictions des ordres judiciaire et administratif retiennent une définition commune de la grève, à savoir la « *cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* »⁸⁷⁴. Comme dans le secteur privé⁸⁷⁵, les mouvements illicites tels que la grève perlée⁸⁷⁶ ou la grève du zèle⁸⁷⁷ sont également disqualifiés. Les grèves pour un motif politique, longtemps prohibées, sont admises dès lors qu'elle est justifiée par des motifs d'ordre professionnel, tant dans le secteur privé⁸⁷⁸ que dans les services publics, *a fortiori* lorsque la revendication politique vise l'autorité publique ayant une incidence directe sur le fonctionnement du service⁸⁷⁹. La Cour de cassation a en effet jugé que la capacité de l'employeur à satisfaire les revendications des salariés est sans incidence sur la légitimité de la grève⁸⁸⁰. En outre, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications⁸⁸¹.

254. Le particularisme de la grève au sein du service public. En revanche, les modalités d'usage du droit de grève différent selon que le travailleur se trouve ou non au sein d'un service public, indifféremment de la nature publique ou privée de son employeur. En effet, le Conseil constitutionnel admet que la nécessité d'assurer la continuité du service public justifie que des atteintes soient apportées à l'exercice du droit de grève dans les services publics, dès

⁸⁷³ En ce sens, J.-E. RAY, « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *Dr. soc.*, 1991, p. 220, spéc. p. 221.

⁸⁷⁴ Voir A. MORIN-GALVIN, *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, LGDJ, 2013, spéc. pp. 483 et s.

⁸⁷⁵ Plus généralement sur le droit commun de la grève, voir G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2017, 31^{ème} éd., n° 1452 et s., pp. 1667 et s.

⁸⁷⁶ CE, 14 février 1992, n° 87210 ; CE, ass., 20 mai 1977, n° 01827.

⁸⁷⁷ CE, 21 septembre 1992, n° 93288, *T. Lebon*.

⁸⁷⁸ Cass. soc., 29 mai 1979, n° 78-40.553, *Bull.*, V, n° 464 ; Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-45.738, *Bull.*, V, n° 65.

⁸⁷⁹ CE, 23 juin 2004, n° 250294, mentionné aux tables (grève nationale pour la défense du service public et de la fonction publique) ; Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-17.802, *Bull.*, V, n° 169. En revanche, les grèves à caractère purement politique sont illicites : CE, 18 février 1955, *Bernot, Lebon* p. 97 ; CE, 8 février 1961, *Rousset, Lebon* p. 85 ; CE, 1^{er} février 1963, *Ministre des Armées c/ Sieur Audibert et autres, Lebon* p. 66.

⁸⁸⁰ Cass. soc., 23 octobre 2007, n° 06-17.802, *Bull.*, V, n° 169.

⁸⁸¹ Cass. soc., 2 juin 1992, n° 90-41.368, *Bull.*, V, n° 356.

lors qu'elles sont strictement proportionnées au but recherché. Sur ce fondement, le législateur est intervenu à plusieurs reprises, pour déterminer des modalités d'exercice du droit de grève spécifiques aux services publics (A), pour autoriser une riposte patronale exorbitante du droit commun (B) et enfin, pour imposer dans certains secteurs d'activité une continuité ou du moins une prévisibilité du service (C). Dans l'ensemble, le cadre juridique qui en résulte n'est ni abouti, ni cohérent, ni efficace. Les divers textes existants, parcellaires ou trop anciens, ne permettent pas de résorber un certain déséquilibre entre droit de grève des personnels et droits des usagers du service public. De plus, les moyens juridiques mis à disposition des autorités gestionnaires ne semblent pas toujours propres à assurer la continuité du service⁸⁸².

A) Des modalités d'exercice du droit de grève spécifiques aux services publics

255. Le particularisme du service public a contraint le législateur à fixer les modalités de participation à la grève au sein des services publics (1°). Cet arsenal législatif sommaire a été complété par les autorités administratives elles-mêmes eu égard aux impératifs propres à chaque service (2°).

1°) Un régime légal applicable à l'ensemble des services publics

256. Codifiées aux articles L. 2512-1 et suivants du Code du travail, les restrictions au droit de grève au sein du service public proviennent essentiellement de la loi du 31 juillet 1963⁸⁸³ et s'appliquent « *aux personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants* » ainsi qu'« *aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public* »⁸⁸⁴. Ces dispositions ne s'appliquent évidemment, au sein d'une entreprise privée gérant un service public, qu'aux seuls personnels affectés à la mission de service public⁸⁸⁵. Le non-respect de ces dispositions expose les grévistes à des sanctions pouvant aller jusqu'à la rétrogradation ou même la révocation sans perte des droits à la retraite⁸⁸⁶.

⁸⁸² Plus largement, voir M. COURRÈGES, *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, 2015, Anne Rideau Éd.

⁸⁸³ Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics.

⁸⁸⁴ Article L. 2512-1 du Code du travail.

⁸⁸⁵ Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-13.792, *Bull.*, V, n° 224.

⁸⁸⁶ Article L. 2512-4 du Code du travail.

257. La grève dans les services publics ne peut être issue d'un mouvement spontané du personnel. Un préavis de cinq jours francs précisant les motifs de la grève, le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée de la grève envisagée doit être déposé par une organisation syndicale représentative, au cours duquel les parties sont tenues de négocier⁸⁸⁷. Ces contraintes, inconnues du secteur privé, appellent deux séries d'observations.

258. *Un droit de grève reconnu en son caractère organique.* En accordant aux organisations syndicales le monopole du déclenchement de la grève, la loi du 31 juillet 1963 a privilégié le caractère organique du droit de grève dans les services publics. À la différence du secteur privé, la régularité de l'usage individuel du droit de grève dans les services publics est soumise à l'approbation préalable d'une « *organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé* »⁸⁸⁸. En réaction à la grande grève des mineurs, la loi du 31 juillet 1963 avait principalement pour objectif, en reconnaissant au syndicat un tel pouvoir de représentation du personnel, d'éviter les mouvements de grèves « sauvages » ou « anarchiques »⁸⁸⁹. Malgré les réserves formulées par une partie de la doctrine⁸⁹⁰, l'interdiction faite aux personnels des services publics d'user par eux-mêmes du droit de déclencher une grève a été déclarée conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a estimé que le monopole accordé aux organisations représentatives, qui seules peuvent déposer un préavis, « *laisse entière la liberté de chaque salarié de décider personnellement de participer ou non à celle-ci* »⁸⁹¹. Selon un commentaire autorisé, « *il faut voir là un des éléments de proportionnalité entre l'exercice du droit de grève et les autres libertés constitutionnelles : le monopole syndical prévient les grèves sauvages non représentatives, rend l'action collective maîtrisable et permet aux salariés d'être mieux organisés dans leur rapport avec l'employeur* »⁸⁹².

259. Au-delà de la question de sa conformité à la Constitution, l'interdiction faite aux personnels de décider du déclenchement d'une grève est-elle pleinement satisfaisante ? Certes, l'exigence du préavis protège les syndicats d'un mouvement « sauvage » de la base

⁸⁸⁷ Article L. 2512-2 du Code du travail.

⁸⁸⁸ Article L. 2512-2 du Code du travail.

⁸⁸⁹ Pour une analyse de la loi du 31 juillet 1963, des intentions du législateur et du rôle des syndicats, voir J.-M. VERDIER, « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.*, 1963, chron. 269.

⁸⁹⁰ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, 1991, Sirey, p. 54 et s., n° 138 et s.

⁸⁹¹ Conseil constit. 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC, cons. 13 ; Conseil constit. 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, n° 2007-556 DC, cons. 13.

⁸⁹² *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Commentaire de la décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, n° 23.

qui les déborderait et les décrédibiliserait⁸⁹³. Mais en 1963, l'instauration de ce monopole syndical reposait sur le postulat selon lequel les organisations syndicales étaient réellement, et non pas seulement juridiquement, représentatives des personnels des services publics. Conjugué au déclin du syndicalisme, dont les causes affectent indifféremment le secteur privé et le secteur public⁸⁹⁴, ce postulat a entraîné un double effet pervers : soit susciter des grèves sauvages, soit autoriser des grèves très minoritaires et peu suivies par les personnels, ces deux effets contribuant à affaiblir encore davantage la légitimité des syndicats tant auprès des personnels que des usagers⁸⁹⁵. Certes, les lois du 20 août 2008 et du 5 juillet 2010 ont visé à rétablir l'idée d'une représentativité réelle en fondant notamment la représentativité syndicale sur un critère électoral. Pour autant, avec un taux de syndicalisation en France de 7,7 % – secteurs privé et public confondus –⁸⁹⁶, un taux de participation aux élections professionnelles de 54 % dans l'ensemble des trois fonctions publiques⁸⁹⁷ et de 42,78 % dans le secteur privé (dont les entreprises gérant un service public mais soumis aux dispositions du Code du travail en matière de représentation collective)⁸⁹⁸, étant précisé que le seuil de représentativité des syndicats n'y est fixé qu'à 10 % des suffrages exprimés, la réalité de cette représentativité est très loin d'être démontrée. Dans ces conditions, les syndicats présents dans les services publics risquent de se décrédibiliser davantage, soit qu'une grève annoncée avec véhémence ne soit que peu suivie par les personnels, soit qu'une « grève sauvage » survienne sans leur aval.

260. L'instauration d'un préavis permettant la réorganisation du service et l'information des usagers. L'instauration d'un préavis de cinq jours francs, précisant les motifs de la grève, le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée de la grève envisagée, au cours duquel les parties sont tenues de négocier⁸⁹⁹ a pour but, d'une part, de prévenir le conflit collectif et, d'autre part, si celui-ci n'a pas pu être évité, de permettre à l'autorité gestionnaire d'organiser la continuité de l'activité et d'en informer les usagers. Aussi, contrairement aux règles prévalant dans le secteur privé⁹⁰⁰, la grève surprise, sauvage ou encore spontanée, n'est pas

⁸⁹³ J.-M. VERDIER, « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.*, 1963, chron. 269.

⁸⁹⁴ P. ROSANVALLON, *La question syndicale, Histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann-Lévy, 1988.

⁸⁹⁵ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, 1991, Sirey, p. 54, n° 137.

⁸⁹⁶ Statistiques de l'OCDE pour l'année 2013.

⁸⁹⁷ Chiffres pour l'année 2014 du Ministère de la décentralisation et de la fonction publique.

⁸⁹⁸ Chiffres au 16 décembre 2013 de la Commission nationale de la négociation collective (Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social).

⁸⁹⁹ Article L. 2512-2 du Code du travail.

⁹⁰⁰ La Cour de cassation a rappelé dans son rapport annuel de 2005 qu'« une clause conventionnelle de préavis n'est pas nulle : elle peut imposer aux syndicats signataires de la convention collective le respect

admise dans les services publics⁹⁰¹ puisqu'elle aurait pour effet d'empêcher le gestionnaire d'organiser la poursuite de l'activité. Pour cette même raison, sont également interdites les grèves par roulements successifs, ou tournantes⁹⁰². L'instauration d'un préavis impose en outre que la grève soit mûrie et réfléchie par l'organisation syndicale qui en est à l'origine, après échec des discussions entamées avec la direction.

Toutefois, on regrettera que l'esprit de la loi soit si facilement contourné. Chaque syndicat disposant du droit de déposer son propre préavis, une action coordonnée permet de déposer des préavis successifs portant sur des périodes échelonnées autorisant les personnels à se rattacher au préavis de son choix, ce qui aboutit *in fine* à rendre impossible toute prévision de service pour l'autorité gestionnaire et, par conséquent, pour les usagers. En effet, les personnels ne sont nullement obligés de cesser le travail durant toute la durée indiquée par le préavis. Pour la Cour de cassation, l'arrêt de travail qui intervient seulement au cours de cette période constitue l'exercice normal du droit de grève, les salariés étant seuls titulaires de ce droit⁹⁰³. La Cour de cassation a admis, au mépris de l'esprit de la loi, la licéité de ces stratégies syndicales⁹⁰⁴. Plus encore, un syndicat peut à lui-seul rendre impossible toute prévision de service en déposant des liasses de préavis portant de manière échelonnée sur plusieurs jours. On regrettera ici encore que la Cour de cassation ait entériné cette pratique sous la seule condition que le syndicat n'ait pas manqué à l'obligation de négocier⁹⁰⁵, pratique

d'un préavis avant de lancer un mot d'ordre de grève ». En revanche, elle ne s'impose pas aux salariés, qui sont seuls titulaires du droit de grève.

⁹⁰¹ Article L. 2512-2 du Code du travail.

⁹⁰² Article L. 2512-3 du Code du travail : « *En cas de cessation concertée de travail des personnels mentionnés à l'article L. 2512-1, l'heure de cessation et celle de reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories ou pour les divers membres du personnel intéressé. Sont interdits les arrêts de travail affectant par échelonnement successif ou par roulement concerté les divers secteurs ou catégories professionnelles d'un même établissement ou service ou les différents établissements ou services d'une même entreprise ou d'un même organisme.* »

⁹⁰³ Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-45.659, *Bull.*, V, n° 6 ; Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-14.607, *Bull.*, voir également DC, 16 août 2007, n° 2007-556, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, cons. 29.

⁹⁰⁴ Cass. soc., 4 février 2004, *Syndicat SSE-CFDT Connex-Bordeaux*, n° 01-15.709, *Bull.*, V, n° 33 ; Cass. soc., 7 juin 2006, *Société lyonnaise des transports en commun*, n° 04-17.116, *Bull.*, V, n° 204. Cette jurisprudence a été battue en brèche s'agissant du transport terrestre de voyageurs seulement, l'article 3 de la loi du 21 août 2007 ayant interdit le dépôt d'un préavis par la (ou les) même(s) organisation(s) syndicale(s) pour les mêmes motifs avant l'issue du délai de préavis en cours et avant la mise en œuvre de la procédure de prévention de la grève. Cette disposition a été validée par le Conseil constitutionnel qui a jugé qu'il y avait là une mesure de nature à éviter le recours répété à des grèves de courte durée (DC, n° 2007-556, cons. 14), confirmant en cela sa jurisprudence du 28 juillet 1987 (n° 87-230 DC, cons. 11). Il est toutefois relativement aisé de modifier superficiellement le motif de recours à la grève, ou d'alterner les syndicats déposant les préavis sur un même motif.

⁹⁰⁵ Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-17.116, *Bull.*, V, n° 204 ; Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-26.237, *Bull.*, V, n° 18 ; Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-26.237, *Bull.*, V, n° 18 : en l'espèce, la Cour de cassation a même admis qu'un syndicat puisse déposer tous les jours un préavis de grève pour le même motif sans que cela

qui demeure à notre sens un contournement de la loi. Une meilleure conciliation entre les droits des salariés et ceux des usagers devrait selon nous être recherchée⁹⁰⁶.

Par ailleurs, le non-respect de l'exigence de préavis ne suffit pas à disqualifier le mouvement de grève en mouvement illicite. Toutefois, les personnels qui y participent, alors même qu'ils ont été informés de l'illicéité du préavis, commettent une faute disciplinaire⁹⁰⁷. La responsabilité civile de l'organisation syndicale à l'origine du préavis irrégulier peut également être engagée⁹⁰⁸.

2°) Une réglementation administrative propre à chaque service

261. Depuis l'arrêt *Dehaene*, le Conseil d'État considère qu'en l'absence de législation relative au droit de grève, les autorités règlementaires, et plus généralement les chefs de service, sont compétentes pour encadrer l'usage du droit de grève⁹⁰⁹. Cette compétence supplétive accordée du fait de la carence du législateur vise à assurer le bon fonctionnement du service public, ce qui explique que cette même compétence ne soit pas reconnue aux partenaires sociaux ou aux chefs d'entreprises du secteur privé⁹¹⁰.

ne constitue un manquement du syndicat à son obligation de négocier. Voir également, Cass. soc., 31 janvier 2001, n° 98-46.413, s'agissant des retenues sur salaire à opérer en cas d'arrêts de travail de courte durée et successifs. Voir également, Cass. soc., 30 juin 2015, n° 14-10.764, publié au *Bulletin* : le raisonnement de la cour d'appel, pourtant bien étayé, a été invalidé faute pour elle d'avoir suffisamment caractérisé « une désorganisation de l'entreprise et alors que l'empêchement pour l'employeur, résultant des modalités de la grève définies dans un préavis régulier, d'organiser un plan de transport et d'information des usagers ne constitue pas un abus du droit de grève caractérisant un trouble manifestement illicite ».

⁹⁰⁶ Voir J.-E. RAY, « La grève dans les transports publics, pour une conciliation des droits », *Dr. soc.*, 2004, pp. 747-761.

⁹⁰⁷ Cass. soc., 30 janvier 2013, n° 11-23.791, *Bull.*, V, n° 21 ; Cass. soc., 11 janvier 2007, n° 05-40.663, *Bull.*, V, n° 2.

⁹⁰⁸ Cass. soc., 6 février 1985, n° 82-16.446, *Bull.*, V, n° 82 ; Cass. soc., 26 janvier 2000, n° 97-15.291, V, n° 38. Toutefois, l'organisation syndicale peut se contenter de ne pas verser les dommages et intérêts auxquels elle a été condamnée puisque ses actifs et ses comptes bancaires sont insaisissables, en vertu de l'article L. 2132-4 du Code du travail.

⁹⁰⁹ Dès 1936, le Conseil d'État a consacré l'existence d'un pouvoir réglementaire permettant aux ministres, et, plus généralement, aux chefs de service, de prendre les mesures nécessaires à l'organisation de leurs services (CE, *Jamart*, 7 février 1936, *Lebon*, p. 172). Voir not., CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'Aéroport de Paris et autres*, *AJDA*, 1978, p. 49 ; CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, *Lebon*, p. 10 ; CE, 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique nucléaire et gazière*, *Lebon* p. 90 ; CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262, *T. Lebon* ; CE, 8 avril 2013, n° 367453.

⁹¹⁰ On rappellera que pour la Cour de cassation, le droit de grève est un droit individuel dont seuls les salariés sont titulaires et dont seul le législateur peut encadrer l'exercice (Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-45.659, *Bull.*, V, n° 6 ; Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-14.607, *Bull.*, V, n° 25).

Il s'agit là pour le juge administratif d'empêcher un vide juridique de nature à rendre sans limite l'exercice du droit de grève du fait de « *l'absence de la complète législation ainsi annoncée par la Constitution* »⁹¹¹. Paradoxalement, ce pouvoir laissé à l'autorité gestionnaire du service pour régler la grève de ses agents peut encourager le législateur dans son inertie⁹¹². Il faut toutefois reconnaître que le recours à une loi générale n'apparaît pas être le mécanisme le plus adapté pour prendre en compte les impératifs de chaque service public⁹¹³.

262. La constitutionnalité de la compétence laissée au pouvoir administratif a été discutée. Un auteur estime ainsi que « *dès lors que le Constituant prévoit expressément la compétence du législateur pour encadrer un droit fondamental, le pouvoir réglementaire devrait être reconnu incompétent pour intervenir même lorsque l'ordre public est en cause* »⁹¹⁴. Cette conception restrictive et littérale nous semble inopportune. Face à l'intervention fragmentée du législateur depuis 1950, elle aurait pour effet de reconnaître un droit de grève dont le caractère illimité serait de nature à mettre en péril les besoins essentiels de la population. Elle nous paraît de surcroît juridiquement contestable puisqu'elle opère une conciliation manifestement déséquilibrée entre le droit de grève et le principe de continuité du service public, à l'opposé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel traditionnelle en la matière⁹¹⁵. De plus, la Cour de cassation et le Conseil d'État interprètent différemment la référence du Constituant aux « *lois qui le réglementent* ». Là où l'approche privatiste retient la « *loi* » au sens formel,

⁹¹¹ CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262, *AJDA*, 2010, p. 1719, concl. F. LENICA ; CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et a., *RFDA*, 2013, p. 637, concl. F. ALADJIDI. La formulation longtemps utilisée depuis l'arrêt *Dehaene* était légèrement différente : « *en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution* ». Pour une critique de ce glissement sémantique, voir N. GUILLET, « Droit de grève : L'élargissement du pouvoir de réquisition aux autorités d'une société privée gérant un service public » [PDF] in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 17 mai 2013. Sur le caractère fragmentaire de l'intervention du législateur depuis 1950, voir O. LE BOT, « "Dehaene" n'est pas mort », *Constitutions*, 2011, p. 255.

⁹¹² J.-E. RAY, « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *Dr. soc.*, 1991, p. 220, spéc. p. 221.

⁹¹³ L'opportunité d'une intervention du législateur pour encadrer le droit de grève a pour les mêmes raisons été écartée au sein du secteur privé. En ce sens, G. LYON-CAEN considérait : « *Qu'il y ait quelque naïveté à vouloir enserrer dans des prescriptions strictes, ce qui est très largement pure spontanéité, paraît de simple évidence. Mais il y a des hommes qui surestiment les capacités de la loi, des "légimaniaques", en somme. [...] Une réflexion sur le phénomène de la grève mène tout homme raisonnable à un constat plus réservé. Poser des règles est plus facile que de les faire respecter. [...] La loi risque d'être ici une loi de papier, car chacun connaît les grèves dites sauvages qui sont à la fois des grèves spontanées et irrégulières. À la limite en ce domaine, interdire c'est provoquer. La grève relève certes de l'ordre juridique mais pas entièrement de l'ordre juridique étatique.* » (« Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.*, 1988, pp. 709-712, spéc. p. 709 et p. 712).

⁹¹⁴ A. CATHERINE, « Compétence du pouvoir réglementaire et définition des conditions d'exercice de droits constitutionnellement protégés : le cas du droit de grève et du droit à l'information et à la participation du public en matière environnementale », *RFDC*, 2013, n° 94.

⁹¹⁵ G. LYON-CAEN, « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 709-712, spéc. p. 710.

l'approche publiciste retient une lecture souple, au sens d'une règle de droit⁹¹⁶, à l'instar du « *contrôle de légalité* » par lequel le juge administratif ne se contente pas d'opérer un contrôle de conformité à la loi mais contrôle la conformité de la norme examinée à l'égard de toutes les normes qui lui sont supérieures.

Dans ce cadre, les chefs de service ne sont pas dotés d'un pouvoir illimité leur permettant d'annihiler l'usage du droit de grève. Les mesures qu'ils prennent pour assurer la continuité du service font l'objet d'un contrôle de proportionnalité du juge de l'excès de pouvoir et ne peuvent pas avoir pour effet de planifier un fonctionnement normal du service⁹¹⁷. Dans ces conditions, la position adoptée par le Conseil d'État nous semble ainsi, par sa nuance, plus conforme à l'esprit du Constituant.

B) Une riposte patronale exorbitante du droit commun de la grève

263. L'autorité gestionnaire du service public peut, d'une part, dissuader les personnels d'user trop fréquemment de leur droit de grève en procédant à des retenues sur salaire sur la base de calculs spécifiques (1°) et, d'autre part, atténuer la nuisance de la grève en procédant au remplacement des grévistes, privilège dont l'employeur du secteur privé est privé (2°).

1°) La dissuasion pécuniaire

264. En droit privé, l'effectivité du droit de grève impose que son exercice ne puisse pas donner lieu à des discriminations, notamment en matière de rémunération⁹¹⁸. En ce sens, toute retenue effectuée au-delà de la durée de la cessation de travail constitue une sanction pécuniaire prohibée⁹¹⁹.

À l'inverse, au sein des services publics, si le régime des retenues sur salaire a connu de multiples évolutions⁹²⁰, il a toujours eu pour finalité de contenir les mouvements de grève.

⁹¹⁶ En ce sens, A. MORIN-GALVIN, *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, LGDJ, 2013, spéc. pp. 480 et s.

⁹¹⁷ CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et al, *RFDA*, 2013, p. 637, concl. F. ALADJIDI.

⁹¹⁸ Article L. 2511-1 du Code du travail.

⁹¹⁹ Cass. soc., 16 mai 1989, n° 85-45.244, *Bull.*, V, n° 364 ; Cass. soc., 8 juillet 1992, n° 89-42.563, *Bull.*, V, n° 445.

⁹²⁰ Voir not. la loi du 30 juillet 1987 et la décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 1987 invalidant en partie l'amendement LAMASSOURE qui, à la suite du conflit d'Air Inter, proposait d'étendre à l'ensemble du secteur public (c'est-à-dire même les salariés de droit privé) la règle du trentième indivisible applicable aux fonctionnaires : « *Considérant toutefois que le mécanisme de retenue automatique sur la rémunération des intéressés, que le législateur a adopté à cette fin, par la généralité de*

265. Trois régimes distincts s'empilent. Les personnels de la fonction publique d'État et des établissements publics administratifs sont soumis à la règle dite du *trentième indivisible*. Toute journée de grève, quelle que soit la durée du service non fait, donne lieu à une retenue de 1/30^{ème} de la rémunération mensuelle⁹²¹. Les salariés des entreprises chargées d'une mission de service public, qu'elles soient publiques ou privées, sont quant à eux soumis au régime semi-forfaitaire de retenue⁹²². Dans les fonctions publiques hospitalière et territoriale, les personnels sont soumis, comme les salariés de droit commun, à une retenue strictement proportionnelle à la durée du service non fait⁹²³. De manière surprenante, le Conseil constitutionnel a admis le principe d'une retenue sur salaire non proportionnelle à l'arrêt de travail au motif qu'elle ne constituerait qu'une simple mesure de comptabilité publique dépourvue de caractère disciplinaire⁹²⁴.

À cet égard, on peut entendre la nécessité de contenir les mouvements de grève au sein des services publics au moyen de retenues sur salaire dissuasives, du fait de la garantie d'emploi dont bénéficient les fonctionnaires ou les salariés des entreprises dotées d'un statut réglementaire. Toutefois, la différence de situations dans laquelle se trouvent ces personnels en raison de la seule nature juridique de leur employeur n'apparaît ni opportune, ni équitable. La mise en place d'un critère fonctionnel, qui prendrait en compte à la fois la nature des fonctions du travailleur (indifféremment du fait qu'il soit soumis au droit privé ou au droit

son champ d'application qui ne prend en compte ni la nature des divers services concernés, ni l'incidence dommageable que peuvent revêtir pour la collectivité les cessations concertées du travail pourrait, dans nombre de cas, porter une atteinte injustifiée à l'exercice du droit de grève qui est constitutionnellement garanti. » (Conseil constit. 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel laissait toute latitude au législateur pour prévoir précisément l'extension de la règle du trentième aux établissements publics concernés, ce qu'il n'a jamais fait.

⁹²¹ Pour plus de précisions, voir la circulaire du 30 juillet 2003 relative à la mise en œuvre des retenues sur la rémunération des agents publics de l'État en cas de grève, *JORF* du 5 août 2003.

⁹²² L'article L. 2512-5 du Code du travail prévoit l'application du régime des retenues en cas d'absence de service fait prévu par la loi du 19 octobre 1982 (qui n'a pas été abrogée en totalité) soit : une retenue d'un cent-soixantième du traitement mensuel pour un arrêt de travail d'une durée inférieure à une heure ; une retenue d'un cinquantième lorsque l'arrêt de travail est compris entre une heure et une demi-journée ; et une retenue d'un trentième lorsque l'arrêt est compris entre une demi-journée et une journée. Pour la reconnaissance d'un principe général du droit du travail prohibant les sanctions pécuniaires en cas de grève, voir CE, 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle c/ SNCF, Lebon* p. 268.

⁹²³ CE, 17 juillet 2009, n° 303623 ; CE, 27 avril 1994, n° 146119 ; CE, 15 janvier 1997, n° 135693, mentionné aux Tables.

⁹²⁴ Conseil constit. 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961* (obligation de service des fonctionnaires), n° 77-83 DC, cons. 1-3 ; Conseil constit., 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC, cons. 9. Il faut toutefois préciser que l'article 20 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique impose au comptable public pour apprécier la validité d'une créance de contrôler la justification du service fait. Si l'agent n'effectue pas son service pour une raison qui relève de son propre fait, il n'a pas droit au traitement correspondant.

public) et l'impact de l'arrêt de travail sur le bon fonctionnement du service nous apparaît plus apte à concilier droit de grève et continuité du service public. Il serait donc souhaitable que le législateur se saisisse de la liberté qui lui a été accordée par le Conseil constitutionnel⁹²⁵ pour lister les fonctions « sensibles » au sein des services publics et instaurer un régime de retenue adéquat.

2°) Le remplacement des salariés grévistes au sein des services publics administratifs

266. En cas d'interruption due à la grève des agents de ce service, la juridiction administrative admet que l'autorité administrative embauche, en vue d'assurer la continuité du service public, des agents contractuels de droit public, voire même des travailleurs temporaires de droit privé en cas « *de circonstances exceptionnelles, telles qu'une extrême urgence, rendant impossible ce mode de recrutement d'agents ayant un lien direct avec l'administration* »⁹²⁶. En pratique, cette possibilité de remplacement n'est pas fréquemment utilisée. Il est en effet difficile de trouver rapidement un personnel de substitution disposant des qualifications nécessaires pour remplacer, par exemple, des grévistes enseignants ou contrôleurs des impôts⁹²⁷. En outre, cette faculté de recourir à du personnel extérieur n'existe que dans les services administratifs. Les services industriels et commerciaux relevant des règles du Code du travail, il leur est interdit, à l'instar des entreprises de droit privé⁹²⁸, de faire échec à la grève en remplaçant les grévistes par des salariés d'entreprises de travail temporaire ou des salariés en contrat à durée déterminée⁹²⁹.

Il ne nous apparaît pas pertinent d'instaurer une telle différence de traitement entre les services publics en fonction de leur caractère administratif ou industriel et commercial. La faculté de pourvoir au remplacement des grévistes devrait, à notre sens, être ouverte à

⁹²⁵ Conseil constit. 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC, cons. 11-12.

⁹²⁶ CE, ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des PTT du Haut-Rhin, Lebon*, p. 30.

⁹²⁷ Ph. TERNEYRE relate notamment le cas du remplacement en mars 1973, dans le cadre du plan « *Clément Marot* », des contrôleurs aériens civils en grève par des contrôleurs militaires qui s'est soldé par un très grave accident aérien provoquant la mort de dizaines de personnes et la mise en jeu de la responsabilité de l'État (CE, 26 juill. 1982, *min. Défense et min. Transports c/ Sté Spantax et Cie La Equitativa, Lebon* p. 313) dans *Répertoire de droit du travail* (septembre 2006 - Actualité : juin 2015), Dalloz, n° 304, « Grève dans les services publics ».

⁹²⁸ Articles L. 1242-6 et L. 1251-10 du Code du travail. Cette interdiction ne concerne pas seulement la conclusion de nouveaux contrats d'intérim, elle s'étend également aux intérimaires déjà présents dans l'entreprise au moment du déclenchement de la grève (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.634, *Bull.*, V, n° 54).

⁹²⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, n° 97-13.916, *Bull.*, I, n° 182 ; CAA Nancy, 18 déc. 2003, *Syndicat SUD-PTT, T. Lebon* p. 829 (sous réserve de « *circonstances exceptionnelles* »).

l'autorité gestionnaire en fonction, d'une part du caractère essentiel ou non du service considéré au regard des besoins de la population et, d'autre part, de l'impact de l'arrêt de travail sur le bon fonctionnement du service.

C) La recherche d'une continuité du service public

267. En 1988, le Professeur LYON-CAEN écrivait : « *La seule question sérieuse est celle de la grève dans les services publics. Il s'agit de faire droit aux réclamations des usagers. Or cette considération n'échappe pas aux grévistes. La grève s'exerce sous le contrôle de l'opinion publique, en démocratie. Elle est même un fait d'opinion. Les titulaires du droit de grève savent que la grève qui se heurte à l'hostilité de l'opinion, s'autodétruit, et lèse les intérêts des grévistes eux-mêmes.* »⁹³⁰ Le législateur est néanmoins intervenu dans certains secteurs pour instaurer, sinon un service minimum, du moins une obligation de prévisibilité des absences.

On ne s'intéressera ici qu'aux droits et obligations du gestionnaire du service public, les droits directs de l'utilisateur étant quasi nuls en la matière⁹³¹. On écartera d'emblée le recours aux mesures de chômage technique ou de « *lock out* »⁹³² que l'on peut rencontrer dans le secteur privé, qui sont par nature incompatibles avec le principe de continuité du service public. Une activité minimale peut être assurée par la réquisition de personnels grévistes (1°). Ce procédé, socialement risqué, demeure peu fréquent. Dans certains secteurs d'activité, le législateur est intervenu pour imposer, sinon un service minimum, du moins une certaine prévisibilité du service (2°). En définitive, il apparaît que l'autorité gestionnaire ne dispose pas des moyens suffisants à assurer une continuité du service public. Devant l'insuffisance de l'arsenal législatif, un perfectionnement du dialogue social apparaît indispensable, tant dans la prévention que dans la gestion des conflits, notamment par la négociation avec les organisations syndicales d'un service minimum propre à assurer les impératifs du service public.

⁹³⁰ G. LYON-CAEN, « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.*, 1988, pp. 709-712, spéc. p. 712.

⁹³¹ Voir not. A. RAMIN, « La grève dans les services publics en France : quelques réflexions sur la situation de l'utilisateur », *Dr. soc.*, 1985, p. 33 ; L. RAPP, « Les conséquences de la grève dans les services publics : réflexions sur l'utilisateur », *RFDA*, 1988.832, ou encore M. COURRÈGES, *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, 2015, Anne Rideau Éd.. Cet auteur fait apparaître que la continuité du service public n'a en réalité jamais été pensée pour l'utilisateur du service et est restée essentiellement gouvernée par le souci de préserver l'ordre public en cas de grève.

⁹³² Pour un exemple de situation contraignante, du fait de la grève, autorisant la fermeture de l'établissement par l'employeur et la suspension de tous les contrats de travail : Cass. soc., 18 janvier 2017, n° 15-23.986 (dysfonctionnements d'une particulière dangerosité sur un site de production de substances chimiques classé Seveso « seuil haut »).

1°) L'arme de la réquisition

268. Il faut distinguer la réquisition civile, par laquelle le Gouvernement *réquisitionne* des personnels en grève, de la réquisition par laquelle le préfet ou l'autorité gestionnaire du service *requiert* du personnel en grève. Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il précisé que lorsque le législateur emploie le mot « requérir », il ne se réfère pas au droit de réquisition civile⁹³³. À la différence de la réquisition à la demande du Gouvernement pour des motifs tenant à la défense nationale, ni l'autorité gestionnaire du service ni le préfet ne peuvent porter atteinte au droit de grève des personnels en vue d'assurer un service normal de l'activité⁹³⁴.

269. La réquisition civile à la demande du Gouvernement. Le Conseil d'État a très tôt tiré du principe de continuité du service public la faculté pour le Gouvernement de convoquer les agents en grève pour des périodes militaires⁹³⁵ ou de les placer en état de réquisition⁹³⁶. Sur le fondement des articles L. 2211-1 et suivant du Code de la défense, le Gouvernement peut contraindre des salariés en grève irrégulière, dans un service public comme dans une entreprise privée, à reprendre le travail en décidant, par décret, de leur réquisition. Toutefois, suite à l'échec retentissant qu'a connu ce procédé lors de la grève des mineurs des Charbonnages de France en 1963, la réquisition des grévistes n'a plus jamais été employée par le Gouvernement, de peur de compromettre l'autorité de l'État⁹³⁷.

270. La réquisition par le préfet en vue de maintenir l'ordre public. Un pouvoir de réquisition appartient également au préfet dans l'exercice de ses pouvoirs de police : « *En cas d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige et que les moyens dont dispose le préfet ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police, il peut, par arrêté motivé, réquisitionner tout bien ou tout service requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin ou que les conditions de son maintien soient assurées.* »⁹³⁸

⁹³³ Sur la différence entre les verbes « requérir » et « réquisitionner », voir DC, 25 juillet 1979, *Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105, cons. 4.

⁹³⁴ DC, 25 juillet 1979, *Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105, cons. 5 et 6 ; égal. CE, 27 février 1998, n° 171055.

⁹³⁵ CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Lebon p. 875.

⁹³⁶ CE, 5 décembre 1941, *Sellier*, Rec. CE, p. 208.

⁹³⁷ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, 1991, Sirey, p. 99, n° 265.

⁹³⁸ Article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales.

La Cour de cassation a refusé d'élargir ce pouvoir de réquisition au chef d'une entreprise privée visant à assurer un service minimum de sécurité, quand bien même il serait prévu dans le règlement intérieur et quand bien même il s'agirait d'une entreprise soumise à la législation sur les établissements classés et figurant parmi les points et réseaux sensibles pour la défense nationale⁹³⁹. Même dans une telle hypothèse, seul le préfet est compétent pour requérir le personnel adéquat, indifféremment de la nature juridique de l'employeur. Le préfet peut légalement « *requérir les salariés en grève d'une entreprise privée dont l'activité présente une importance particulière pour le maintien de l'activité économique, la satisfaction des besoins essentiels de la population ou le fonctionnement des services publics, lorsque les perturbations résultant de la grève créent une menace pour l'ordre public* »⁹⁴⁰. Le préfet peut légalement « *requérir les agents en grève d'un établissement de santé, même privé, dans le but d'assurer le maintien d'un effectif suffisant pour garantir la sécurité des patients et la continuité des soins* » dès lors que ces mesures sont « *imposées par l'urgence* » et « *proportionnées aux nécessités de l'ordre public* »⁹⁴¹.

Toutefois, s'il est acquis que le préfet ne peut porter une atteinte disproportionnée au droit de grève en réquisitionnant les personnels dans le but de rétablir un service normal, la conciliation entre le respect du droit de grève et la satisfaction des besoins essentiels de la population et de l'économie apparaît difficile à déterminer. En effet, bien souvent, « *en période de pénurie (ou en période de pointe dans les transports), le service "minimum" nécessaire pour satisfaire ces besoins correspond en réalité au fonctionnement quasi-normal de l'entreprise et, par conséquent, à la réquisition de la majeure partie des salariés grévistes* »⁹⁴². Ces mêmes difficultés surviennent en cas de réquisition par l'autorité gestionnaire du service public.

271. La réquisition par l'autorité gestionnaire en vue d'assurer la continuité du service.

Dans la droite ligne des arrêts *Jamart* et *Dehaene*, le Conseil d'État a très tôt reconnu aux

⁹³⁹ Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 08-43.603, *Bull.*, V, n° 283.

⁹⁴⁰ CE, réf., 27 octobre 2010, *M. Stéphane L. et a., Fédération nationale des industries chimiques CGT*, n° 343966.

⁹⁴¹ CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon et a.*, n° 262186, publié au *recueil Lebon*. Le préfet ne peut ainsi « *requérir l'ensemble des sages-femmes en vue de permettre la poursuite d'une activité complète d'accouchement du service obstétrique de la clinique du Parc dans les conditions existantes avant le déclenchement du mouvement de grève* ».

⁹⁴² S. SLAMA, « *Actualité droits - libertés du 31 octobre 2010* », CE, réf., 27 octobre 2010, *M. Stéphane L. et a., Fédération nationale des industries chimiques CGT*, n° 343966, *Lebon*, par lequel le Conseil d'État a validé la réquisition opérée par préfet au motif que le personnel requis apparaît « *limité aux équipes de quart nécessaires, notamment pour des raisons de sécurité* », que les effectifs concernés ne représentent « *qu'une fraction de l'effectif total de l'établissement* » même si, eu égard à leurs fonctions, ils constituent en réalité « *l'essentiel des salariés grévistes* ».

organes de direction en charge du bon fonctionnement d'un service public le pouvoir de requérir des personnels grévistes afin d'assurer la continuité du service. Ici encore, face à la carence du législateur, cette compétence se justifie par l'exigence de conciliation entre le droit de grève et le principe de la continuité du service public.

Il demeure néanmoins délicat de déterminer l'intensité du service minimum devant être maintenu. Doit-on raisonner en termes de prestations de services, de sécurité des biens et des personnes, d'ordre public⁹⁴³ ? Ces trois critères peuvent être alternativement ou cumulativement retenus selon le service en cause. En tout état de cause, l'autorité gestionnaire doit tout d'abord déterminer la quantité minimum du service à assurer et ensuite le nombre d'agents strictement nécessaires à l'exécution du service minimum⁹⁴⁴. C'est sur cette base que le juge de l'excès de pouvoir appréciera la légalité des mesures de réquisition. La diversité des services publics a sur ce point engendré une jurisprudence fournie⁹⁴⁵. Si une certaine casuistique s'impose, il est établi que l'atteinte au droit de grève des personnels doit être proportionnée aux intérêts à protéger⁹⁴⁶, de sorte que seuls les salariés affectés à l'activité de service public peuvent être soumis à ces mesures de réquisition⁹⁴⁷.

272. Ce pouvoir de requérir du personnel gréviste est indifférent à la nature juridique de l'autorité en charge du service. Dans un arrêt du 12 avril 2013⁹⁴⁸, le Conseil d'État a ainsi rappelé que l'exercice du droit de grève par les salariés des centres nucléaires de production d'électricité peut être restreint par les organes dirigeants d'EDF. En l'absence « *de la*

⁹⁴³ J.-E. RAY, « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *Dr. soc.*, 1991, spéc. p. 224.

⁹⁴⁴ Ph. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, 1991, Sirey, p. 101 et s., n° 272 et s.

⁹⁴⁵ V. not. CE, 26 octobre 1962, *Le Moutl et Union des navigants de ligne*, *Lebon*, 580, s'agissant de la grève déclenchée au sein de la Compagnie Air France par la totalité du personnel navigant sur les appareils Boeing ; CE, 9 février 1966, *Fédération nationale de l'aviation civile*, n° 62467, *Lebon*, 101, s'agissant de la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne ; CE, 8 novembre 1989, *SGNACFTC et a.*, n° 89887 et al., *T. Lebon* p. 750 ; CE, 6 déc. 1996, *Synd. autonome des personnels de l'aviation civile*, n° 177948, *T. Lebon* p. 980 ; CE, 30 novembre 1998, *Mme Rosenblatt et autres*, n° 183359, s'agissant de la réquisition de personnel des salles de réveil des blocs opératoires de l'hôpital ; CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et al, *Lebon*, s'agissant de la réquisition de salariés chargés des opérations d'arrêt de tranches de centrales nucléaires.

⁹⁴⁶ V. not. CE, 12 mai 1989, *Union des chambres de commerce et établissements gestionnaires d'aéroport*, n° 75382, *T. Lebon* p. 750 ; CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon et a.*, n° 262186, précité ; CE, réf., 27 octobre 2010, *M. Stéphane L. et a.*, *Fédération nationale des industries chimiques CGT*, n° 343966, *Lebon* ; CE, réf., 23 mai 2011, n° 349215.

⁹⁴⁷ Voir, s'agissant de l'application des articles L. 2512-1 et L. 2512-2 du Code du travail, relatifs à l'exercice du droit de grève dans le service public, Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-13.792, *Bull.*, V, n° 224 et Cass. soc., 9 octobre 2012, n° 11-21.508, *Bull.*, V, n° 252, rectifié par un arrêt du 30 janvier 2013.

⁹⁴⁸ CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et al, *Lebon*. Dans la même affaire, le Conseil d'État avait rejeté les référés suspension introduits par plusieurs fédérations de syndicats du secteur de l'énergie (FO, CGT, SUD, CFDT) à l'encontre des décisions de réquisitions prises par le directeur général délégué d'EDF (CE, ord., réf., 7 juillet 2009, n° 329284 ; CE, ord., réf., 15 juillet 2009, *EDF*, n° 329526).

complète législation ainsi annoncée par la Constitution »⁹⁴⁹, et dans la mesure où l’approvisionnement en électricité sur le territoire national constitue l’objet même du service public de l’électricité, le Conseil d’État a validé le principe de mesures de réquisition des salariés grévistes par les organes dirigeants d’EDF, société de droit privé en charge du service public de l’électricité. Cet arrêt, qui s’inscrit dans la lignée de la jurisprudence rendue par le juge administratif alors qu’EDF était encore un établissement public⁹⁵⁰, trouve son fondement dans la définition légale du service public de l’électricité, selon laquelle il s’agit « *de garantir l’approvisionnement en électricité sur l’ensemble du territoire national, dans le respect de l’intérêt général* »⁹⁵¹. Le Conseil d’État a donc fait primer le critère matériel et fonctionnel du service public⁹⁵², ce qui apparaît pertinent dès lors que le critère organique n’est d’aucune utilité dans la recherche d’une conciliation entre les impératifs du service public et le droit de grève.

Toutefois, la seule possibilité de requérir du personnel à la discrétion de l’autorité gestionnaire du service ne nous semble pas suffisante pour concilier effectivement droits des personnels et droits des usagers⁹⁵³. En effet, aucune disposition législative ou réglementaire applicable à l’ensemble des services publics ne prévoit une obligation de service minimum à la charge des autorités gestionnaires dont les usagers pourraient se prévaloir⁹⁵⁴. Certes, il « *incomb[e] à l’autorité administrative de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité du service public, notamment en cas d’interruption due à la grève des agents de ce service* »⁹⁵⁵. Mais l’inaction de l’administration à faire fonctionner coûte que coûte les services publics en cas de grève n’a jamais, à notre connaissance, été sanctionnée par le juge administratif. En effet, s’agissant des services publics industriels et commerciaux, les usagers peuvent toujours engager la responsabilité contractuelle de l’établissement, mais

⁹⁴⁹ CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et s., *RFDA*, 2013, p. 637, concl. F. ALADJIDI ; CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262, *AJDA*, 2010, p. 1719, concl. F. LENICA.

⁹⁵⁰ CE, 17 mars 1997, *Fédérations nationale des syndicats du personnel des industries de l’énergie électrique, nucléaire et gazière*, n° 123912 et n° 125349, *Lebon*, p. 89.

⁹⁵¹ Article 1^{er} de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l’électricité, V. F. ALADJIDI, conclusions sur CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et s., *RFDA*, 2013.637.

⁹⁵² F. ALADJIDI, conclusions sur CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et al, *RFDA*, 2013.637.

⁹⁵³ Sur ce point, voir Ph. TERNEYRE, « *Vade-mecum* du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève », *Dr. soc.*, 1989, pp. 804-810.

⁹⁵⁴ Pour un appel à l’intervention du législateur pour instaurer une telle obligation à la charge des gestionnaires, voir, J.-E. RAY, « *Droit public et droit social en matière de conflits collectifs* », *Dr. soc.*, 1991. Voir également, O. LE BOT, « *“Dehaene” n’est pas mort* », *Constitutions*, 2011.255.

⁹⁵⁵ CE, ass., 18 janvier 1980, *Synd. CFDT des PTT du Haut-Rhin*, *Lebon* 30.

celui-ci peut être exonéré de toute responsabilité si la grève présente le caractère de la force majeure⁹⁵⁶. S'agissant des services publics administratifs, la seule abstention de l'autorité gestionnaire de requérir du personnel afin d'assurer la continuité du service⁹⁵⁷ ne saurait suffire, au regard de la jurisprudence administrative, à engager sa responsabilité. Seule une totale inertie fautive face au conflit pourrait, à notre sens, constituer une faute de nature à engager sa responsabilité – ou celle de l'État.

2°) L'instauration d'un service minimum

273. Certaines catégories d'emploi supportent des restrictions particulières visant à instaurer un service minimum afin d'assurer la continuité de l'action gouvernementale, l'exécution des missions de la défense nationale et des missions nécessaires à la protection des biens et des personnes. Un tel service minimum a été imposé aux personnels des établissements qui détiennent des matières nucléaires⁹⁵⁸ et des personnels de la navigation intérieure⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ S'agissant d'une grève à la SNCF, voir Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-18.215, *Bull.*, V, n° 16 : « Mais attendu, d'abord qu'il résulte des constatations des juges du fond que la grève avait été déclenchée, non pas pour soutenir des revendications concernant directement la SNCF, mais pour contester les projets du Gouvernement concernant le régime de la sécurité sociale et ses répercussions sur le régime spécial de retraite des cheminots ; qu'après avoir relevé que la maîtrise de ces projets échappait à la SNCF qui n'avait pas la possibilité de négocier avec les grévistes ni de satisfaire leurs revendications, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un fait extérieur à la SNCF susceptible de caractériser la force majeure ; Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée, a constaté que nul ne pouvait prévoir, au moment où le préavis de la grève a été déposé, que le mouvement durerait plus d'un mois et paralyserait aussi bien l'entreprise que la vie économique du pays tout entier ; qu'elle a pu en déduire que, même au moment où des prises en charge avaient été effectuées postérieurement au déclenchement de la grève, l'ampleur et la durée de celle-ci présentaient un caractère imprévisible ; Attendu, enfin, que la cour d'appel a pu admettre le caractère irrésistible de la grève, en relevant que la réquisition était impossible en raison des menaces qu'elle aurait fait peser sur la cohésion sociale, que le recours à une procédure judiciaire d'expulsion était purement illusoire, que le recours à un personnel de remplacement était techniquement interdit en raison de la spécificité du matériel ferroviaire, que l'organisation d'un transport routier de substitution, eu égard au nombre de véhicules en cause, n'aurait pas permis de pallier les effets de la grève .» S'agissant d'une grève au sein d'EDF, voir égal. Ch. mixte 4 février 1983, n° 80-12.977 et n° 80-14.853, *Bull.*, n° 2.

⁹⁵⁷ Voir Ph. TERNEYRE, « Grève dans les services publics », *Rép. droit du travail*, Dalloz, 2006 (actualité : juin 2015), n° 258 et s. ; CE, 6 novembre 1985, *Min. des transports c/ T.A.T., Lebon* p. 312 ; CE, 17 janvier 1986, *Ville de Paris c/ Duvinage, Lebon* p. 10. Comp. s'agissant de l'absence d'obligation de prévoir une réglementation encadrant l'usage du droit de grève à la RATP : CE, 8 mars 2006, *Onesto et autres*, n° 278999, *Lebon* p. 446.

⁹⁵⁸ Loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.

⁹⁵⁹ Loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 abrogeant certaines dispositions des lois n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne et n° 71-458 du 17 juin 1971 relative à certains personnels de l'aviation civile, et relative à l'exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne (modalités d'application de la loi fixées par le décret n° 85-1332 du 17 décembre 1985 tel que modifié par le décret n° 87-504 du 8 juillet 1987).

En matière d'éducation, la loi du 20 août 2008⁹⁶⁰ a institué un droit d'accueil pendant le temps scolaire aux élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques ou privées sous contrat. En cas de grève, lorsque le nombre de personnes ayant déclaré leur intention de faire grève (quarante-huit heures à l'avance) est supérieur ou égal à 25 % des enseignants de l'école, le service d'accueil est assuré par la commune⁹⁶¹. L'article L. 133-7 du Code de l'éducation prévoit l'établissement dans chaque commune d'une liste des personnes susceptibles d'assurer le service d'accueil. L'identification de ces personnes relève de la seule compétence du maire. Le fait que cette liste ne soit pas établie ne dispense pas la commune de son obligation d'organiser le service d'accueil. La commune peut faire appel à des agents municipaux, dans le respect de leurs statuts, mais également à des assistants maternels, des animateurs d'associations gestionnaires de centres de loisirs, des membres d'associations familiales, des enseignants retraités, des étudiants, des parents d'élèves etc. Aucune qualification n'est en effet imposée par la loi s'agissant de l'accueil des élèves⁹⁶².

Enfin, en matière d'information, la loi du 26 juillet 1979⁹⁶³ a prévu une continuité au sein des entités de l'audiovisuel public (France Télévision et Radio France) au besoin par la réquisition des personnels indispensables au bon fonctionnement du service. L'existence d'un tel service minimum apparaît aujourd'hui obsolète au sein d'un secteur largement ouvert à la concurrence. À l'inverse, aucun service minimum n'a été imposé dans des secteurs encore largement monopolistiques tels que les transports terrestres de voyageurs.

3°) La recherche d'une prévisibilité au sein du service public des transports

274. La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de personnes à vocation non touristique⁹⁶⁴ n'a pas instauré un

⁹⁶⁰ Loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, *JORF* n° 0194 du 21 août 2008. L'article 2 dispose : « *Tout enfant scolarisé dans une école maternelle ou élémentaire publique ou privée sous contrat est accueilli pendant le temps scolaire pour y suivre les enseignements prévus par les programmes. Il bénéficie gratuitement d'un service d'accueil lorsque ces enseignements ne peuvent lui être délivrés en raison de l'absence imprévisible de son professeur et de l'impossibilité de le remplacer. Il en est de même en cas de grève.* »

⁹⁶¹ En deçà, l'obligation d'accueil incombe à l'État, en application de l'article L. 133-1 du Code de l'éducation.

⁹⁶² Circulaire n° 2008-111 du 26 août 2008, *BO* n° 33 du 4 septembre 2008.

⁹⁶³ Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979, portant réglementation du droit de grève des personnels des sociétés nationales de programme et de l'établissement public de diffusion, *JORF* du 27 juillet 1979.

⁹⁶⁴ 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, déclarée conforme par le Conseil constitutionnel le 16 août 2007, n° 2007-556 DC. Voir F. MELLERAY, « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA*, 2007, p. 1752 ; J.-E. RAY, « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.*, 2007,

service minimum dans les transports. La loi n'a prévu aucune procédure de réquisition des salariés grévistes et s'est borné à légaliser une procédure de prévention des conflits, tout dépôt de préavis devant désormais être obligatoirement précédé d'une négociation préalable de huit jours francs. La grève doit ainsi être le dernier recours, une fois la voie de la négociation épuisée⁹⁶⁵. Si la grève ne peut pas être évitée, les salariés doivent déclarer leur intention de faire la grève à leur employeur au moins quarante-huit heures à l'avance. Les personnels qui finalement renonceraient à participer à un mouvement de grève annoncé ou qui décideraient de reprendre le travail sont tenus de le déclarer à l'employeur au moins vingt-quatre heures à l'avance⁹⁶⁶. C'est dans ce cadre que l'autorité organisatrice sera en mesure d'établir un plan de transport, déterminant les dessertes prioritaires et le niveau de service et permettant la réaffectation des salariés en conséquence. Les usagers doivent en être informés au moins vingt-quatre heures avant la perturbation. Au bout de huit jours de grève, une consultation peut être organisée, dont le résultat ne saurait affecter l'usage du droit de grève des salariés, mais qui vise en réalité à instaurer un rapport de force défavorable aux grévistes au sein de l'entreprise ou vis-à-vis de l'opinion publique⁹⁶⁷. Dès le début de la grève, les parties pourront également désigner un médiateur disposant des pouvoirs prévus par l'article R. 2523-11 du Code du travail. Cette loi ne constituant pas une loi générale, se bornant à encadrer des « *points particuliers* », le Conseil d'État a maintenu sa jurisprudence *Dehaene* accordant aux autorités gestionnaires du service public des transports terrestres le soin de réglementer l'exercice du droit de grève⁹⁶⁸.

275. Parallèlement, la loi du 19 mars 2012, dite loi DIARD⁹⁶⁹, a instauré au sein des transports aériens ces mêmes principes de prévisibilité et d'organisation de l'activité, selon des mesures d'information et non de service minimum. Ici encore, le législateur n'a pas prévu de mécanisme de réquisition. Cette prudence s'explique par le fait que l'activité aérienne n'est

p. 1205. Pour une appréciation contraire, voir F. SARAMITO, « Un précédent dangereux : les restrictions du droit de grève dans les services publics de transport terrestre de voyageurs », *Dr. ouvr.*, 2008, p. 191.

⁹⁶⁵ Sur le processus de négociation, voir J.-E. RAY, « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.*, 2007, p. 1205, spéc. pp. 1212-1213.

⁹⁶⁶ Cette « obligation de déclaration préalable, qui ne saurait être étendue à l'ensemble des salariés, n'est opposable qu'aux seuls salariés dont la présence détermine directement l'offre de services » (DC n° 2007-556 du 16 août 2007, cons. 29).

⁹⁶⁷ F. MELLERAY, « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA*, 2007, p. 1752.

⁹⁶⁸ CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262.

⁹⁶⁹ Loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, *JORF* n° 0068 du 20 mars 2012.

plus un service public depuis 2003⁹⁷⁰. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a validé l'encadrement du droit de grève des salariés de ce secteur d'activité, non pas au nom du principe de continuité du service public, mais au nom du « *bon ordre et [de] la sécurité des personnes dans les aérodromes et, par suite, [de] la préservation de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle* »⁹⁷¹. Les salariés « *dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols* » ont l'obligation d'informer leur employeur de leur intention de participer à la grève au plus tard quarante-huit heures à l'avance. Le salarié qui a déclaré son intention de participer à la grève et qui renonce à y participer en informe son employeur au plus tard vingt-quatre heures avant l'heure prévue de sa participation à la grève, il en va de même du salarié gréviste qui décide de reprendre son service⁹⁷². La désignation d'un médiateur et l'organisation d'une consultation au-delà de huit jours de grève se fait dans les mêmes conditions que dans les transports terrestres⁹⁷³.

276. Pour autant, les préavis imposés par le législateur sont insuffisants pour garantir la prévisibilité du trafic, qu'il s'agisse des transports terrestres de voyageurs ou du transport aérien, dès lors que le salarié dispose de la faculté se mettre en grève comme il l'entend à l'intérieur de la période de préavis. En effet, le salarié relevant des catégories indispensables à l'exécution de chacun des niveaux de service prévus dans le plan de transport adapté a l'obligation de déclarer son intention de participer à une grève au moins quarante-huit heures avant d'y participer lui-même, et non pas à l'échéance fixée par le préavis ou avant le commencement effectif de la grève⁹⁷⁴. La permission d'un tel « va-et-vient » à l'intérieur du préavis réduit considérablement la portée de la déclaration individuelle de l'agent, qui dispose d'une marge de liberté à chaque prise de service sur la base d'un « *choix permanent et non définitif* »⁹⁷⁵. Bien qu'il soit logiquement interdit à l'agent de quitter son service en cours de

⁹⁷⁰ Il ressort des dossiers législatifs des lois n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France et n° 2004-734 du 26 juillet 2004 modifiant la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France que l'activité de transport aérien n'a pas la qualité d'un service public.

⁹⁷¹ DC, 15 mars 2012, n° 2012-650, *Loi relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports*, cons. 7.

⁹⁷² Articles L. 1114-3 et s. du Code des transports.

⁹⁷³ Articles L. 1114-5 et L. 1114-6 du Code des transports.

⁹⁷⁴ DC, du 21 août 2007, n° 2007-556, cons. 29 ; CE, 19 mai 2008, *syndicat SUD-RATP*, n° 312329 ; CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262 ; Cass. soc. 11 février 2015, n° 13-14.607, publié au *Bulletin*.

⁹⁷⁵ En ce sens, M.-C. ROUAULT et F. DUQUESNE, « Que reste-t-il de l'interdiction de la grève tournante au sein du service public ? », *RJS*, n° 3/2007, p. 9, spéc. n° 9 ; V. égal. F. DUQUESNE, « Autodétermination des grévistes lors de la prise de service dans le secteur des transports de voyageurs », *Dr. soc.*, 2010, p. 1099.

service⁹⁷⁶, la liberté dont dispose le salarié entre deux prises de service a de quoi empêcher toute prévisibilité et toute fiabilité du plan de transport dans les entreprises concernées. En définitive, à l'instar du secteur privé, le dialogue social en amont et la gestion négociée des conflits collectifs demeure la voie la plus efficace pour préserver les intérêts des parties en présence⁹⁷⁷.

277. En définitive, le point commun entre les lois du 20 août 2008, du 21 août 2007 et du 19 mars 2012 est de ne pas avoir prévu de mesures spécifiques de réquisitions des grévistes, ce qui prive le gestionnaire de toute possibilité d'imposer la continuité du service public lorsque les moyens en personnel sont insuffisants⁹⁷⁸. L'effet de ce cadre juridique lacunaire se limite donc pour les usagers du service à une amélioration de la prévisibilité de l'activité alors que tant la lettre de la Constitution que la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁹⁷⁹ aurait autorisé le législateur à plus d'audace par la création d'un réel service minimum. L'inachèvement des dispositifs illustre l'embarras du législateur en la matière, la conciliation entre continuité du service public et droit de grève relevant bien davantage d'un choix politique que de contraintes juridiques.

278. Bilan de section. L'encadrement du droit de grève dans les services publics résultent d'un enchevêtrement de textes épars et/ou anciens, qui ne permettent pas de concilier efficacement les deux principes constitutionnels que sont le droit de grève du travailleur et les principes de continuité et de bon fonctionnement du service public. Or, si le service public a pour objet et pour finalité de satisfaire les besoins de la population, on peut difficilement admettre une discontinuité du service par un usage répété du droit de grève des personnels sans affaiblir d'autant la notion et le particularisme du service public.

⁹⁷⁶ CE, 29 décembre 2006, n° 286294, CE, 11 juin 2010, *Syndicat SUD-RATP*, n° 333262 ; Cass. soc., 13 mai 2009, n° 07-44.952 et n° 07-44.952 ; Cass. soc., 9 février 2010, n° 09-40.128.

⁹⁷⁷ Voir, préalablement à la loi du 16 août 2007, les dispositifs conventionnels d'« alarme sociale » mis en place à la RATP (C. MARQUIS, « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Dr. soc.*, 2003, pp. 583-590) ou de « demande de concertation immédiate » mis en place à la SNCF (N. OLSZAK et S. SCHAEFFER, « La prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *JCP A*, 2005, n° 29.1273).

⁹⁷⁸ Voir not. le rapport d'information déposé le 4 mars 2009 par la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire du Sénat sur la mise en application de la 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.

⁹⁷⁹ Dans les décisions *Loi de cohésion sociale* et *Loi de modernisation sociale*, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946, « tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties ».

Une refonte générale de l'encadrement du droit de grève au sein des services publics devrait ainsi être menée par le législateur après inventaire des missions qualifiées de services publics par les autorités administratives. La nature juridique (privée ou publique) de l'autorité gestionnaire ne devrait ici pas être prise en compte puisqu'elle est indifférente à la satisfaction des besoins essentiels de la population.

Il conviendrait, dans un premier temps, d'identifier les services publics *vitaux* pour la population. Ne pouvant souffrir d'aucune interruption, ces services liés à la souveraineté étatique (par ex : défense nationale, activité gouvernementale, nucléaire) justifient une interdiction totale du droit de grève des personnels et le maintien d'une continuité en toute circonstance.

Dans un deuxième temps, il conviendrait d'identifier les services publics *essentiels* qui nécessitent une restriction du droit de grève des personnels par la mise en place d'un service minimum (par ex : transports, services de santé, éducation et enseignement supérieur, télécommunications, gestion des énergies et eau). Ce service minimum serait défini par voie réglementaire au regard des spécificités de chaque service public et des répercussions effectives de la grève sur les usagers. Pourrait aussi être créée, comme l'a proposé un auteur, une autorité administrative indépendante, composée de représentants d'employeurs, de personnels et d'usagers, chargée d'organiser le service minimum des services jugés essentiels et disposant pour cela de pouvoirs de réglementation, d'injonction et de sanction⁹⁸⁰.

Dans un troisième temps, enfin, resteraient les services publics qui peuvent supporter des interruptions temporaires et/ou répétées, notamment du fait d'une offre concurrentielle satisfaisante et abordable (par ex : audiovisuel, radiophonie, services postaux) et qui, de ce fait ne nécessitent pas d'encadrement exorbitant du droit commun ni de restriction du droit de grève, sous la réserve usuelle de l'abus de droit. Cette dernière catégorie met toutefois en avant le caractère parfois artificiel de la distinction entre les activités privées et les activités de service public, principalement en matière économique. Le fait que l'utilisateur, dont les besoins justifient l'existence même du service public, puisse supporter des interruptions répétées de l'activité, notamment parce qu'il dispose d'une large offre pour obtenir la prestation souhaitée, interroge sur la légitimité de l'intervention publique dans ce secteur.

⁹⁸⁰ En ce sens, voir M. COURRÈGES, *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, préf. D. BAILLEUL, 2015, Anne Rideau Éd., spéc. pp. 348 et s.

CONCLUSION DE CHAPITRE

279. L'octroi d'un régime protecteur exorbitant du droit commun du travail a longtemps été perçu comme un gage de stabilité des relations sociales au sein des services publics. Toutefois, au cours du 20^{ème} siècle, les personnels du service public, sensibles aux évolutions de la société, ont légitimement revendiqué le bénéfice des avancées sociales obtenues par leurs homologues du secteur privé. Tandis que la faculté accordée aux travailleurs de se coaliser pour faire valoir leurs intérêts corporatistes, au besoin sous la menace de la grève, a corrélativement affaibli l'employeur-puissance publique, la confrontation entre, d'un côté, les intérêts particuliers des travailleurs et, de l'autre, l'intérêt général poursuivi par l'action publique a bouleversé les modalités traditionnelles de réalisation du service public.

Les droits collectifs des travailleurs (liberté syndicale et droit de grève) et les impératifs du service public (bon fonctionnement et continuité) ayant chacun acquis une valeur constitutionnelle, il convient, au sein d'une société démocratique, d'opérer des conciliations de nature à préserver les différents intérêts en présence. Les difficultés qui en résultent concernent avant tout la question, jamais totalement résolue, de l'encadrement du droit de grève au sein des services publics. En effet, droit fondamental octroyé au travailleur en vue de défendre ses intérêts professionnels, la cessation collective et concertée du travail est de nature à s'opposer à l'intérêt général puisqu'elle a pour effet immédiat de priver les usagers de l'accès au service public en cause.

CHAPITRE 2. LA RECONNAISSANCE RESTREINTE DES DROITS INDIVIDUELS DU TRAVAILLEUR DU SERVICE PUBLIC

280. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, DUGUIT estimait qu'aucune restriction ne devait être apportée à la liberté individuelle des fonctionnaires⁹⁸¹. Cette conception, qui tend à assimiler le fonctionnaire à n'importe quel travailleur, nous paraît difficilement concevable au sein d'un régime de travail dont l'exorbitance est précisément revendiquée et justifiée au nom de l'intérêt général. DURKHEIM résumait ainsi la dualité de l'agent public : « *Tout fonctionnaire est un personnage double. C'est un agent de l'autorité publique, à un degré quelconque ; mais il est, en même temps, un homme privé, un citoyen comme les autres ; [...] s'il pouvait vivre ces deux personnages successivement, de telle sorte que l'un n'empiète pas sur l'autre, il n'y aurait pas de difficulté. Dans le service, il relève des règles spéciales qui président à ce service et il n'a qu'à s'y conformer ; dans sa vie d'homme, il ne relèverait que de sa conscience et de la morale publique. Malheureusement cette dissociation radicale est impossible. Il est parfois difficile au fonctionnaire, dans l'exercice même de sa fonction, d'oublier sa conscience d'homme, et il est impossible à l'homme, même en dehors de sa fonction, de dépouiller complètement sa qualité de fonctionnaire. Elle le suit jusque dans sa vie privée. C'est là ce qui fait la question ; c'est de là que viennent tant de cas de conscience malaisés à résoudre.* »⁹⁸²

Pour ces raisons, la satisfaction de l'intérêt général qui incombe à l'administration fait parfois obstacle à l'effectivité de certains droits et libertés du travailleur, le fonctionnaire étant en outre soumis à des devoirs et obligations résultant de l'appartenance à la fonction publique. Plus précisément, ses obligations déontologiques peuvent ainsi restreindre la liberté d'expression ou le droit au respect de la vie personnelle dont il devrait en principe disposer.

Aussi, malgré les évolutions apportées depuis le Statut de 1946, les droits des agents publics connaissent encore des limitations qui leur sont spécifiques. Bien que la liberté d'expression (**Section 1.**) et le droit au respect de la vie privée (**Section 2.**) figurent parmi les principaux moyens à disposition du travailleur subordonné pour résister au pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, ils ne peuvent être pleinement effectifs au profit du fonctionnaire et doivent être conciliés avec les contraintes inhérentes à la mission de service public. A l'inverse, on ne saurait admettre que le travailleur du service public soit davantage exposé aux

⁹⁸¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, 1923, pp. 214-218.

⁹⁸² E. DURKHEIM, « Débat sur le rapport des fonctionnaires et de l'État », *Textes*, vol. 3, Paris, Les Éditions de minuit, 1975 [1908], coll. Le sens commun, pp. 189-202 ; spéc. 192.

risques professionnels que son homologue du secteur privé au motif qu'il exercerait au sein d'une activité d'intérêt général. Pour autant, on constate que la nature de l'activité ou son mode de gestion peut interférer sur l'effectivité de la protection qui lui est accordée (**Section 3.**).

SECTION 1. L'ENCADREMENT DES LIBERTÉS D'OPINION ET D'EXPRESSION DU FONCTIONNAIRE

281. À la différence de la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁸³, le statut général de la fonction publique opère une distinction entre la liberté d'opinion du fonctionnaire, largement reconnue (§1) et la liberté d'expression, largement encadrée (§2).

§1. Une liberté d'opinion largement reconnue

282. La liberté d'opinion est protégée tant par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen⁹⁸⁴ que par le cinquième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁹⁸⁵ ou encore l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. S'agissant plus spécifiquement des fonctionnaires, l'article 6 du statut général⁹⁸⁶ leur garantit « *la liberté d'opinion* » tandis que l'article 18 précise qu'il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, « *des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé* »⁹⁸⁷. La protection de la liberté d'opinion est très étroitement liée au principe d'égalité entre les agents publics, l'ignorance par les autorités administratives supérieures des opinions de leurs agents étant la première garantie qu'elles y seront indifférentes⁹⁸⁸. Comme

⁹⁸³ La convention ne distingue pas entre liberté d'opinion et de conscience et liberté d'expression. L'article 9 garantit à tous la « *liberté de pensée, de conscience et de religion* » et précise que « *ce droit implique [...] la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé [...]* ». Cette distinction est source d'incompréhension entre nos deux conceptions de la liberté d'expression, notamment en matière religieuse.

⁹⁸⁴ La DDHC proclame, dans son article 10, que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* » et dans son article 11 que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

⁹⁸⁵ « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.* »

⁹⁸⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁹⁸⁷ L'article 16 du statut de la fonction publique du 19 octobre 1946 avait déjà expressément interdit la mention dans le dossier d'un fonctionnaire, des opinions politiques, philosophiques ou religieuses de l'intéressé.

⁹⁸⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, 15^{ème} éd., n° 280, p. 244.

l'a souligné le rapporteur public Pascale FOMBEUR, « *la véritable signification de cette liberté n'est pas de permettre à chacun d'avoir les opinions qu'il veut, car on ne peut empêcher un homme de penser* » mais d'offrir « *la garantie de n'être lésé dans aucun de ses droits, de n'être l'objet d'aucune discrimination en conséquence de l'usage que l'on fait de cette liberté* »⁹⁸⁹. En conséquence, le Conseil d'État prohibe toute discrimination fondée sur les opinions politiques, philosophiques ou religieuses de l'individu dans l'accès aux fonctions et le déroulement de carrière⁹⁹⁰. Seuls les emplois à la discrétion du gouvernement font exception. La forte dimension politique de ces emplois à haute responsabilité, sur lesquels le gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire de nomination et de révocation, implique inévitablement que ce dernier ait connaissance des convictions politiques de leurs titulaires⁹⁹¹.

283. Néanmoins, la protection de la liberté d'opinion n'autorise pas au fonctionnaire en service de faire jouer une quelconque « *clause de conscience* »⁹⁹². En effet, le principe de neutralité des services publics s'oppose fermement à ce qu'un fonctionnaire puisse contester ou refuser d'appliquer une politique gouvernementale dont il est tenu, de par ses fonctions, d'assurer la mise en œuvre. Sur ce point, la condition du fonctionnaire, bien qu'elle soit règlementaire, doit être rapprochée de celle du salarié, tenu d'exécuter les fonctions pour lesquelles il a été recruté en raison des engagements contractuels auxquels il a souscrit. Ce n'est qu'au stade de l'extériorisation des opinions que le particularisme du service public intervient.

§2. Une liberté d'expression largement encadrée

284. Le fonctionnaire n'a jamais joui de l'exercice total et effectif de la liberté d'expression, nonobstant le fort ancrage juridique dont celle-ci dispose⁹⁹³. Plusieurs impératifs du service

⁹⁸⁹ P. FOMBEUR, « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 28 février 2001, Casanovas », *RFDA*, 2001, p. 399.

⁹⁹⁰ V. not. CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss, Lebon* p. 379 ; CE, 8 décembre 1948, n° 91.406, *Delle Pasteau, Lebon* p. 464 ; CE, avis, 30 mai 2000, n° 217017, *Mlle Marteaux, JORF*, 23 juin, p. 9471.

⁹⁹¹ Par exemple, il est expressément prévu que le dossier des préfets et des sous-préfets puisse porter mention de leurs opinions politiques (article 15 du décret du 29 juillet 1964 et article 18 du décret du 14 mars 1964).

⁹⁹² À l'exception du personnel médical relativement à l'interruption volontaire de grossesse (Voir les articles L. 2212-8, L. 2123-1 et R. 4127-2 du Code de la santé publique).

⁹⁹³ L'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose que « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* » L'article 10 de la Convention européenne stipule dans un premier paragraphe que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités*

public s'y opposent : la neutralité et le bon fonctionnement des services publics mais également la réputation de l'administration ou encore la dignité de la fonction⁹⁹⁴, autrement dit des éléments indispensables à la confiance du citoyen dans une société démocratique.

C'est pourquoi le silence du statut général de la fonction publique sur l'existence tant d'une liberté d'expression que d'un devoir de réserve à la charge du fonctionnaire est d'autant plus surprenant⁹⁹⁵. L'obligation de réserve est une création prétorienne, dégagée sur le double fondement du principe hiérarchique et du principe de neutralité des services publics⁹⁹⁶ et née de la crainte que ces derniers ne se transforment « *en clubs, où les fonctionnaires discuteraient entre eux et avec les usagers des grandes questions politiques, économiques et sociales du jour [ce qui] conduirait tout droit l'État à l'anarchie* »⁹⁹⁷.

285. En substance, le devoir de réserve à l'égard des autorités publiques impose au fonctionnaire d'observer une certaine retenue dans l'extériorisation de ses opinions pour ne pas porter atteinte à l'intérêt du service⁹⁹⁸. Ont ainsi été considérées comme un manquement au devoir de réserve les critiques injurieuses proférées par un fonctionnaire dans l'exercice de ses mandats syndicaux à l'égard des autorités de l'État assorties d'incitations à l'indiscipline collective⁹⁹⁹ ou encore le fait pour une chargée de mission pour les droits de la femme auprès d'un préfet, et par ailleurs présidente et animatrice d'une association, d'avoir publié plusieurs communiqués dénonçant la suppression du ministère des droits de la femme et critiquant la politique du Gouvernement¹⁰⁰⁰. Bien évidemment, l'utilisation de nouvelles technologies de

publiques et sans considération de frontière » mais admet dans un second paragraphe que « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique.* »

⁹⁹⁴ CE, 25 janvier 2006, *M. Joseph X*, n° 280.165 : suspension temporaire de deux ans d'un inspecteur général de l'Éducation nationale, président d'un jury de Capes, qui, en faisant croire à la divulgation des sujets du concours par un faux collectif d'étudiants contraignant ainsi l'administration à imprimer de nouveaux sujets peu avant les épreuves, a, par son attitude, « *porté atteinte à la dignité des fonctions qu'il occupait* ».

⁹⁹⁵ Seuls certains statuts particuliers traitent de ces obligations (magistrats et militaires, voir *supra*, chapitre 1).

⁹⁹⁶ Le devoir de réserve « *impose aux fonctionnaires, en dehors de leur service, de s'exprimer avec une certaine retenue, d'éviter, compte tenu du principe de subordination hiérarchique et de neutralité des services publics, toute expression outrancière d'opinions et de critiques injurieuses ou matériellement inexactes, d'une manière générale toute manifestation d'opinion, tout comportement de nature à porter atteinte à l'autorité de la fonction* ». (Réponse ministérielle n° 845, JOAN, 14 octobre 1959, p. 1791).

⁹⁹⁷ G. MORANGE, « La liberté d'opinion des fonctionnaires publics », *Rec. Dalloz*, 1953, chron. n° 154.

⁹⁹⁸ CE, 11 janvier 1935, *Bouzanquet, Lebon* p. 44 ; CE, 22 novembre 1989, *Giresse, Lebon* p. 234.

⁹⁹⁹ CE, 23 avril 1997, *Bitauld*, n° 179.962, *T. Lebon* p. 901.

¹⁰⁰⁰ CE, 28 juillet 1993, n° 97.189, *Lebon*.

l'information et de la communication ne libère pas l'agent public de ses obligations déontologiques¹⁰⁰¹.

286. Le juge administratif se livre à une appréciation extrêmement nuancée du comportement de l'agent. L'intensité de l'obligation de réserve varie notamment selon le grade de l'agent, la nature des fonctions et du lieu d'expression des opinions ou leur lien avec le service. Cette casuistique explique sans doute pourquoi le législateur n'a pas souhaité intégrer le devoir de réserve dans le statut général de la fonction publique¹⁰⁰². Enfin, l'intensité de l'obligation varie nécessairement selon l'activité publique en cause. Le professeur de l'enseignement supérieur jouit ici d'une liberté élargie en raison des manifestations d'opinions nécessitées par la nature même du service public de l'enseignement supérieur. Au contraire, les fonctionnaires mêlés à l'action gouvernementale, aux forces de l'ordre ou encore aux magistrats sont soumis à un strict devoir de réserve. Le Conseil d'État a ainsi approuvé la décision de l'administration de mettre fin aux fonctions d'un sous-préfet d'arrondissement ayant publié « *sous sa signature un article dans lequel il s'exprimait de manière vivement polémique à l'égard tant de différentes personnalités françaises que d'un État étranger et alors même qu'il traitait de questions sans rapport avec l'exercice quotidien de son activité de sous-préfet* »¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ Voir not. CE, 7 avril 2006, *Rodriguez*, n° 257.624, *Lebon* p. 939 ; CE, 15 octobre 2003, *Odent c/ Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 244.428, *Lebon* p. 402. Plus largement, voir J. MEKHANTAR, « Manquement à l'obligation de discrétion professionnelle par courriel », *AFJP*, 2007.28.

¹⁰⁰² Selon Monsieur LE PORS, ancien ministre de la Fonction Publique, c'est volontairement que le devoir de réserve n'a pas été intégré aux obligations des fonctionnaires en 1983, un amendement tendant à l'inscription de l'obligation de réserve dans la loi ayant été rejeté par l'Assemblée nationale le 3 mai 1983. Monsieur LE PORS avait défini le devoir de réserve comme « *une construction jurisprudentielle extrêmement complexe, qui fait dépendre la nature et l'étendue de l'obligation de réserve de divers critères dont le plus important est la place du fonctionnaire dans la hiérarchie* », justifiant ainsi le contrôle casuistique par le juge administratif. Lors du récent projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires pourtant destiné à « *consacrer les valeurs fondamentales* », les syndicats se sont opposés, probablement en raison de son caractère flou et malléable, à son introduction dans le statut. On peut le regretter. Après avoir souligné le paradoxe tenant à prétendre que le service de l'intérêt général justifie des droits et des garanties particuliers et à considérer que les libertés des fonctionnaires doivent être nécessairement les mêmes que celles des salariés, le Professeur MELLERAY soulignait que la codification était techniquement parfaitement envisageable, les exemples étrangers ne manquant d'ailleurs pas (F. MELLERAY, « L'impossible codification de l'obligation de réserve des fonctionnaires ? », *AJDA*, 2013.1593. Voir égal. Ch. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012, spéc. p. 432).

¹⁰⁰³ CE, 23 avril 2009, *M. Guigue*, n° 316.862, *Lebon* p. 165. À ce propos le rapporteur public s'interrogeait : « *Peut-être que la publication d'un tel article aurait pu être admise si l'intéressé avait occupé un emploi auquel on accorde traditionnellement une grande liberté d'expression (dans l'enseignement supérieur par exemple), ou bien s'il avait occupé un emploi purement technique. Mais le corps préfectoral représente l'administration aux yeux du public et doit donc respecter une obligation de réserve particulièrement sourcilleuse sur les sujets politiques et sociaux.* » (I. DE SILVA, concl. sur CE 23 avril 2009, *M. Guigue*,

De même, manque à son devoir de réserve le chef d'escadron de la gendarmerie nationale, qui, par voie médiatique, critique directement « *la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique au moment même où celle-ci était en débat devant le Parlement* »¹⁰⁰⁴. Dans cet affaire dite *Matelly*, ce n'était pas les termes – mesurés – employés par le gendarme qui caractérisaient le manquement au devoir de réserve, mais bien le fait de s'être exprimé publiquement au moment même où les représentants de la nation devaient s'exprimer. C'est donc le moment choisi par le gendarme pour s'exprimer qui portait atteinte à la crédibilité et à la confiance de la population à l'égard des autorités publiques en charge de la sécurité.

La position du juge interne a en l'espèce été validée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Si les fonctionnaires bénéficient par principe, à l'instar des autres travailleurs, de la protection de l'article 10 de la Convention¹⁰⁰⁵, la Cour européenne admet que leur parole puisse dans certaines circonstances être restreinte¹⁰⁰⁶. Dans cette affaire *Matelly*, après avoir rappelé que « *l'article 10 ne s'arrête pas aux portes des casernes* », la Cour a affirmé « *être attentive aux particularités de la condition militaire et à ses conséquences sur la situation des membres des forces armées : l'État doit donc pouvoir imposer des restrictions à la liberté d'expression là où existe une menace réelle pour la discipline militaire* ». La Cour européenne en a conclu que les propos tenus par le requérant gendarme « *dans les différents médias, faisant en particulier référence à une manipulation des chiffres de la délinquance par les officiers de gendarmerie, et à une absence de contrôle par la hiérarchie* » étaient « *de*

AJDA, 2009, p. 1373). Cet arrêt est important, d'une part parce qu'ici le critère de publicité a été écarté (la consultation de l'article sur un blog nécessitait des recherches, il n'avait pas été repris par un organe de presse) et d'autre part, parce que le fonctionnaire n'avait pas publié sous sa qualité de fonctionnaire mais seulement en son nom propre, sans aucune référence à la fonction exercée. C'est l'exemple type des obligations de fonctionnaires qui perdurent en dehors des fonctions.

¹⁰⁰⁴ CE, 12 janvier 2011, *Mattely*, n° 338461 ; CE, 9 avril 2010, n° 312.251.

¹⁰⁰⁵ CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, A-323 : la Cour a considéré que la révocation d'un fonctionnaire en raison de ses opinions relevait de l'article 10 de la CEDH selon lequel toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées. Cet arrêt a été l'occasion de préciser que les fonctions publiques relevaient elles aussi de l'article 10 : « *S'il apparaît légitime pour l'État de soumettre [les fonctionnaires], en raison de leur statut, à une obligation de réserve, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 10 de la Convention. Il revient donc à la Cour, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 10 § 2. En exerçant ce contrôle, la Cour doit tenir compte du fait que, quand la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les "devoirs et responsabilités" visés à l'article 10 § 2 revêtent une importance particulière qui justifie de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée est proportionnée au but mentionné plus haut* » (§ 53).

¹⁰⁰⁶ Voir not. CEDH, 18 mai 2004, *Seurot c/ France*, n° 57383/00 ; CEDH, 28 octobre 1999, *Wille c/ Lichtenstein*, n° 28396/9 ; CEDH, 20 mai 1999, *Rekvényi c/ Hongrie*, n° 25390/94.

nature à porter atteinte à la crédibilité de ce corps militaire, et à la confiance du public dans l'action de la gendarmerie elle-même »¹⁰⁰⁷. En ce sens, l'obligation de réserve du fonctionnaire ne constitue finalement qu'une autre facette du devoir d'obéissance au service de l'intérêt général.

287. En comparaison, le droit privé du travail reconnaît largement un droit de libre expression aux « *citoyens-salariés* ». La Chambre sociale de la Cour de cassation exclut d'ailleurs l'existence d'une telle obligation de réserve à la charge des salariés, même de ceux exerçant les plus hautes fonctions dans l'entreprise¹⁰⁰⁸.

À titre collectif tout d'abord, les salariés bénéficient « *d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* »¹⁰⁰⁹ qui s'exerce dans le cadre de réunions collectives organisées sur les lieux et pendant le temps de travail¹⁰¹⁰. L'article L. 2281-3 du Code du travail précise que « *les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* ». Ce dispositif, qui n'a au demeurant pas rencontré le succès escompté auprès des salariés¹⁰¹¹, ne connaît pas d'équivalent au sein du droit de la fonction publique.

À titre individuel ensuite, la Chambre sociale accorde au salarié, depuis l'affaire *Clavaud*¹⁰¹², une liberté d'expression pleine et entière, sauf en cas d'abus de droit, restrictivement cantonné à la tenue de propos « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* »¹⁰¹³. L'appréhension du caractère injurieux ou diffamatoire des propos ne pose pas de difficulté en raison de la qualification pénale qui leur est assortie. En revanche, le caractère « *excessif* » demeure assez flou. Comme le Conseil d'État, la Cour de cassation fait preuve de nuance et prend en considération la forme des propos, le contexte ou la qualité des destinataires de l'expression, l'atteinte aux droits d'autrui, leur caractère mensonger, ou encore le désir de nuire animant éventuellement leur auteur. Mais à la différence du fonctionnaire, le salarié bénéficie d'un véritable « *droit de critiquer* »¹⁰¹⁴, même lorsqu'il exerce des fonctions de cadre supérieur¹⁰¹⁵. Aussi la Cour de

¹⁰⁰⁷ CEDH, 15 septembre 2009, *Matelly c/ France*, n° 30330/04, pp. 12-13.

¹⁰⁰⁸ Voir not. Cass. soc., 6 octobre 2010, n° 09-40.412 ; Cass. soc., 21 juin 2011, n° 10-14.361 ; Cass. soc., 29 février 2012, n° 10-15.043.

¹⁰⁰⁹ L. 2281-1 du Code du travail.

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull.*, V, n° 488.

¹⁰¹¹ Pour une réflexion sur les raisons de l'échec de ce dispositif mis en place par la loi Auroux du 4 août 1982, voir J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, tome 1, éd. PUR, 2001, pp. 456-460.

¹⁰¹² Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, *Bull.*, V, n° 257.

¹⁰¹³ Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-14.021.

¹⁰¹⁴ G. AUZÉRO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., 2017, n° 709, p. 825.

cassation a-t-elle écarté l'abus du salarié alors même que la Cour d'appel avait relevé que ce dernier avait « multiplié les accusations, les contestations, les polémiques et les sous-entendus »¹⁰¹⁶. Il résulte de la jurisprudence judiciaire, un salarié ne peut être sanctionné, sauf propos injurieux, diffamatoires et excessifs, pour avoir critiqué l'organisation du travail mise en place par l'employeur¹⁰¹⁷, la politique salariale¹⁰¹⁸ ou managériale¹⁰¹⁹ de l'entreprise, ou encore le bien-fondé d'une sanction disciplinaire¹⁰²⁰, même dans des termes les plus vifs, critiques ou ironiques¹⁰²¹.

288. Par un arrêt du 23 septembre 2015, la Chambre sociale a renforcé la protection dont jouit le salarié en refusant que les propos de ce dernier, fût-il directeur général de l'entreprise, puissent caractériser une violation de l'obligation de loyauté tirée du contrat de travail dès lors qu'ils n'étaient ni injurieux, ni diffamatoires ou encore excessifs¹⁰²². Ce faisant, la Chambre sociale a opéré une stricte distinction entre obligation de loyauté contractuelle et liberté fondamentale d'expression, fermant ainsi la porte à un retour déguisé de la perte de confiance comme cause de licenciement¹⁰²³. La portée de cette décision pourrait toutefois être limitée au cas de l'espèce. En effet, liberté d'expression et obligation de loyauté peuvent être imbriquées, notamment lorsque cette dernière est exercée par le salarié dans le cadre de sa vie privée¹⁰²⁴. Sur ce point, le juge administratif a adopté un raisonnement opposé : l'intensité du devoir de réserve et de l'obligation de loyauté qui pèsent sur le fonctionnaire dépend précisément de l'importance des fonctions et responsabilités qu'il exerce. Sur le fondement de la jurisprudence *Jamart*, le juge administratif autorise ainsi le chef de service à prendre des procédures de contrôle interne, notamment en cas de relation des agents avec les médias, dès

¹⁰¹⁵ Dans son arrêt du 23 septembre 2015 (n° 14-14021) ayant fait l'objet d'une publication au bulletin, la Chambre sociale utilise le terme « tout salarié » et non sa formule habituelle « le salarié » ; voir égal. Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, *Bull.*, V, n° 69, comm. J. MOULY, « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », *JCP E*, 2011, n° 21-22, 1422 ; Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.781.

¹⁰¹⁶ Cass. soc., 19 octobre 2010, n° 09-42.180.

¹⁰¹⁷ Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull.*, V, n° 488.

¹⁰¹⁸ Cass. soc., 21 septembre 2010, n° 09-42.382.

¹⁰¹⁹ Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-42.201 ; Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-10.082.

¹⁰²⁰ Cass. soc., 18 décembre 2013, n° 12-22.140.

¹⁰²¹ Cass. soc., 27 mars 2013, n° 11-19.734, *Bull.*, V, n° 95 ; Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-42.201 ; Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-41.500 ; Cass. soc., 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull.*, V, n° 488.

¹⁰²² Cass. soc., 23 septembre 2015, n° 14-14021, publié au *Bulletin*. La Chambre sociale avait auparavant admis une solution contraire (Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-41.550 ; Cass. soc., 15 avril 2008, n° 06-45.383).

¹⁰²³ Il est en effet traditionnellement admis que « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement ». (Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, *Bull.*, V, n° 183 ; Cass. soc., 31 mars 2004, n° 02-40.993).

¹⁰²⁴ Voir L. GRATTON, « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *Dr. soc.*, 2016, p. 4.

lors que les dispositions adoptées ne portent pas une atteinte excessive à la liberté d'expression des agents publics en excédant les limites des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service¹⁰²⁵.

289. En définitive, l'encadrement de la liberté d'expression du fonctionnaire est intimement lié à la conception classique selon laquelle la puissance publique, parce qu'elle est garante de l'intérêt général, dispose de pouvoirs exorbitants par rapport à l'employeur privé, auxquels le fonctionnaire doit se soumettre¹⁰²⁶. Comme le Professeur MORVAN l'exposait, « *la situation des agents publics [...] est clairement distinguée de celles des salariés [...] La mission de service public incombant à leur employeur confère une dimension et une gravité particulière au rapport de subordination. Celui-ci est fondé à exiger obéissance et discipline de son personnel non dans son propre intérêt mais dans celui de l'intérêt général.* »¹⁰²⁷

290. Mais l'intérêt général exige parfois que le fonctionnaire prenne la parole. Comme RIVERO l'observait, « *la réserve peut dégénérer en complicité : à se solidariser par le silence avec les comportements inadmissibles de quelques-uns, les agents d'un corps risquent de lui faire perdre l'autorité morale à laquelle il a droit* »¹⁰²⁸. Ce risque est particulièrement élevé au sein de l'institution militaire. L'importance du pouvoir hiérarchique s'observe à toutes les étapes de la vie professionnelle du militaire et les conséquences d'une parole publique de ce dernier jugée trop libre par sa hiérarchie ne se limitent pas au risque d'une sanction disciplinaire. En l'absence de tout paritarisme et toute représentation syndicale, elles peuvent influencer sur toutes les étapes administratives de la carrière des militaires qui demeurent en grande partie à la discrétion de la hiérarchie, telles que la notation du militaire, son avancement ou encore sa mutation. Le juge administratif n'assure d'ailleurs qu'un contrôle minimal sur l'avancement au choix ou sur les mutations, dont les justifications sont relativement aisées puisque le militaire est statutairement appelé à servir en tout temps et en

¹⁰²⁵ CE, 29 décembre 2000, *Syndicat SUD-Travail*, n° 213590, T., *Lebon* ; voir égal. les conclusions du rapporteur public FOMBEUR, « Liberté d'expression et discrétion professionnelles des fonctionnaires de l'administration du travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 263.

¹⁰²⁶ Toutefois, sur les rapprochements entre le droit du travail et le droit de la fonction publique au regard des techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur, voir A. FABRE, « Les techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur », in (dir. M. TOUZEIL-DIVINA et M. SWEENEY), *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité (s) du Droit ?*, L'Építoge-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, vol. 1, 2012, p. 65.

¹⁰²⁷ P. MORVAN, « La liberté d'expression des travailleurs français en droits français et américain », in *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, coll. Thèmes & commentaires Actes, Dalloz, 2008, pp. 173-203, spéc. p. 199.

¹⁰²⁸ J. RIVERO, « Sur l'obligation de réserve », *AJDA*, 1977.580.

tout lieu¹⁰²⁹. Dès lors, le flou entourant les contours de l'obligation de réserve est de nature à empêcher les militaires de s'exprimer publiquement, par crainte d'enfreindre les règles liées à leur condition militaire, ce qui peut être préjudiciable à la qualité des débats publics relatifs à la défense nationale au sein d'une société démocratique.

En dehors des faits relevant du secret de la défense nationale, retenir une conception trop stricte du devoir de réserve du fonctionnaire présente ainsi le risque de passer sous silence les dysfonctionnements du service public¹⁰³⁰, au risque d'alimenter la défiance du public. Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que la loi du 9 septembre 2016, dite Sapin 2¹⁰³¹, ait défini un statut du lanceur d'alerte¹⁰³² commun aux salariés et aux agents publics¹⁰³³. Une telle convergence n'existe pas en matière de protection de la vie privée du travailleur.

SECTION 2. LES RESTRICTIONS À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU FONCTIONNAIRE

291. L'agent public n'est jamais libéré de ses contraintes déontologiques. Même en dehors du service, il doit s'abstenir de tout acte contraire à l'honneur, à la probité ou encore à la dignité de ses fonctions. Il s'agit ici encore d'éviter que le fonctionnaire, par des agissements personnels cette fois, ne vienne nuire à la réputation du service et jeter le discrédit sur l'administration. Le juge administratif prend en considération trois éléments pour conclure à la faute disciplinaire du fonctionnaire en dehors du service : la nature des fonctions exercées par l'agent, la gravité des faits et la publicité donnée au comportement fautif. Ont ainsi été révoqués un professeur du secondaire irréprochable en service mais condamné pénalement

¹⁰²⁹ J.-H. MATELLY, « L'incertaine liberté critique du militaire », *AJDA*, 2005, 2156-2161.

¹⁰³⁰ Comme l'observe judicieusement le Professeur BEAUD, « *ce n'est pas en bâillonnant les fonctionnaires qu'on améliorera le fonctionnement de l'État* » (« Obligation de réserve ou devoir de parler ? Deux conceptions de la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 865).

¹⁰³¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et son décret d'application n° 2017-564 du 20 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

¹⁰³² Sur ce point, voir not. J. ICARD, « L'alerte individuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 545 ; S. DYENS, « Le lanceur d'alerte dans la loi "Sapin 2" : un renforcement en trompe-l'œil », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p. 127. Voir égal. CE, 31 mars 2017, *Philippe Pichon*, n° 392316 (refus d'accorder la qualité de lanceur d'alerte à un ex-commandant de police ayant transmis à la presse les fiches de célébrités issues du système de traitement des infractions constatées (STIC) afin d'en dénoncer les dysfonctionnements).

¹⁰³³ Sont toutefois exclus du régime de l'alerte « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale* » (article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée) ainsi que les armées (article 1^{er} du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017, précité).

pour recel de cassettes pornographiques mettant en scène des mineurs¹⁰³⁴ ou encore un commissaire de police stagiaire qui, alors qu'il était en congé, avait été expulsé d'un établissement de nuit après une rixe à laquelle il avait pris part en état d'ivresse, s'était prévalu de sa qualité pour pénétrer à nouveau dans l'établissement demander l'appui des forces de police appelées sur place et enfin, était demeuré en possession de son arme de service contrairement aux prescriptions du règlement général d'emploi de la police nationale¹⁰³⁵.

292. La condition du fonctionnaire est ici à l'opposé de celle du « *citoyen-salarié* ». L'employeur ne peut en principe exercer un contrôle sur la vie privée, et plus largement sur la vie personnelle de son personnel, qu'il s'agisse d'actes relevant de la vie extra-professionnelle ou d'actes relevant de la vie privée du salarié (*i.e.* de son intimité) commis dans le cadre de sa vie professionnelle¹⁰³⁶. C'est pourquoi, en dehors du lieu et du temps de travail, le salarié est réputé être dans une « *sphère imperméable à toute intrusion patronale* »¹⁰³⁷, libéré du lien de subordination et de toute collaboration à l'égard de l'employeur. Prenant appui tantôt sur l'article 9 du Code civil, tantôt sur les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel les événements tirés de la vie privée du salarié ne peuvent faire l'objet d'une sanction disciplinaire, à l'exception des cas où par le comportement incriminé, le salarié a manqué à l'une de ses obligations contractuelles¹⁰³⁸, telle que son obligation de loyauté¹⁰³⁹.

Pour autant, la frontière entre vie personnelle et vie professionnelle est tenue¹⁰⁴⁰. Le salarié pourra être licencié – pour un motif personnel et non disciplinaire – lorsque le comportement a engendré dans l'entreprise un « *trouble objectif caractérisé* »¹⁰⁴¹. Ainsi, le surendettement d'un directeur de banque ne peut justifier son licenciement, sauf à ce que l'employeur

¹⁰³⁴ CE, 8 juillet 2002, n° 237642.

¹⁰³⁵ CE, 1^{er} février 2006, n° 271676, *Lebon* p. 38.

¹⁰³⁶ Pour une distinction de ces notions, voir Ph. WAQUET, Y. STRUILLOU et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2014, pp. 183-189 ; Ph. WAQUET, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *Les Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1994.289 ; J.-Y. FROUIN, « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S*, 2010, 1087.

¹⁰³⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail*, tome 1, 1^{ère} éd., 2011, PUF, Thémis droit, spéc. p. 11.

¹⁰³⁸ Cass. soc., 4 octobre 2011, n° 10-18.862, *Bull.*, V, n° 220 ; Cass. soc., 25 janvier 2006, n° 04-44.918, *Bull.*, V, n° 26 ; Cass. soc., 16 mars 2004, n° 01-45.062 ; Cass. soc., 3 déc. 2002, n° 00-44.321, *Bull.*, V, n° 361.

¹⁰³⁹ Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-16.649, *Bull.*, V, n° 231 ; Cass. soc., 12 mai 2001, n° 99-40.584, *Bull.*, V, n° 159 ; Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 03-47.970.

¹⁰⁴⁰ Voir not. P. SARGOS, « L'homme n'est pas une île », *Dr. soc.*, 2004, p. 86.

¹⁰⁴¹ Cass. soc., 14 novembre 2000, n° 98-41.012, *Bull.*, V, n° 369 ; Cass. soc., 1^{er} avril 1992, n° 89-43.391.

rapporte la preuve que cet état a créé un trouble objectif au sein de l'entreprise¹⁰⁴². À l'inverse, est justifié le licenciement du salarié qui avait pour mission de diriger un établissement d'accueil et d'hébergement de personnes protégées et se livre, en dehors du lieu de travail, à des faits d'attentat à la pudeur sur mineure à l'origine d'une mise en examen, jetant ainsi le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et sur l'association qui l'employait¹⁰⁴³.

Sans préjudice du lien de subordination qui l'unit à son employeur, le salarié a droit au respect de sa vie privée sur le lieu et le temps de travail. L'article L. 1121-1 du Code du travail dispose de façon générale que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Doit donc être annulée la clause d'un règlement intérieur d'entreprise interdisant, de façon générale, aux salariés d'entretenir des conversations dont l'objet serait étranger au service¹⁰⁴⁴. De même, l'employeur ne peut prendre connaissance des fichiers de l'ordinateur ou de la messagerie électronique d'un salarié identifiés comme personnels¹⁰⁴⁵. Plus généralement, l'employeur est soumis au principe de loyauté de la preuve dans le procès civil¹⁰⁴⁶, auquel n'est pas astreinte l'administration, et qui a vocation à prévenir, en lui faisant perdre de son utilité, toute incursion intempestive de l'employeur dans la vie privée de son personnel.

293. La distinction entre la condition du fonctionnaire et celle du salarié a donc pu être résumée en ces termes : « *Disons-le carrément : le fonctionnaire est ou devrait être essentiellement vertueux quand le salarié n'a pas nécessairement à l'être, du moins ni à ce point ni comme cela.* »¹⁰⁴⁷ En effet, si les entreprises privées entretiennent légitimement leur réputation, les turpitudes des agents publics affaiblissent directement les autorités administratives qui les emploient et par là-même l'État-puissance publique. Pour se prémunir de la défiance de la population, l'État-employeur dispose donc de prérogatives exorbitantes pouvant restreindre, voire supprimer, certaines libertés ou droits du fonctionnaire, dont le

¹⁰⁴² Cass. soc., 16 décembre 1998, n° 96-43.540, *Bull.*, V, n° 559.

¹⁰⁴³ Cass. soc., 21 mai 2002, n° 00-41.128.

¹⁰⁴⁴ CE, 25 janvier 1989, n° 64.296, *Min. du Travail c/ Sté industrielle teinture et apprêts, T., Lebon*.

¹⁰⁴⁵ Cass. soc., 15 décembre 2009, n° 07-44.264 ; Cass. soc., 2 octobre 2011, *Nikon*, n° 99-42.942, *Bull.*, V, n° 291.

¹⁰⁴⁶ Cass. soc., 20 novembre 1991, *Néocel*, n° 88-43.120, *Bull.*, V, n° 519 ; Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-41.401, *Bull.*, V, n° 333 ; Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, *Bull.*, V, n° 352 ; Cass. soc., 18 octobre 2011, n° 10-25.706 ; Cass. soc., 10 janvier 2012, n° 10-23.482, *Bull.*, V, n° 2.

¹⁰⁴⁷ O. GOHIN, « Rapport de synthèse des journées de colloque », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, TOUZEIL-DIVINA (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'Épilogue-Lextenso, 2012, pp. 246-256, spéc. p. 254.

droit au respect de sa vie privée. Soumises au contrôle du juge administratif¹⁰⁴⁸, ces restrictions nous apparaissent justifiées lorsqu'elles participent directement à la bonne réalisation du service public, à la satisfaction de l'intérêt général. En revanche, tel n'est pas le cas en matière d'exposition aux risques professionnels, l'agent public devant autant que possible bénéficier des mêmes standards de protection que le salarié.

SECTION 3. L'AMÉLIORATION DE LA PROTECTION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DES PERSONNELS DU SERVICE PUBLIC

294. La protection de la sécurité physique du travailleur a été à l'origine même de la naissance du droit du travail¹⁰⁴⁹. Les premières lois sociales visaient, en encadrant les conditions d'hygiène et de sécurité du travail, à préserver le « capital humain », autrement dit la force de travail représentée par les salariés¹⁰⁵⁰. À cette première préoccupation s'est superposé un objectif d'employabilité : l'employeur doit veiller à ce que le salarié soit physiquement et mentalement apte à son poste de travail, à ce qu'il puisse occuper ou se maintenir dans l'emploi¹⁰⁵¹. En la matière, rien ne justifie que le travailleur du service public, parce qu'il relèverait d'un régime autre que celui prévu par le Code du travail et exercerait au sein d'une activité au service de l'intérêt général, soit moins bien protégé que son homologue du secteur privé. C'est pourquoi les règles relatives à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ont fait l'objet d'une certaine harmonisation (§ 1). Néanmoins, certains travailleurs bénéficient d'une protection amoindrie – voire largement insuffisante – lorsqu'ils exercent leurs fonctions au sein de certaines activités régaliennes, telles que le maintien de l'ordre et la sécurité nucléaire (§ 2).

¹⁰⁴⁸ Pour une étude sur les contrôles juridictionnels, d'objet ou d'intensité, encadrant le pouvoir de l'employeur au sein de l'entreprise et de l'administration, voir A. FABRE, « Les techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur », in (dir. M. TOUZEIL-DIVINA et M. SWEENEY) *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité (s) du Droit ?*, L'Épilogue-Lextenso, coll. L'Unité du Droit, vol. 1, 2012, spéc. pp. 65-84.

¹⁰⁴⁹ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 3^{ème} éd., 2015, pp. 67-74.

¹⁰⁵⁰ Voir not. loi du 21 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers ; loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles et de femmes dans les établissements industriels ; loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail ; loi du 17 juin 1913 sur le repos des femmes en couche.

¹⁰⁵¹ M. BLATMAN, P.-Y. VERKINDT, S. BOURGEOT, *L'état de santé du salarié*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 3^{ème} éd., 2014, spéc. p. 17.

§ 1. L'harmonisation des standards de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs

295. La protection de la santé et de la sécurité des personnes figure parmi les droits que la Constitution garantit à tous les citoyens¹⁰⁵². Elle a précisément le caractère d'un principe à valeur constitutionnelle qui justifie que des restrictions soient apportées à d'autres principes de même valeur, tels que la liberté d'entreprendre¹⁰⁵³ ou le droit de grève¹⁰⁵⁴. Il devrait *a fortiori* en aller de même lorsqu'elle entre en conflit avec des impératifs du service public. Les frontières disciplinaires et académiques sont en la matière dénuées de pertinence : « *La souffrance corporelle ou psychique est, en effet, susceptible d'être communément partagée.* »¹⁰⁵⁵ Assurément, la poursuite d'une mission de service public ne saurait justifier une mise en danger du travailleur, c'est-à-dire que celui-ci paye dans sa chair le prix de l'intérêt général. Une telle différence de traitement entrerait d'ailleurs en contradiction avec le principe d'égalité devant les charges publiques¹⁰⁵⁶.

296. Le droit de l'Union européenne participe également du mouvement d'harmonisation des régimes de travail. Les directives prises en matière de santé et sécurité incluent le secteur public dans leur champ d'application¹⁰⁵⁷ tandis que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 proclame dans son article 19 que « *tout travailleur doit bénéficier dans son milieu de travail de conditions satisfaisantes de protection de sa santé et de sa sécurité* », sans opérer de distinction en fonction de la nature de l'activité poursuivie. C'est ainsi que le législateur est intervenu pour prévoir des garanties communes aux agents publics et aux salariés en matière de harcèlement moral¹⁰⁵⁸.

297. Plus précisément, le législateur s'est très souvent inspiré des règles issues du droit privé du travail, quand il ne les a pas directement transposées au sein du droit de la fonction

¹⁰⁵² Article 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁰⁵³ DC n° 2015-727 du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, point 11.

¹⁰⁵⁴ DC n° 80-117 du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, point 4.

¹⁰⁵⁵ E. MARC, « Une protection accrue de la santé et de la sécurité de "l'homme au travail" dans la fonction publique », *AJDA*, 2011, p. 2284.

¹⁰⁵⁶ CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public pour l'année 2005.

¹⁰⁵⁷ En effet, l'article 153 du TFUE vise « *l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs* » et « *les conditions de travail* » sans préjudice des agents publics. Ainsi, le champ d'application de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail vise « *tous les secteurs d'activités, privés ou publics* » (article 1^{er}, 3°).

¹⁰⁵⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* du 18 janvier 2002.

publique¹⁰⁵⁹. Bien que la partie IV du Code du travail vise les travailleurs au sens large, elle ne s'applique pas de plein droit aux agents du secteur public, sauf lorsqu'une disposition du Code le prévoit expressément. Tel est notamment le cas des personnels employés au sein des établissements publics industriels et commerciaux, des agents de la fonction publique hospitalière ou encore des personnels employés dans les conditions du droit par les établissements publics administratifs, ce qui a notamment pour effet d'y rendre obligatoire l'instauration d'une commission de santé et de sécurité (ex-CHSCT)¹⁰⁶⁰, dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹⁰⁶¹. Les agents de la fonction publique territoriale et de celle de l'État ne sont quant à eux pas directement visés par le Code du travail, mais des textes particuliers leur garantissent l'application des dispositions de sa partie IV¹⁰⁶².

En outre, la loi du 5 juillet 2010 a transformé les Comités d'hygiène et de sécurité (CHS) prévalant jusqu'alors dans la fonction publique de l'État¹⁰⁶³ et dans la fonction publique territoriale¹⁰⁶⁴ en Comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), sur le modèle institué par le Code du travail - dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 organisant la fusion des institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise¹⁰⁶⁵. Par ailleurs, le statut général de la fonction publique met à la charge des chefs de service l'obligation de veiller à la sécurité et à la protection de la santé de leurs agents¹⁰⁶⁶, obligation qui s'inspire directement des dispositions de l'article L. 4121-1 du Code du travail. Plus encore, les règles de prévention et de traçabilité des expositions professionnelles des cinq premiers livres de la partie IV du Code du travail sont directement

¹⁰⁵⁹ Voir not. E. MARC, « Une protection accrue de la santé et de la sécurité de "l'homme au travail" dans la fonction publique », *AJDA*, 2011, p. 2284 ; S. QUINTON-FANTONI et M. CARON, « Santé au travail : l'influence du secteur privé sur la fonction publique territoriale », *RDSS*, 2013, p. 83.

¹⁰⁶⁰ Articles L. 4111-1, L. 4111-2 et L. 4643-4 du Code du travail. Pour une présentation des dispositions relatives à la santé et la sécurité des travailleurs telles qu'issues de la recodification du Code du travail, voir H. LANOUZIÈRE, « La santé et la sécurité au travail », *AJDA*, 2008, p. 861.

¹⁰⁶¹ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales (spéc. article 4).

¹⁰⁶² Décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique et décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.

¹⁰⁶³ Article 10.

¹⁰⁶⁴ Article 18.

¹⁰⁶⁵ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017.

¹⁰⁶⁶ Article 2-1 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982, tel que modifié par le décret n° 2011 du 28 juin 2011, relatif à l'hygiène et la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, *JORF* n° 49 du 30 juin 2011.

applicables aux agents publics sous la réserve classique, mais néanmoins contestable en l'espèce, du bon fonctionnement de l'administration¹⁰⁶⁷.

Les droits d'alerte et de retrait prévus par les articles L. 4131-1 à L. 4132-5 du Code du travail ont également été transposés au sein du droit de la fonction publique¹⁰⁶⁸. À l'instar du salarié, l'agent public se voit reconnaître un droit de retrait de son poste de travail face à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, sans encourir de sanction ni de retenue ou de salaire. Comme le salarié, l'agent public dispose donc d'un « *droit inaliénable sur son corps* »¹⁰⁶⁹ qui l'autorise à désobéir.

298. Enfin, le mode d'indemnisation des agents publics victimes d'accident de travail ou de maladie professionnelle tend à se rapprocher du dispositif préalablement mis en place pour les salariés, l'idée qu'il puisse y avoir dans les régimes de réparation des divergences substantielles pour des risques comparables apparaissant de plus en plus inacceptable¹⁰⁷⁰. Le compromis issu de la loi du 9 avril 1898 a créé une responsabilité sans faute de l'employeur et assure au salarié victime une réparation forfaitaire, celle-ci ne pouvant tenter d'action contre l'employeur, sauf faute inexcusable ou intentionnelle de ce dernier. De manière similaire, le régime d'indemnisation des risques professionnels dans la fonction publique repose sur un système de responsabilité sans faute de la personne publique.

Toutefois, le Conseil d'État s'en était longtemps tenu au seul principe du « *forfait de pension* » : en cas d'accident du travail, l'agent perçoit une indemnisation forfaitaire sans avoir à prouver une faute de la personne publique ; en contrepartie, il ne pouvait prétendre à aucune autre réparation pour les différents préjudices subis. Ce n'est qu'en 2003 que le juge administratif a admis, d'une part, que « *le fonctionnaire qui a enduré, du fait de l'accident ou de la maladie, des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément, obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique* » et, d'autre part, que le fonctionnaire peut agir en responsabilité de l'administration aux fins d'obtenir réparation intégrale du préjudice « *dans le cas notamment*

¹⁰⁶⁷ Article 3 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982, tel que modifié par le décret n° 2011 du 28 juin 2011, relatif à l'hygiène et la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique.

¹⁰⁶⁸ Articles 5-6 à 5-9 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 issu du décret n° 95-680 s'agissant des fonctionnaires de l'État et article 5-1 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985 issu du décret n° 2000-542 s'agissant des fonctionnaires territoriaux.

¹⁰⁶⁹ J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49. *Contra.* A. SUPLOT, pour qui le contrat de travail a pour objet le corps même du travailleur (*Critique du droit du travail*, PUF, Quadrige, 3^{ème} éd., 2015, pp. 67 et s.).

¹⁰⁷⁰ En ce sens, CE, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public pour l'année 2005.

où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien incombait à celle-ci »¹⁰⁷¹.

Ce faisant, le juge administratif s'est inspiré de la définition de la faute inexcusable de l'employeur initiée par le juge judiciaire par les arrêts amiante du 28 février 2002. Il est depuis constamment jugé que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat a « le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »¹⁰⁷².

Le juge administratif s'est rapidement approprié cette définition pour conclure à la responsabilité de l'État-employeur du fait de ses carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante¹⁰⁷³. De même, bien que le législateur n'ait pas défini la notion de faute inexcusable, celle-ci est présumée dans deux cas : lorsque l'employeur public a commis un manquement au titre de l'obligation de formation à la sécurité renforcée prévue à l'article L. 4154-2 du Code du travail ou lorsque l'agent est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'eux-mêmes ou un membre de la commission santé et sécurité (ex- CHSCT) avaient signalé au chef du service ou son représentant un risque qui s'est matérialisé¹⁰⁷⁴.

Néanmoins, malgré l'indéniable harmonisation des standards de protection, certains travailleurs au service de l'intérêt général demeurent davantage exposés aux risques professionnels.

§ 2. La protection amoindrie du travailleur au service d'une activité régalienne

299. Le travailleur peut bénéficier d'une protection amoindrie malgré l'existence de risques professionnels particulièrement élevés lorsque ces risques sont inhérents à la nature même de la mission de service public poursuivie. Il en va ainsi des personnels participant du maintien de la sécurité des biens et des personnes (A). Une certaine indigence de la protection du

¹⁰⁷¹ CE, ass., 4 juillet 2003, n° 211.106, *Mme Moya-Caville, Lebon* p. 323 ; CE, 15 juillet 2004, n° 224.276, *Duval-Costa, T. Lebon*.

¹⁰⁷² Cass. soc., 28 février 2002, six arrêts n° 99-17201, n° 00-41220, n° 00-10051, n° 00-11793, n° 00-13172 et n° 99-17221, *Bull.*, V, n° 81 ; Cass. soc., 11 avril 2002, n° 00-16.535, *Bull.*, V, n° 127 ; Cass. ass., 24 juin 2005, n° 03-30.038, *Bull. ass.* n° 7.

¹⁰⁷³ CE, ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts X*, n° 241.153.

¹⁰⁷⁴ Articles 5 à 9 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982, tel que modifié par le décret n° 2011 du 28 juin 2011, relatif à l'hygiène et la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique (*JP* 30 juin 2011, n° 49).

travailleur peut également résulter du mode de gestion de l'activité régaliennne qui a été choisi par l'autorité publique, indépendamment de la nature juridique publique ou privée du lien d'emploi. La situation des salariés des entreprises de sous-traitance de la maintenance et de l'exploitation des centrales nucléaires est ici particulièrement topique (B).

A) Le risque inhérent à l'activité régaliennne : le cas des personnels en charge de la sécurité des biens et des personnes

300. Le législateur a entendu priver certains agents publics du droit de retrait lorsque son usage s'avère incompatible avec une mission de service public directement liée à la sécurité des personnes et des biens. À première vue, cette restriction se justifie, d'une part, au regard de l'insécurité inhérente aux missions de sécurité confiées à ces agents, par définition génératrice de risques professionnels et, d'autre part, par le risque que l'exercice d'un droit de retrait ferait courir aux usagers.

C'est le cas des agents employés dans le service public des douanes, de la police, de l'administration pénitentiaire ou encore de la sécurité civile. Dans ces hypothèses, l'usage du droit de retrait serait de nature à compromettre directement l'exécution et l'existence même de la mission de service public en cause¹⁰⁷⁵.

Sont également privés du droit de retrait les sapeurs-pompiers exerçant certaines missions opérationnelles relatives aux services d'incendie et de secours¹⁰⁷⁶, les agents de police municipale et les gardes champêtres « *en fonction des moyens dont ils disposent* » exerçant des « *missions destinées à assurer le bon ordre, la sécurité, la santé et la salubrité publique, lorsqu'elles visent à préserver les personnes d'un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé* »¹⁰⁷⁷ ou encore les agents pénitentiaires effectuant des missions de garde et de surveillance des détenus, de protection des détenus, de maintien de l'ordre intérieur des établissements pénitentiaires, de transfèrement et d'extraction des détenus et des missions relevant des formalités d'écrou¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ Voir not. arrêté du 15 mars 2001 portant détermination des missions de sécurité des personnes et des biens incompatibles avec l'exercice du droit de retrait dans la fonction publique territoriale et arrêté du 10 avril 1997 portant détermination des missions de sécurité des biens et des personnes incompatibles avec l'exercice du droit de retrait individuel du personnel pénitentiaire.

¹⁰⁷⁶ Article L. 1424-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹⁰⁷⁷ Article 2 du décret du 15 mars 2001, précité.

¹⁰⁷⁸ Également, les agents en fonction dans les missions diplomatiques et les postes consulaires ne sont pas autorisés à se prévaloir, en cas de circonstances exceptionnelles et notamment en situation de crise ou de catastrophe naturelle, d'un droit de retrait lorsqu'ils exercent des missions relatives à la mise en

De même les personnels du secteur de la défense nationale ne relèvent pas des règles communes de la fonction publique mais continuent de relever de dispositions spécifiques relatives à l'hygiène, à la sécurité du travail et à la prévention¹⁰⁷⁹. Ici encore, l'exclusion du statut général de la fonction publique découle du particularisme des activités militaires. Le droit de retrait apparaît en effet incompatible avec l'exercice de fonctions militaires par nature dangereuses et avec l'engagement du travailleur qui, aux termes de l'article L. 4111-1 du Code de la défense, « exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême ».

301. Pour autant, les risques inhérents à l'activité poursuivie ne sont pas suffisants à expliquer la différence de traitement entre ces fonctionnaires chargés de la sécurité des biens et des personnes et leurs homologues salariés. Le régime dérogatoire moins protecteur semble directement découler du caractère régalien de l'activité, au service de l'intérêt général. En effet, à la différence de l'agent public, l'acceptation du risque inhérent à l'activité par l'agent de sécurité *privée* ne saurait le priver de l'exercice du droit de retrait¹⁰⁸⁰, pas plus qu'elle ne saurait dispenser un employeur privé d'appliquer les règles du Code du travail ou, plus généralement, de son obligation de sécurité. L'article L. 4122-1 du Code du travail rappelle ainsi que s'il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celle des autres personnes concernées par ses actes ou omissions au travail, cette obligation est sans incidence sur le principe de responsabilité de l'employeur. Sur ce fondement, la Cour de cassation a récemment censuré une cour d'appel ayant limité l'indemnisation du salarié après avoir relevé que celui-ci avait accepté les risques qu'il dénonçait désormais¹⁰⁸¹. On en conclura que ce n'est pas seulement le risque inhérent à l'activité mais bien le caractère régalien de la mission poursuivie qui entraîne un régime dérogatoire et une protection moindre des travailleurs.

œuvre des moyens de communication gouvernementaux et à leur sécurité, des missions relatives à la protection consulaire des personnes ou encore des missions relatives à la sécurité des personnes physiques et à la protection des bâtiments (Article 2 de l'arrêté du 26 avril 2002 pris en application de l'article 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique).

¹⁰⁷⁹ Décret n° 2012-422 du 29 mars 2012 relatif à la santé et à la sécurité au travail au ministère de la défense et décret n° 2010-974 du 26 août 2010 relatif à la santé et à la sécurité au travail ainsi qu'à la prévention médicale du personnel militaire servant au sein de la gendarmerie nationale.

¹⁰⁸⁰ Pour illustration, Cass. soc., 20 novembre 2014, n° 13-22.421 s'agissant d'agents de surveillance de la SNCF ; Cass. soc., 22 octobre 2008, n° 07-43.740 s'agissant de contrôleurs de la SNCF ou encore Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-40.111, *Bull.*, V, n° 107 s'agissant d'un gardien employé par une entreprise de surveillance privée.

¹⁰⁸¹ Cass. soc., 10 février 2016, n° 14-24.350, publié au *Bulletin*.

B) L'externalisation du risque inhérent à l'activité régalienne : le cas des ouvriers intérimaires du nucléaire

302. Le secteur du nucléaire trouve sa place au sein des activités régaliennes tant au regard de l'implication de l'État actionnaire et du rôle stratégique de la filière du nucléaire dans la production énergétique française – le service de l'électricité demeurant une activité de service public¹⁰⁸² – que par les risques qu'une défaillance du service ferait encourir à la population.

Pendant longtemps, l'entretien et la maintenance des centrales nucléaires ont été assurés par les agents sous statut de l'entreprise publique EDF avant d'être, depuis le début des années 1990, sous-traités à des entreprises privées. Cette externalisation n'est pas sans conséquence. En 2011, un rapport parlementaire consacré au secteur du nucléaire dénonçait l'opacité des procédures de mise en concurrence pouvant conduire à des cascades de sous-traitants « *potentiellement dommageable pour la sûreté des installations [...], puisqu'elle conduit à une dilution extrême des responsabilités et s'avère difficile à identifier* ». Plus encore, ce recours massif à la sous-traitance entraînerait une perte de « *la culture de la radioprotection* »¹⁰⁸³.

D'un point de vue général, la précarité de l'emploi entraînée par la sous-traitance constitue en elle-même un facteur d'aggravation des risques d'atteinte à la santé et à la sécurité des travailleurs¹⁰⁸⁴. Cette corrélation a justifié la mise en place d'obligations particulières en matière de formation des travailleurs précaires, mais également l'interdiction du recours au travail temporaire pour « *effectuer des travaux particulièrement dangereux* » dont la liste – très limitative – est établie par arrêté ministériel¹⁰⁸⁵. Si le législateur reconnaît par-là l'existence d'un lien entre la sécurité de l'emploi et la sécurité des personnes¹⁰⁸⁶, il n'a toutefois pas jugé bon d'intégrer l'exposition aux rayonnements ionisants à la liste des travaux dangereux interdisant purement et simplement le recours aux contrats à durée déterminée et

¹⁰⁸² Article L. 121-1 du Code de l'énergie.

¹⁰⁸³ Rapport parlementaire d'étape du 30 juin 2011, p. 109. Le rapport final de la mission parlementaire sur la sécurité nucléaire, la place de la filière et son avenir du 15 décembre 2011 exposait quant à lui : « *Vos rapporteurs ont toutefois souligné dans leur rapport d'étape l'importance du facteur humain dans la gestion de la sûreté. À ce propos, ils ont regretté l'évolution des pratiques de sous-traitance de la maintenance et de l'exploitation, qui, si elles comportent une part inéluctable, ne doivent toutefois pas conduire à une dilution des responsabilités susceptible de fragiliser les conditions de sûreté.* » (p. 24).

¹⁰⁸⁴ A. SUPIOT, « La dynamique du corps (Protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale) », in *Scritti in onore di Gino GUIGNI*, tomo II, Cacucci Editore – Bari, 1999, pp. 1621-1646.

¹⁰⁸⁵ Article D. 4154-1 du Code du travail.

¹⁰⁸⁶ A. SUPIOT, « La dynamique du corps (Protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale) », in *Scritti in onore di Gino GUIGNI*, tomo II, Cacucci Editore – Bari, 1999, p. 1623.

aux intérimaires. Ce n'est que pour l'exécution de travaux accomplis dans des zones où le débit de dose est susceptible d'être supérieur à 2 mSv/heure que l'emploi de ces travailleurs précaires est interdit. Cette législation permet ainsi à l'entreprise EDF, société anonyme dont le capital est détenu à 84,94 % par l'État¹⁰⁸⁷, d'externaliser le risque professionnel lié à l'activité nucléaire vers ses sous-traitants.

303. À cet égard, la situation des ouvriers du nucléaire illustre pleinement la corrélation entre précarité de l'emploi et morbidité professionnelle¹⁰⁸⁸. La sous-traitance de la maintenance nucléaire entraîne une double précarisation : précarisation de l'emploi, d'une part, puisque le donneur d'ordre ne fait appel au sous-traitant qu'en cas de pics d'activité et précarisation de la protection du travailleur d'autre part, dans la mesure où les entreprises sous-traitantes pratiquent « *l'emploi à la dose* ». En effet, les articles R. 4451-12 et suivants du Code du travail fixent des valeurs limites d'exposition pour les travailleurs exposés par les activités nucléaires, dont le dépassement, d'une part, peut donner lieu à des sanctions administratives ou pénales de l'entreprise et, d'autre part, interdit l'entrée en centrale du travailleur¹⁰⁸⁹. Ces intérimaires nomades, qui interviennent au gré des besoins des différentes centrales nucléaires françaises, voient donc leur contrat prendre fin dès qu'ils atteignent une dose maximale d'irradiation¹⁰⁹⁰ et sont donc incités, pour conserver leur emploi, à dissimuler les doses réelles d'irradiation qu'ils reçoivent¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁷ Au 1^{er} avril 2016 (Agence des participations de l'État, *Rapport d'activité 2015-2016*, spéc. p. 52).

¹⁰⁸⁸ Cette corrélation a été relevée à de nombreuses reprises. Voir not. Étude APCME, *La construction du cadastre des postes de travail en cause dans les cas de cancers au bassin minier de La Fos-sur-Mer*, 2009 ; *Souffrance et précarité au travail, Paroles de médecins du travail*, Paris, Syros, 1994 ; E. MASHKOVA, « Travail stable, travail précaire : confrontation productrice de risques. L'hypothèse mise à l'épreuve dans le secteur du bâtiment. Note de synthèse du rapport de recherche », *Revue française des affaires sociales*, 2008/2 (n° 2-3), pp. 391-398.

¹⁰⁸⁹ En vertu de l'article R. 4451-62 du Code du travail, chaque travailleur appelé à exécuter une opération en zone surveillée, en zone contrôlée ou sur les lieux de travail des établissements dans lesquels sont employées ou stockées des matières contenant des radionucléides naturels et pour lesquels les mesures de prévention ne permettent pas de réduire l'exposition des travailleurs en dessous de 1 mSv par an en dose efficace, fait l'objet d'un suivi dosimétrique de référence adapté au mode d'exposition. Le suivi dosimétrique est individuel et nominatif, effectué dans les conditions définies à l'arrêté du 17 juillet 2013 relatif à la carte de suivi médical et au suivi dosimétrique des travailleurs exposés aux rayonnements ionisants.

¹⁰⁹⁰ Aux termes de l'article L. 1333-1 du Code de la santé publique, « *l'exposition d'une personne aux rayonnements ionisants résultant d'une activité nucléaire ne peut porter la somme des doses reçues au-delà des limites fixées par voie réglementaire, sauf lorsque cette personne est l'objet d'une exposition à des fins médicales ou de recherche biomédicale* ». S'agissant de la dosimétrie passive, la période durant laquelle le dosimètre doit être porté est fonction de la nature et de l'intensité de l'exposition.

¹⁰⁹¹ Cette dissimulation peut s'effectuer s'abstenant de conserver le saphymo ou le dosimètre pour travailler, ce qui empêche ensuite de calculer les doses reçues par le travailleur. Voir A. THÉBAUD-MONY, « Rationalité instrumentale et santé au travail, Le cas de l'industrie nucléaire », *Revue Internationale de Psychologie*, 1997, vol. III n° 8. L'auteur expose que l'autorisation réglementaire d'une

En outre, pour les auteurs du rapport parlementaire du 30 juin 2011, « *l'externalisation pose le problème de la traçabilité du suivi radiologique des intervenants de l'entreprise sous-traitante, notamment lorsqu'il s'agit de travailleurs se déplaçant de site en site. En effet, alors que les personnels EDF ou Areva sont soumis au contrôle du médecin du travail de leur établissement, ceux des sous-traitants dépendent, sauf exception, pour leur suivi médical, d'un médecin du travail basé dans leur lieu d'origine, ce qui peut constituer un obstacle majeur à un contrôle radiologique efficace.* » Ils suggéraient ainsi « *la mise en place d'un correspondant-référent de la médecine du travail pour chaque site, chargé de la vérification du dossier de santé des intervenants* »¹⁰⁹².

Dans ces circonstances, les risques liés à l'exposition professionnelle des agents EDF sont massivement déplacés vers les travailleurs extérieurs¹⁰⁹³. Par ailleurs, la multiplicité des entreprises sous-traitantes et les délais d'apparition des maladies professionnelles associées aux rayonnements ionisants entraînent une dilution des responsabilités de nature à priver à l'avenir les travailleurs d'une réparation intégrale de leur préjudice, notamment par le biais de la faute inexcusable¹⁰⁹⁴. Le choix fait par la puissance publique de recourir à la sous-traitance

certaine quantité de radiation est perçue par les travailleurs temporaires comme un « droit à la dose » : « *Il ne s'agit plus pour eux d'une mesure de prévention mais d'un droit qui les protège contre la menace du chômage.* ». V. également, G. DONIOL-SHAW, D. HUEZ, N. SANDRET, *Les intermittents du nucléaire. Enquête sur le travail en sous-traitance dans la maintenance des centrales nucléaires*, Paris, Octarès, 1995, cité par A. SUPIOT, « La dynamique du corps (Protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale) », in *Scritti in onore di Gino GUIGNI*, tomo II, Cacucci Editore - Bari, 1999, pp. 1621-1646.

¹⁰⁹² Rapport d'étape du 30 juin 2011, précité p. 110.

¹⁰⁹³ A. THÉBAUD-MONY, « Rationalité instrumentale et santé au travail : le cas de l'industrie nucléaire », *Revue Internationale de Psychologie*, 1997, vol III, n° 8 : « *Environ 25 000 salariés de plus de 1 000 entreprises différentes, les travailleurs extérieurs, reçoivent 80 % de la dose collective annuelle enregistrée sur les sites nucléaires, avec des doses individuelles moyennes mensuelles, par mois de présence en zone irradiée, 11 à 15 fois plus élevées que celles des agents EDF (ATM et col, 1992). Entre les travailleurs "extérieurs" eux-mêmes, une autre division du travail apparaît qui sépare les tâches importantes pour la sûreté, pour lesquelles un travail préalable a permis de réduire l'exposition aux rayonnements ionisants – et les tâches ordonnées à la préparation des premières – dont, en particulier, les tâches fortement exposées aux rayonnements ionisants. Les rapports sociaux qui s'établissent entre les différentes catégories de travailleurs impliqués sont eux-mêmes traversés par cette division du travail et des expositions qui met les uns en situation, non seulement de servir les autres mais de prendre à leur compte l'exposition au risque d'irradiation et de contamination de l'ensemble de l'activité de maintenance. Pour que cette exposition soit socialement et politiquement acceptable et légitime, le non-dépassement des limites réglementaires est assuré par les industriels du nucléaire dans des conditions strictes mais à l'aide d'une gestion des emplois par la dose dont les travailleurs "extérieurs" expliquent le mode de fonctionnement. Les marges de manœuvre dont ils disposent pour gérer cette contradiction entre la santé et l'emploi, pour négocier leur rapport à la dose, sont étroitement déterminées par la place qu'ils occupent dans cette division du travail. Les salariés qualifiés permanents n'ont pas à assurer les tâches les plus "coûteuses en dose".* »

¹⁰⁹⁴ Plus généralement, sur l'inadéquation du régime de responsabilité aux nouvelles formes d'activité ou d'organisation du pouvoir économique, voir J.-A. MORIN, *Le régime d'indemnisation des accidents du*

aggrave ainsi les risques professionnels encourus par le salarié intérimaire qui, bien que participant à une mission régaliennne, demeure moins bien protégé que ses homologues relevant du statut réglementaire des industries électriques et gazières (IEG).

304. *En définitive*, en l'état du droit positif, l'exercice d'une mission de service public n'est pas nécessairement indifférent à l'intensité de la protection accordée à la santé physique et mentale des travailleurs. Celle-ci peut varier selon l'importance des risques inhérents à l'activité en cause ou selon le mode de gestion choisi par la puissance publique.

CONCLUSION DE CHAPITRE

305. Le fonctionnaire est progressivement passé d'un statut de « fonctionnaire-sujet » à celui de « fonctionnaire-citoyen ». Pour autant, sa condition juridique ne saurait être assimilée à celle du salarié de l'entreprise privée.

En effet, l'agent public demeure soumis à de fortes obligations déontologiques, garantes du bon fonctionnement du service et de la confiance des administrés, dont il n'est jamais libéré. Dans ces conditions, la liberté d'expression et la protection de la vie privée du travailleur ne peuvent recevoir une pleine application. Même en dehors du service, l'agent public doit s'abstenir de tout acte contraire à l'honneur, à la probité ou encore à la dignité de ses fonctions. Il s'agit toujours d'éviter que celui-ci, par ses agissements professionnels comme personnels, ne vienne nuire à la réputation du service et jeter le discrédit sur les autorités publiques. Ce n'est que sous certaines conditions, lorsqu'il entend dénoncer de graves dysfonctionnements du service, dans l'intérêt de celui-ci et des administrés, que l'agent public retrouve une liberté d'expression équivalente à celle du salarié.

Par ailleurs, le pouvoir dont dispose l'autorité administrative à l'égard de son personnel excède celui qui est accordé à l'employeur de droit privé. Les prérogatives exorbitantes du droit commun, notamment liées au devoir de réserve ou au devoir d'obéissance du fonctionnaire, lui sont accordées non seulement en sa qualité d'« employeur » mais aussi en sa qualité de « puissance publique ». En cela, le droit de l'administration demeure bien un « *droit de domination* », selon l'expression consacrée par Maurice HAURIOU¹⁰⁹⁵, légitimé par la primauté de l'intérêt général dont l'administration est seule garante. D'ailleurs, si le pouvoir juridictionnel veille à ce que les atteintes portées par l'administration aux intérêts individuels de ses agents n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général, c'est à la puissance publique elle-même qu'il revient de définir les contours de cet intérêt général.

Enfin, bien que les régimes des agents publics et des salariés relèvent de supports normatifs distincts, l'harmonisation des standards de protection des travailleurs est indéniable. Largement calquées sur le Code du travail, les réformes de la fonction publique menées en la matière tendent à assimiler l'agent public à tout travailleur subordonné potentiellement exposé à des risques professionnels susceptibles d'altérer sa santé physique et mentale. Toutefois,

¹⁰⁹⁵ Voir not. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz 1933, rééd. Dalloz, 2002, spéc. p. 546.

certaines travailleurs au service d'activités régaliennes échappent à cette assimilation, soit que l'exposition aux risques professionnels soit inhérente à l'activité poursuivie, soit qu'elle résulte précisément de l'externalisation de l'activité à haut risque. Dans cette dernière hypothèse, la puissance publique agit *in fine* comme n'importe quel employeur privé soucieux de ménager sa responsabilité.

CONCLUSION DE TITRE

306. La montée en puissance des droits fondamentaux du travailleur a bouleversé les équilibres qui prévalaient jusqu'alors au sein des services publics et, plus particulièrement, au sein de la fonction publique.

L'autorité gestionnaire du service public doit désormais composer avec les intérêts collectifs de ses subordonnés, lesquels sont susceptibles de s'opposer à l'intérêt général dont elle est garante. Le pouvoir de l'administration sur ses agents a également été contenu, bien que les droits et libertés individuels de ces derniers soient enserrés dans d'importantes obligations déontologiques.

La reconnaissance de droits fondamentaux au profit du travailleur a entraîné un mouvement de convergence entre le droit du travail et le droit de la fonction publique et, de ce fait, a eu pour effet d'harmoniser la condition juridique du travailleur employé dans le cadre d'un service public et celle du travailleur employé dans les conditions du droit commun. Cette harmonisation n'est toutefois pas synonyme d'assimilation.

Le service public conserve une part irréductible d'exorbitance : parce qu'il implique la prééminence de l'intérêt général sur toutes autres catégories d'intérêts, il conduit à restreindre certains droits fondamentaux du travailleur lorsque leur exercice est de nature à faire obstacle au bon fonctionnement et à la continuité du service. Toutefois, l'intensité de ces restrictions varie en fonction, d'une part, de la mission de service public en cause, selon qu'elle touche ou non à l'activité régaliennne de l'État et, d'autre part, du niveau de responsabilité des fonctions exercées par l'agent public. Il y a là une dynamique de conciliation des intérêts bien plus forte qu'en droit privé.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

307. À la fois cause et conséquence de son déclin, le service public souffre dès l'origine d'une définition « introuvable »¹⁰⁹⁶. Son caractère impossible est renforcé par l'enchevêtrement permanent de son critère organique et de son critère matériel et par l'effritement constant des frontières traditionnelles de la souveraineté étatique. Dès lors que le service public constitue davantage un « label »¹⁰⁹⁷ qu'une catégorie juridiquement identifiable, on ne sera pas surpris de la banalisation du traitement juridique réservé aux autorités publiques, à leurs activités comme à leurs personnels.

D'une part, la diversité des modes de gestion des services publics démontre que la poursuite d'une mission d'intérêt général n'a jamais nécessité que celle-ci soit gérée par une personne publique soumise à un régime de droit public. De surcroît, dès l'instant où les autorités publiques poursuivent des activités similaires à celles du secteur privé, pour lesquelles elles sont invitées à s'appliquer des préceptes de gestion issus du droit privé, ou, du moins, à s'en inspirer, l'essence même d'un particularisme du service public devient difficile à identifier, puis à justifier.

D'autre part, la diversité des régimes de travail présents au sein des services publics démontre que le travail au service de l'intérêt général n'a jamais exigé que le personnel soit soumis à un statut autonome de droit public. Plus encore, la soumission du travailleur à un tel statut ne présume plus de sa participation à une activité relevant de l'intérêt général.

Enfin, l'affirmation progressive des droits fondamentaux du travailleur a contribué à l'harmonisation, dans une certaine mesure, des régimes de travail appliqués aux agents publics et aux salariés. Si le service public conserve une part irréductible d'exorbitance, l'effacement progressif de son particularisme laisse place à un vide qui encourage l'expansion d'un droit privé du travail jugé plus performant ou plus adapté.

¹⁰⁹⁶ D. LINOTTE, A. MESTRE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Litec, 2^{ème} éd., 1992, pp. 49 et s.

¹⁰⁹⁷ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

SECONDE PARTIE : LA PORTÉE DE L'IMPLANTATION DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL DANS LE SECTEUR PUBLIC

308. Alors que le droit privé du travail est lui-même appelé à se transformer, ainsi qu'en témoignent les nombreuses réformes ayant eu lieu récemment¹⁰⁹⁸, il demeure le modèle de référence, l'« horizon indépassable »¹⁰⁹⁹, des relations professionnelles au sein du service public et, plus largement, du secteur public. Toutefois, l'implantation du droit privé du travail au sein du secteur public intervient de manière fragmentée, par touches successives et selon des modalités diverses.

À l'instar de la greffe en matière horticole ou chirurgicale, une telle implantation n'apparaît pas naturelle, ou, du moins, n'est pas présentée comme un phénomène naturel¹¹⁰⁰. Sous-tendus par une logique et une conflictualité différentes, le droit du travail a été construit sur le modèle de l'entreprise privée à but lucratif, pour encadrer des rapports de droit privé, tandis que le droit de la fonction publique et de l'emploi public en général, encadrent les relations entre une personne publique, chargée de faire prévaloir l'intérêt général sur tout autre intérêt particulier. Assiste-t-on alors, comme toute greffe en présente le risque, à des réactions de rejet ? Si, par les diverses modalités qu'elle emprunte, l'implantation du droit privé du travail dans le secteur public suscite quelques interrogations et met en lumière certaines

¹⁰⁹⁸ On pense évidemment aux cinq ordonnances du 22 septembre 2017, prises sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 mais également, à titre d'exemple, à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite « loi Travail » ou « loi El Khomri », à la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite « loi Rebsamen », ou encore à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Voir égal. des rapports ayant inspiré ces réformes : Rapport du Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, sous la direction de R. BADINTER (janvier 2016), Rapport « La négociation collective, le travail et l'emploi » de J.-D.COMBREXELLE (septembre 2015), Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de J. ATTALI (janvier 2008).

¹⁰⁹⁹ Expression empruntée à Y. STRUILLOU (« Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *AJDA*, 2011, p. 2399).

¹¹⁰⁰ Les termes de « privatisation » et « travaillisation » de la fonction publique sont régulièrement invoqués par la doctrine publiciste (voir not. M. TOUZEIL-DIVINA, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228 ; D. JEAN-PIERRE, « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A*, 15 juillet 2003, n° 29). À l'inverse, d'autres auteurs préfèrent évoquer la « normalisation » (M. POCHARD, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 1906) ou la « banalisation » du droit de la fonction publique (M.-Ch. DE MONTECLER, « Une nouvelle étape dans la banalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2017, p. 140 ; S. BAZILE, « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *AJFP*, 2010, p. 116 ; J. BOURDON, « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP*, 2005, p. 284).

inadaptations (**Titre I**), elle provoque une hybridation des régimes de travail, en elle-même source de difficultés majeures (**Titre II**).

Titre I. Les modalités d'implantation du droit privé du travail

Titre II. L'hybridation problématique du droit privé du travail et du droit de la fonction publique

TITRE I. LES MODALITÉS D'IMPLANTATION DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL

309. L'implantation du droit privé du travail dans le secteur public résulte en premier lieu de l'application directe des règles du Code du travail en dehors de son champ d'application naturel. À cet égard, la loi du 21 janvier 2008¹¹⁰¹ portant recodification du Code du travail a sensiblement étendu ses champs d'application à l'égard des employeurs publics et de leurs personnels, sans toutefois, faute d'une réforme de fond, résoudre toutes les difficultés tenant à l'articulation des normes au sein des entreprises à statut (**Chapitre 1**).

Elle est ensuite l'œuvre des juges des deux ordres juridictionnels qui, par leur action commune, participent à l'émergence, si ce n'est d'une unité du droit social, du moins d'une harmonisation des régimes de travail dont relèvent les salariés et les agents publics (**Chapitre 2**).

Elle est enfin le résultat d'un certain mimétisme de la part du droit de la fonction publique, qui intègre progressivement un certain nombre de mécanismes, d'impératifs ou encore de valeurs véhiculées par le droit privé du travail et le monde de l'entreprise (**Chapitre 3**).

Chapitre 1. L'extension du domaine d'application du Code du travail

Chapitre 2. Le rôle actif des juges dans l'harmonisation des régimes de travail

Chapitre 3. La propagation d'une logique issue du droit privé du travail au sein de la fonction publique

¹¹⁰¹ Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), *JORF* n° 0018 du 22 janvier 2008.

CHAPITRE 1. L'EXTENSION DU DOMAINE D'APPLICATION DU CODE DU TRAVAIL

310. *Une multitude de règles de droit applicables aux employeurs et personnels du secteur public.* Il existe une pluralité de normes – statuts réglementaires du personnel, dispositions du Code du travail, principes fondamentaux et principes généraux du droit, statuts de la fonction publique – applicables à une pluralité d'employeurs – EPIC, EPA, établissements à double visage, entreprises publiques etc. – parfois mal définies¹¹⁰².

Ce foisonnement, en lui-même source d'insécurité juridique, exige de dégager une articulation stable et cohérente des règles applicables, accessible tant aux gestionnaires publics qu'à leurs personnels. La réécriture des différents champs d'application lors de la recodification du Code du travail opérée en 2008 a largement amélioré cet état de fait (**Section 1**), sans pour autant parvenir à endiguer toute incertitude quant aux entreprises dotées d'un statut réglementaire. D'une part, il n'existe toujours pas de règle de conflit incontestable lors d'un conflit de normes entre le Code du travail et ledit statut (**Section 2**) et, d'autre part, l'articulation entre le contrat individuel de travail et le statut réglementaire pose encore certaines difficultés (**Section 3**).

SECTION 1. LES IMPACTS DE LA RECODIFICATION DU CODE DU TRAVAIL SUR LES EMPLOYEURS DE DROIT PUBLIC

311. L'étude de la réécriture des champs d'application du Code du travail à l'égard des employeurs publics et de leurs personnels (§3) nécessite au préalable une compréhension tant des contraintes inhérentes à toute recodification opérée « à droit constant » (§1) que des choix ayant présidé à la détermination des périmètres d'application du nouveau Code du travail (§2).

§ 1. Le choix d'une recodification à droit constant

312. *Le choix d'une recodification du Code du travail.* Ce choix n'allait pas de soi, notamment eu égard aux critiques développées par certains auteurs à l'encontre de toute

¹¹⁰² Voir not. Conseil const. 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management* [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques], n° 2013-336 QPC. Le juge constitutionnel a censuré l'incompétence négative du législateur ayant soustrait les « entreprises publiques » à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise tout en s'abstenant de définir les « entreprises publiques » auxquelles, par dérogation, l'obligation s'appliquait (cons. 18).

entreprise de codification du droit. Pour ces partisans de la décodification, la codification en elle-même – et *a fortiori* la recodification – figerait le droit en le privant de son évolution naturelle¹¹⁰³, imposant une abstraction préjudiciable de la règle de droit¹¹⁰⁴. À cet égard, il faut reconnaître que le premier des Codes du travail entré en vigueur en 1927, qui s'était borné à une entreprise de compilation des différentes lois, avait nécessité une première recodification dès 1973¹¹⁰⁵. Malgré des objectifs affichés d'exhaustivité et d'adaptabilité, ce dernier Code était rapidement devenu, de l'avis unanime, « *touffu et confus* »¹¹⁰⁶ ou encore « *lourd, complexe et incomplet* »¹¹⁰⁷. Son plan stratifié ne permettait plus d'accueillir de nombreux textes alors même que certaines de ses dispositions étaient devenues obsolètes.

Malgré ces inconvénients, c'est pourtant le choix d'une recodification du Code du travail qui a été fait. Le 15 février 2005, de nouveaux travaux de recodification ont été lancés par le ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes – Gérard LARCHER. Une mission de recodification a été constituée au sein de la Direction générale du travail¹¹⁰⁸ afin de proposer le texte nouveau, assistée d'un Comité d'experts¹¹⁰⁹, d'une Commission des partenaires sociaux¹¹¹⁰ ainsi que de deux rapporteurs de la Commission supérieure de codification, par ailleurs membres du Conseil d'État¹¹¹¹. Des consultations spécifiques ont eu lieu, relatives à certaines activités ou professions particulières (journalistes,

¹¹⁰³ R. CABRILLAC, « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code : Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, pp. 53-63, spéc. p. 57. À propos de la codification du droit administratif, le président ODENT énonçait que « *l'inertie bien établie du droit écrit empêchera à l'avenir toutes les initiatives jurisprudentielles* » (Préface du livre de C. WIENER, *Vers une codification de la procédure administrative*, 1979) cité par R. DRAGO, « La codification en droit administratif français et comparé », *Droits*, 24, 1996, pp. 95-101, spéc. p. 99.

¹¹⁰⁴ « *Ce que la codification apporte aux règles de droit en esprit de géométrie elle le leur ferait perdre en esprit de finesse* » : R. CABRILLAC, « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code : Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, pp. 53-63, spéc. p. 57.

¹¹⁰⁵ Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 et trois décrets du 15 novembre 1973, complétés par le décret du 19 septembre 1974.

¹¹⁰⁶ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2017, 31^{ème} éd., n° 50, p. 64.

¹¹⁰⁷ A. JEAMMAUD, « La codification en droit du travail », *Droits*, 27, 1998, pp. 161-171, spéc. p. 166.

¹¹⁰⁸ Cette mission, directement rattachée au Directeur général du Travail, était composée de membres reconnus pour leur expertise en droit du travail. Initialement sous la coordination de J. MICHEL, les membres étaient H. LANOUZIÈRE, A. RENUCCI, A. SCOLAN, N. BOUCHAMA et M. MURAT. Puis nouvelle configuration : Sous la direction d'H. LANOUZIÈRE, A. BOUTIER, E. SOGNOG-BIDJECK, A. SCOLAN et M. MURAT.

¹¹⁰⁹ Ce comité a été composé d'un ancien magistrat et d'un magistrat, Ph. WAQUET et J.-Ph. BOURET, d'un professeur de droit, Ch. RADÉ, d'un avocat, J. BARTHÉLÉMY, et d'un Directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, L. VILBOEUF.

¹¹¹⁰ Cette commission a été composée selon les mêmes règles de représentation que la Commission nationale de la négociation collective, c'est-à-dire deux représentants (un titulaire et un suppléant) désignés par chaque organisation syndicale ou patronale : CFTD, CFTC, CFE-CGC, CGT, FO, CGPME, FNSEA, Medef, UNAPL, UPA.

¹¹¹¹ Ch. MAUGÜÉ et A. COURRÈGES, voir not. leur article « La méthode et le processus de recodification », *AJDA*, 2008, p. 842.

particuliers employeurs notamment). Dès ce stade, on peut regretter que les employeurs publics concernés (à savoir l'État et ses démembrements, les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements hospitaliers, administratifs ou industriels et commerciaux) n'aient pas été associés – sur le même modèle que les partenaires sociaux représentatifs du secteur privé¹¹¹².

L'ordonnance du 12 mars 2007¹¹¹³ a adopté la partie législative du nouveau Code, que la loi du 21 janvier 2008¹¹¹⁴ a ratifiée. Elle a été suivie de deux décrets, pris le 7 mars 2008 et portant adoption de la partie réglementaire du nouveau Code¹¹¹⁵ et des dispositions relevant de décrets pris en Conseil d'État ou en Conseil des ministres¹¹¹⁶. Le Code résultant de cet ensemble est entré en vigueur le 1^{er} mai 2008 sous le regard critique d'une doctrine plus que divisée¹¹¹⁷, qu'illustrent à merveille les propos du Professeur CABRILLAC : « *Toute recodification, non sans raison, peut faire peur car elle est source d'inconnu donc d'insécurité, modifie les habitudes et peut effacer les acquis d'une expérience de plusieurs années.* »¹¹¹⁸

¹¹¹² De façon générale, le Professeur CABRILLAC a déploré que le prétexte de rapidité ait conduit à un déficit démocratique, l'ensemble des acteurs politiques, sociaux ou économiques concernés n'ayant pas été pleinement associé à l'entreprise de recodification du Code du travail (« D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code : Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, pp. 53-63, spéc. p. 61).

¹¹¹³ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

¹¹¹⁴ Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

¹¹¹⁵ Décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.

¹¹¹⁶ Décret n° 2008-243 du 7 mars 2008.

¹¹¹⁷ Voir not. A. FABRE et M. GRÉVY, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT*, 2006, p. 362 ; N. FERRIER, « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », *D.*, 2008.2011 ; P.-Y. VERKINDT, « Un nouveau droit des conditions de travail », *Droit social*, 2008.634 ; Ph. WAQUET, « Le nouveau Code du travail et le droit du licenciement », *AJDA*, 2008.866 ; B. TEYSSIÉ, « Un nouveau Code du travail », *JCP S*, 2008, p. 1265 ; F. ROME, « Caco(de)phonie sociale », *D.*, 2008.1265 ; J.-E. RAY, *Le Monde*, 2 et 3 mai 2008 ; A. JEAMMAUD et A. LYON-CAEN, « Ni indignité, ni excès d'honneur », *RDT*, 2007, p. 356 ; E. SERVERIN, « Litiges individuels du travail et conseils de prud'hommes », *RDT*, 2008, p. 353 ; M. GRÉVY, « Pouvoirs et libertés », *RDT*, 2008, p. 8 ; B. TEYSSIÉ, « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Droit social*, 2008, p. 623 ; Ch. RADÉ, « Le Code du travail nouveau est arrivé », *D.*, 2008, p. 1214 ; F. MELLERAY, Ch. MAUGÜÉ, A. COURRÈGES, « Code du travail et personnes publiques », *AJDA*, 2008, p. 855.

¹¹¹⁸ R. CABRILLAC, « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code : Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, pp. 53-63, spéc. p. 59. Pour une illustration, voir les propos de T. GRUMBACH dans *Le Nouvel Observateur*, 13 déc. 2007 : « *L'usage du Code du travail n'est efficace que par les commentaires qui l'accompagnent. Or comment se référer à une doctrine qui visait tel ou tel article de l'ancien Code quand le nouveau a déménagé cet article dans une autre armoire ?* »

313. Le choix d'une méthode de recodification « à droit constant ». Deux méthodes s'opposent : la (re)codification-modification et la (re)codification-compilation¹¹¹⁹. Comme ses prédécesseurs, le Code du travail entré en vigueur au 1^{er} mai 2008 est issu d'un processus de codification-compilation¹¹²⁰. La circulaire du 30 mai 1996, relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, visait en effet à « élaborer des codes sans les ralentir ou les perdre dans l'examen et les débats de toute réforme de fond »¹¹²¹. En effet, la mise en ordre du droit existant devrait, en elle-même, faciliter les réformes¹¹²². En réalité, l'expérience démontrerait que « pris par la fièvre codificatrice, le législateur pense davantage, un code terminé, à codifier une autre matière plutôt qu'à s'attaquer à la refonte du code venant d'être adopté »¹¹²³. C'est donc le « facteur temps » qui a imposé le choix d'une codification-compilation. La loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit¹¹²⁴ avait donné pour mission au Gouvernement de procéder par voie d'ordonnance dans un délai de dix-huit mois à la recodification du Code du travail¹¹²⁵. Devant l'ampleur de la tâche, la loi du 30 décembre 2006¹¹²⁶ a accordé au Gouvernement un délai supplémentaire de neuf mois, en mentionnant cette fois *explicitement* la méthode de recodification à droit constant¹¹²⁷.

¹¹¹⁹ R. CABRILLAC, *Les codifications*, Puf. Coll. « Droit éthique et société », 2002, spéc. p. 188 et s. et du même, « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », pp. 409-423 spéc. p. 411 et s., in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges J. VANDERLINDEN, Bruylant, 2004.

¹¹²⁰ Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (JO, n° 61, 13 mars) : « L'article 57 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social habilite le Gouvernement, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du Code du travail à droit constant, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées, d'améliorer le plan du Code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification. Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet. [...] La présente ordonnance procède donc, sous les réserves susmentionnées, à une nouvelle codification à droit constant. »

¹¹²¹ Circ. 30 mai 1996, JO, 5 juin 1996, p. 8263, art. 2.2.1 (intitulé : Codification « à droit constant ») : « En principe, les Codes sont produits en retenant la présentation des textes dans leur rédaction en vigueur au moment de la codification sans mêler à cet effort une réforme du fond du droit. »

¹¹²² La circulaire du 30 mai 1996 (art. 2.1.1) a fait le pari, et l'a perdu, qu'« en fournissant aux auteurs des projets de réforme une base de textes clairs, ordonnés et en vigueur, la codification prépare la réforme et la simplification ultérieure des textes ».

¹¹²³ R. CABRILLAC « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », pp. 409-423, spéc. p. 418, in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, Mélanges J. VANDERLINDEN, Bruylant, 2004.

¹¹²⁴ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

¹¹²⁵ Article 84 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004.

¹¹²⁶ Article 57 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

¹¹²⁷ Ainsi que le relevaient les deux rapporteurs auprès de la Commission supérieure de codification sur le nouveau Code du travail (Ch. MAUGÜÉ et A. COURRÈGES), la recodification à droit constant se

Cette méthode de recodification-compilation à droit constant avait recueilli la faveur de la Commission nationale de codification dès 1996¹¹²⁸. Elle implique que l'opération se limite à « *rassembler et ordonner les règles existantes sans créer de règles nouvelles* »¹¹²⁹. Toutefois, il convient de préciser que si la terminologie à *droit constant* renvoie à la codification-compilation par opposition à la codification-modification, elle n'exclut pas toute modification du fond. Selon la formule d'un auteur, « *la constance du droit n'est pas synonyme d'immobilité* »¹¹³⁰.

D'une part, la recodification révèle souvent nombre de dispositions archaïques, inutilement complexes ou incohérentes. La Commission supérieure de codification¹¹³¹ attend alors des codificateurs qu'ils proposent leur abrogation dans une lettre au chef de Gouvernement accompagnant le projet de Code et que ce dernier doit entériner par décret¹¹³².

D'autre part, la recodification à droit constant n'exonère pas le législateur de l'obligation de se conformer à la hiérarchie des normes. Le codificateur doit reconnaître la préexistence de normes ou de valeurs supérieures, et en tirer les conséquences¹¹³³ en expurgant le Code des dispositions contraires aux normes internationales, par ailleurs probablement déjà écartées par le juge¹¹³⁴. Dans son 17^{ème} rapport pour l'année 2006, la Commission supérieure de codification reconnaissait que « *si la codification à droit constant ne permet pas de créer des normes nouvelles en partie législative, elle conduit néanmoins lorsque cela est possible, à mettre la norme législative en conformité avec les normes supérieures* ». Dans ce cas, le codificateur doit proposer lui-même « *les modifications nécessaires pour mettre le corps des*

déduisait implicitement du périmètre des travaux mentionné par la précédente habilitation. Voir « La méthode et le processus de recodification », *AJDA*, 2008, p. 842.

¹¹²⁸ Une circulaire du 30 mai 1996 (*JO*, 5 juin 1996, p. 8263) précise que « *la stratégie retenue est celle du droit existant, dite "à droit constant"* ». La loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (article 3 al. 2) et la loi n° 2006-770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié (article 57) confirment que la codification se fait à droit constant.

¹¹²⁹ Premier rapport Commission supérieure de codification, 1990, p. 5.

¹¹³⁰ G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 24, 1996, pp. 83 à 100.

¹¹³¹ Premier rapport 1990, p. 6. Il ressort clairement du texte que la CSC ne souhaite pas se substituer aux autorités compétentes, législatives ou réglementaires.

¹¹³² Approbation par décret si elle concerne le domaine réglementaire mais également si elle concerne le domaine législatif lorsque la recodification s'effectue par la voie d'ordonnance prévue à l'article 38 de la Constitution.

¹¹³³ G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 24, 1996, pp. 83 à 100, spéc. p. 90.

¹¹³⁴ La loi du 12 avril 2000 (art. 3 al. 2) pose le principe du droit constant « *sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit* ». Le cinquième rapport de la Commission pour l'année 1994 énonçait déjà que la conformité aux dispositions de la Constitution ou du droit supranational nécessite des « *aménagements et dérogations limités* » (p. 7).

règles en harmonies avec elles ». À cet égard, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de rappeler, à propos d'autres opérations de codification, que le « *recours à une loi d'habilitation ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des principes constitutionnels* »¹¹³⁵.

314. Les limites de la méthode « à droit constant ». En 2004, plusieurs membres de la Commission supérieure de codification se réjouissaient du « *large consensus* » que suscitait « *le principe de la codification, c'est-à-dire la codification à droit constant* »¹¹³⁶. Cette méthode n'est pourtant pas exempte de critiques.

D'une part, il a été observé que la codification à droit constant condamne « *le législateur à reproduire soigneusement un fouillis de principes, d'exceptions, d'exceptions aux exceptions, de redondances, de renvois maladroits, etc.* »¹¹³⁷.

D'autre part, le temps passant, les évolutions juridiques et sociales entraînent un amas de règles ou de pratiques qui s'intègrent difficilement à la codification originelle. Les codificateurs ne peuvent alors pas faire l'économie d'une délimitation du périmètre du nouveau Code et en conséquence de la discipline en elle-même. En l'espèce, le choix d'une codification à droit constant a privé le législateur de l'occasion de s'interroger *sur le fond*, tant sur la signification du rôle de *pilote* ou de *réfèrent* du Code du travail que sur l'existence d'un droit *commun* du travail.

Enfin, la recodification ne peut, dans les faits, se résumer à « *une simple opération technique, sans effet juridique et dénuée de portée symbolique* »¹¹³⁸. Elle impose forcément certains choix, une certaine logique¹¹³⁹ : « *Lorsque la Commission supérieure de codification décide, pour rendre plus clairs les textes qu'elle codifie, d'insérer des titres ou intertitres dans les textes codifiés, elle oriente subrepticement, mais efficacement, les orientations qui seront*

¹¹³⁵ Conseil constit. 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n° 99-421 DC, cons. 24.

¹¹³⁶ Cités par G. BRAIBANT et A. ZARADNY, « L'action de la Commission supérieure de codification », *AJDA*, 2004, p. 1856.

¹¹³⁷ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2017, 31^{ème} éd., n° 50, p. 64.

¹¹³⁸ N. MAGGI-GERMAIN, « Mobilis in mobile : Le Code du travail en mouvement », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 62 à 74, spéc. p. 64.

¹¹³⁹ Le plan général d'un code constitue déjà le reflet de la conception philosophique d'une matière : R. CABRILLAC, « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code, Mélanges en l'honneur de G. WIEDERKEHR*, pp. 53-63, spéc. p. 62.

données à ces textes à l'occasion des litiges portés devant les juges. »¹¹⁴⁰ Le fait que le texte recodifié soit soumis à l'approbation du Parlement souligne l'absence de neutralité et la dimension normative de toute opération de codification. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Professeur TIMSIT définit la codification à droit constant comme une *transdiction* : le droit demeure constant, seule change la signification des lois qui le composent. Pour reprendre sa formule, cette méthode de codification n'entraîne « *ni modification, ni momification* »¹¹⁴¹.

Dès lors, s'il est certain que « *codifier n'est pas modifier* », l'opération de codification emporte toutefois une double conséquence. D'une part, la codification emporte la rationalisation et l'ordonnement des textes existants¹¹⁴². D'ailleurs, le communiqué de presse du Conseil des ministres¹¹⁴³ précédant l'ordonnance de recodification du Code du travail du 12 mars 2007¹¹⁴⁴ visait en priorité l'*accessibilité* du texte. D'autre part, la codification emporte un véritable processus d'engendrement du droit¹¹⁴⁵, en ce qu'elle crée ou

¹¹⁴⁰ G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 24, 1996, pp. 83 à 100, spéc. p. 90.

¹¹⁴¹ G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 24, 1996, pp. 83 à 100, spéc. p. 91. Voir égal. F. BARBÉ, P. GILLARD-DUPIN, M.-C. TUAL, « Code du travail, un lifting qui fait des vagues », *CEC magazine*, n° 121, 2007, dans lequel les auteurs recueillent les propos suivants relatifs à la nouvelle codification du droit du travail : « *Même si, dans un premier temps, les magistrats peuvent avoir tendance, si la table de concordance les y incite, à recourir aux mêmes solutions jurisprudentielles que précédemment, les avocats éprouveront très vite la tentation de plaider que telle solution, eu égard au contexte nouveau dans lequel s'inscrit le texte sur lequel elle est fondée, est devenue obsolète. Ils convaincront d'autant plus facilement leurs interlocuteurs que ceux-ci, nouvellement élus dans des conseils de prud'hommes ou nouvellement nommés dans des juridictions ou des formations ayant à connaître de conflits du travail, n'auront jamais pratiqué la solution antérieure.* » On comprend toutefois mal la portée de la critique. N'est-il pas propre à la jurisprudence d'être mouvante, adaptable, renversable ? Peut-on nier que les circonstances juridiques ou autres ne sont pas exemptes de tout effet ? Peut-on sérieusement écarter que les constructions et les tournures d'esprit du juge emportent des effets sur les solutions jurisprudentielles rendues ? Le rôle joué par le Doyen WAQUET, en tant que président de la Chambre sociale, dans la construction du droit du travail, est d'ailleurs notable.

¹¹⁴² G. TIMSIT, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 24, 1996, pp. 83 à 100, spéc. pp. 84-85.

¹¹⁴³ Communiqué de presse du 7 mars 2007 disponible à l'adresse suivante :

http://archives.gouvernement.fr/villepin/acteurs/gouvernement/conseils_ministres_35/conseil_ministres_7_mars_892/partie_legislative_code_travail_57906.html

¹¹⁴⁴ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative).

¹¹⁴⁵ Parmi ce processus d'engendrement, le Professeur TIMSIT distingue entre « *transcription, transgression et transdiction* ». L'auteur entend par cette dernière expression l'application de la règle de codification à droit constant ainsi que ses modalités d'application : le mécanisme des codes « pilotes » et des codes « suiveurs », qui permet de reporter automatiquement dans les derniers les modifications ultérieurement apportées aux premiers ainsi que le choix opéré par la CSC de codifier les textes « importants », c'est-à-dire ceux ayant reçu publication au *Journal officiel*. La transgression est le dépassement des limites de la loi ; elle n'est pas sa violation. La signification conférée à la loi reste conforme à la lettre de la loi mais en ignore l'esprit, c'est-à-dire le « code culturel de l'auteur de la loi » (G. TIMSIT, précité, pp. 87-88). La « *transdiction* » relève du pouvoir scripturaire, « *un pouvoir normatif qui naît de ce que la loi est fondamentalement écriture, texte* ». Dans ce cadre, la « *transdiction* » est un

recrée un ordonnancement de catégories juridiques auxquelles sont attachés des effets de droit¹¹⁴⁶. Toujours est-il que le choix d'une recodification-compilation a écarté par définition une réforme du *fond*. Le législateur ne s'est pas saisi de l'occasion pour rationaliser les rapports ambigus qu'entretiennent le Code du travail et le Droit du travail.

§ 2. La détermination des périmètres respectifs du Code du travail et du Droit du travail

315. Le constat était sans appel : l'ancien Code du travail de 1973 était devenu « *difficilement lisible* » et « *peu maniable* »¹¹⁴⁷. Mais si les exigences constitutionnelles d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹¹⁴⁸ imposaient un travail de clarification, celui-ci ne pouvait qu'être mesuré eu égard aux contraintes imposées par la recodification à droit constant. C'est dans ce cadre que les codificateurs ont retenu un périmètre restreint du Code du travail (A), dont les champs d'application ont pour la première fois été précisément délimités (B).

A) Un périmètre restreint du nouveau Code du travail

316. *La redéfinition des frontières du Code du travail.* Au terme du rapport de présentation au président de la République, le principe retenu a été « *de maintenir ou d'accueillir dans le nouveau Code du travail les dispositions générales et, en conséquence, de transférer les dispositions particulières à certains secteurs d'activité ou à certaines catégories professionnelles dans les codes spécifiques. La mise en œuvre de ce principe recentre le Code du travail sur son objet principal tout en permettant aux codes spécifiques d'accueillir les dispositions en matière de droit du travail qui en relèvent.* »¹¹⁴⁹ Les frontières du Code du travail avec d'autres codes existants ou en cours d'élaboration ont donc été redessinées. Cette recherche de l'intelligibilité et de la lisibilité s'est faite au prix de l'exclusion de deux types de personnels¹¹⁵⁰.

pouvoir de « dite » du droit, le pouvoir d'élaborer une norme sans créer une règle nouvelle, sans véritable modification de l'ordonnancement juridique.

¹¹⁴⁶ N. MAGGI-GERMAIN, « Mobilis in mobile : le Code du travail en mouvement », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 64-74, spéc. p. 65.

¹¹⁴⁷ Commission supérieure de codification, 19^{ème} rapport annuel, 2008, *La doc. fr.*, p. 22.

¹¹⁴⁸ Par la décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui s'ajoute à l'exigence de clarté législative déjà déduite de l'article 34 de la Constitution (par exemple : décision n° 98-401 du 10 juin 1998, cons. 7 et 10, *Rec.*, p. 258, chronique *AJDA*, 1998, p. 495).

¹¹⁴⁹ Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (*JORF* n° 61 du 13 mars 2007).

¹¹⁵⁰ Circ. DGT n° 2008/05 du 8 avril 2008 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail.

317. *L'exclusion de certains personnels.* D'un côté, la recodification a maintenu l'exclusion de certains personnels, qui se trouvaient déjà hors du champ d'application du Code du travail, parmi lesquels peuvent être notamment cités les collaborateurs du secteur hospitalier privé régis par le Code de la santé publique¹¹⁵¹ ou les travailleurs incarcérés soumis au Code de procédure pénale¹¹⁵². Ces personnels n'ont d'ailleurs même pas la qualité de travailleur-salarié¹¹⁵³.

318. *L'externalisation de certains personnels.* De l'autre, la recodification a externalisé certains personnels vers d'autres codes : le conjoint salarié du chef d'entreprise¹¹⁵⁴, les salariés agricoles¹¹⁵⁵, les salariés du secteur des transports ferroviaires¹¹⁵⁶, fluviaux¹¹⁵⁷, routiers¹¹⁵⁸, aériens¹¹⁵⁹ et maritimes¹¹⁶⁰, les salariés des ports¹¹⁶¹, les salariés des mines¹¹⁶², les

¹¹⁵¹ Article L. 6146-2 du Code de la santé publique.

¹¹⁵² Par une décision QPC du 14 juin 2013, le Conseil constitutionnel a considéré qu'était conforme au bloc de constitutionnalité l'article 717-3 alinéa 3 du Code de procédure pénale impliquant l'exclusion des travailleurs détenus du champ d'application du Code du travail.

¹¹⁵³ Les collaborateurs sous contrat avec l'établissement public de santé exercent leur activité sous le régime de la profession libérale tandis qu'il est traditionnellement admis, ce qui est discutable, que l'activité des détenus a une finalité principalement de réinsertion.

¹¹⁵⁴ L'article 784-1 de l'ancien Code du travail a été transféré à l'article L. 121-4 du Code de commerce. Ce transfert s'est d'ailleurs accompagné d'une réécriture du fond. L'ancien article prévoyait l'applicabilité du Code du travail « *au conjoint du chef d'entreprise salarié par lui, et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité [...] dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance* ». Cette disposition a été purement et simplement abrogée et l'article L. 121-4 du Code de commerce ne fait nulle mention de l'applicabilité du Code du travail.

¹¹⁵⁵ Le livre VII du Code rural est consacré aux salariés agricoles et reprend les dispositions précédemment contenues dans le Code du travail et relatives aux contrats de vendanges, aux chantiers forestiers et au travail en hauteur dans les arbres.

¹¹⁵⁶ Ont été codifiées dans le Code des transports les dispositions relatives à la durée du travail, au travail de nuit et au repos des salariés des entreprises de transports ferroviaire, routier ou fluvial ainsi que des entreprises assurant la restauration ou exploitant les places couchées dans les trains à l'exception des « *salariés soumis à des règles particulières* » de la SNCF, de la RATP et des entreprises de transport public urbain régulier de personnes.

¹¹⁵⁷ Ont été codifiées dans le Code des transports les dispositions relatives à la durée et à l'aménagement du temps de travail des personnels de navigation intérieure (art. 4511-1 et 4511-2).

¹¹⁵⁸ Ont été codifiées dans le livre III du Code des transports (Règlementation du travail spécifique au transport routier) les dispositions relatives à la durée du travail du personnel roulant des entreprises de transport public routier (art. L. 3312-1 à L. 3312-3), au temps de conduite et de repos des conducteurs (art. L. 3313-1 et L. 3313-2), à la formation professionnelle des conducteurs (art. L. 3314-1 à 3314-3), aux contrôles et sanctions (art. L. 3315-1 à 3315-6).

¹¹⁵⁹ Ont été codifiées dans le Code des transports les dispositions relatives au dialogue social et à la prévention des conflits (art. L. 1114-2), à l'exercice du droit de grève (art. L. 1114-3 et s.), à l'information des passagers (art. L. 1114-7) et à la continuité du service (art. L. 1222-1 et s.).

¹¹⁶⁰ Ont été codifiées dans le Code des transports les dispositions relatives au contrat de travail des marins (art. L. 742-1), à l'inspection du travail maritime (art. L. 742-1-1 II à IV), à la santé et la sécurité au travail sur les navires (art. L. 742-5), à l'aptitude des marins (art. L. 742-12).

¹¹⁶¹ Livre V du Code des ports maritimes (art. R. 511-1 et s.).

¹¹⁶² Ont été codifiées dans le Code minier des dispositions relatives à la sécurité et la santé au travail complétant le Code du travail (art. L. 180-1 et L. 351-1 tels qu'issus de l'ordonnance n° 2011-91 du 20

assistants maternels¹¹⁶³, les enseignants non permanents des établissements d'enseignement supérieur privé¹¹⁶⁴ etc.

319. Le choix d'un Code du travail pilote. Les objectifs affichés d'intelligibilité et de lisibilité ont ainsi privilégié le schéma d'un Code du travail « *pilote* » et de Codes « *accessoires* » ou « *suiveurs* » accueillant les personnels expulsés¹¹⁶⁵ au détriment d'un instrument codifié centralisant l'ensemble des règles relatives au travail subordonné. Mais dès lors que le territoire du droit du travail ne se confond pas avec celui du Code du travail¹¹⁶⁶, nous ne pouvons faire l'économie d'une réflexion sur la fonction de *droit commun* du Code du travail. En effet, tout comme son prédécesseur, le Code du travail issu de l'ordonnance du 12 mars 2007 n'accueille pas toutes les dispositions du « *droit du travail-branche* »¹¹⁶⁷. L'absence de certains types de personnels du Code du travail prive celui-ci du statut d'instrument exclusif de la matière à laquelle il renvoie. Le Code du travail peut-il alors prétendre au statut de *droit commun du travail*? En effet, le périmètre choisi pour une nouvelle codification n'est jamais neutre. À titre d'illustration, le Professeur G. BRAIBANT exposait ainsi que « *le simple fait de mettre un texte dans le Code de la consommation plutôt que dans le Code du commerce n'est pas neutre, sachant que toutes les dispositions du Code du commerce intéressent les consommateurs et réciproquement. Le Code de la consommation*

janvier 2011), au temps de travail ainsi qu'aux missions et élections des délégués mineurs et ouvriers des carrières (art. L. 191-1 et s., tels qu'issus de l'ordonnance n° 2011-91 du 20 janvier 2011).

¹¹⁶³ À noter que le Code de l'action sociale et des familles prévoit les frontières et interactions en prévoyant explicitement quelles dispositions du Code du travail s'appliquent aux assistants maternels et assistants familiaux (art. L. 423-1 et s. excluant ainsi notamment la réglementation du temps de travail) ou ne s'appliquent pas aux éducateurs et aides familiaux (art. L. 431-2 : il s'agit des dispositions relatives à l'aménagement de la durée du travail ainsi qu'aux repos), aux personnels pédagogiques occasionnels des accueils collectifs de mineurs (l'article L. 432-2 exclut ainsi l'application du titre II du livre I^{er} relatif à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, à l'exception de certaines dispositions relatives au temps de travail effectif, au temps de pause et au travail de nuit), ainsi qu'aux permanents des lieux de vie, également exclus des dispositions relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires des titres I^{er} et II du livre I^{er} de la troisième partie (art. L. 433-1).

¹¹⁶⁴ Article L. 731-18 du Code de l'éducation.

¹¹⁶⁵ La technique d'un Code « *pilote* » et de codes « *suiveurs* », c'est-à-dire, selon le 5^{ème} rapport annuel de la CSC de 1994, qu'une disposition pouvant être inscrite dans deux codes « *fait l'objet d'une codification à titre principal dans l'un de ces deux codes, l'autre se bornant à signaler l'existence de ce code et à le reproduire* », a été jugée trop lourde et source d'erreur et n'a pas été appliquée à la recodification du Code du travail.

¹¹⁶⁶ Voir P.-H. ANTONMATTEI, « La réécriture des champs d'application du Code du travail », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 60-63, spéc. p. 60.

¹¹⁶⁷ Expression utilisée par le Professeur JEAMMAUD, à propos du Code promulgué en 1973 (A. JEAMMAUD, « La codification en droit du travail », *Droits*, 27, 1998, pp. 161-171, spéc. p. 166).

est plutôt un code de protection du consommateur et le Code du commerce plutôt un code de protection des commerçants : le choix entre les deux codes a une signification »¹¹⁶⁸.

320. Une mise en concurrence du Code du travail et des codes référents ? Doit-on alors redouter que les « valeurs-références » ou « valeurs sociales protégées » par le Code du travail, ne soient concurrencées par des considérations propres au secteur d'activité en question (transport, commerce maritime, agricole etc.) ? Ces codes sectoriels ont un objet propre, dont le personnel ne peut être que l'accessoire, alimentant ainsi la crainte d'un droit du travail à *géométrie variable* selon les secteurs d'activité¹¹⁶⁹.

Cette crainte apparaît néanmoins assez théorique. L'étude des différents codes accessoires révèle qu'ont été externalisées des règles relatives pour la plupart à la durée du travail, à son aménagement ainsi qu'aux congés, c'est-à-dire les règles nécessitant *de facto* une adaptation sectorielle en raison des contraintes propres à chaque activité, ce qui existe déjà par le biais d'accords d'entreprise ou de branche au sein des entreprises soumises au Code du travail. En effet, l'absence d'*uniformité* en la matière s'observe déjà dans le cadre de l'articulation entre la loi et la négociation collective, qu'elle soit de branche ou d'entreprise. Elle n'empêche pas pour autant l'*unité*, le législateur se devant d'épuiser sa compétence en édictant les principes généraux de protection des travailleurs conformément à l'article 34 de la Constitution, peu important le code référent. En outre, on observera que les éditions commerciales ont parfois pris le parti d'intégrer dans le Code du travail sous l'appellation « *dispositions particulières à certaines professions et activités* »¹¹⁷⁰ ou « *régimes spéciaux* »¹¹⁷¹ les dispositions touchant les travailleurs et éclatées dans les différents codes accessoires. Ce sont donc les éditeurs privés qui permettent l'accessibilité optimale du droit du travail.

321. Une combinaison du Code du travail et des codes référents. Les codes accueillant ces personnels expulsés ne sont ni exhaustifs ni exclusifs. Ils n'ont pas pour finalité de régir les relations de travail dans leur totalité. En cas de carence des codes accessoires, il nous paraît évident qu'il convient de se référer au Code du travail dans la mesure où les employeurs concernés sont visés par ses champs d'application. En revanche, en cas de contradiction entre

¹¹⁶⁸ G. BRAIBANT, « Codification : pourquoi ? Comment ? », *RFAP*, 1995, p. 133.

¹¹⁶⁹ Voir not. N. MAGGI-GERMAIN, « Mobilis in mobile : le Code du travail en mouvement », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 64-74.

¹¹⁷⁰ Code du travail des éditions Lexisnexis, annoté par B. TEYSSIÉ, 2018.

¹¹⁷¹ Code du travail des éditions Dalloz, annoté par Ch. RADÉ et C. DECHRISTÉ, 76^{ème} éd., 2014. Toutefois, ce choix éditorial n'a pas été maintenu pour la 80^{ème} édition de l'ouvrage (2017-2018).

les deux codes, l'existence même de dispositions spécifiques prévues au sein des codes référents excluent implicitement les dispositions du Code du travail en vertu de la maxime *specialia generalibus derogant*.

322. Une confrontation entre Code du travail et Droit du travail. On regrettera alors que les exigences de la méthode à droit constant aient interdit de mener une réflexion de *fond* des champs d'application du Code du travail et, au-delà, des frontières du droit du travail¹¹⁷² en tant que discipline. En effet, en matière de champ d'application, le fond et la forme sont nécessairement liés¹¹⁷³. Six ans après la recodification, les frontières du Code du travail sont donc tout aussi floues, qu'il s'agisse du champ d'application personnel ou matériel.

D'une part, le Code du travail ne régit pas l'ensemble des situations de subordination dans lesquelles un individu accomplit une prestation de travail pour autrui moyennant une rémunération. Sont ainsi exclus les travailleurs de la fonction publique, du secteur du tourisme, l'animateur de colonie de vacances ou encore le travailleur incarcéré.

D'autre part, le Code du travail ne rassemble pas l'ensemble des règles régissant le salariat. Des dispositions se trouvent dans le Code de commerce, le Code de l'action sociale et des familles ou encore le Code de propriété intellectuelle. Rappelons qu'ont notamment été exclus de la recodification les salariés agricoles, des transports, des mines, des ports, les assistants maternels ou encore les marins. À l'inverse, certains types de personnels ne bénéficient que partiellement des dispositions du Code, à l'instar des gens de maison, salariés par destination de la loi¹¹⁷⁴.

Pour autant, le Code du travail comporte des dispositions régissant des aspects du travail non salarié. Ont ainsi accès à la formation professionnelle les travailleurs non-salariés de la pêche

¹¹⁷² J.-Y. KERBOUC'H, « Nouveau Code du travail et frontières du salariat », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 54 à 49, spéc. 54. À l'instar de cet auteur, on peut se demander « si l'erreur du législateur n'a justement pas consisté à vouloir recodifier "à droit constant" sans résoudre préalablement ou concomitamment les problèmes de fond que posent non seulement le Code du travail mais aussi à travers lui le droit du travail ».

¹¹⁷³ J.-Y. KERBOUC'H, « Nouveau Code du travail et frontières du salariat », précité, spéc. p. 55.

¹¹⁷⁴ Selon l'article L. 7221-1 du Code du travail, « est considéré comme employé de maison le salarié employé par des particuliers à des travaux domestiques ». L'article L. 7221-2 dispose que lui sont seules applicables les dispositions relatives au harcèlement moral (art. L. 1152-1 et s.), au harcèlement sexuel (art. L. 1153-1 et s.), à l'exercice en justice par les organisations syndicales des actions qui naissent du harcèlement en application de l'article L. 1154-2, au jour chômé du 1^{er} mai (art. L. 3133-4 à L. 3133-6), aux congés payés (art. L. 3141-1 à L. 3141-31 sous réserve d'adaptation par décret en Conseil d'État), aux congés pour événements familiaux (art. L. 3142-1 et s.), ou encore à la surveillance médicale définie au titre II du livre VI de la quatrième partie.

et des cultures marines¹¹⁷⁵, les artisans¹¹⁷⁶ ainsi que les non-salariés agricoles¹¹⁷⁷. Les travailleurs indépendants¹¹⁷⁸ sont soumis à une partie du Code du travail. Parfois, les dispositions du Code sont même *exclusivement* à destination d'activité commerciale non salariée¹¹⁷⁹, ou de personnes publiques n'employant pas de personnels « *dans les conditions du droit privé* ». Il en va ainsi des articles L. 1251-60 et s. du Code du travail qui encadrent les conditions dans lesquelles les salariés d'entreprises de travail temporaire sont employés par des personnes morales de droit public pour des tâches non durables¹¹⁸⁰. En outre, certaines dispositions ne sont pas liées à l'existence ou non d'un contrat de travail mais relèvent des politiques d'emploi. Il en va ainsi de dispositions relatives au service public de l'emploi¹¹⁸¹ ou à la formation professionnelle¹¹⁸².

Par les nécessaires choix d'inclusion et d'exclusion de certains personnels qui se sont imposés, la codification à droit constant a exacerbé la difficulté de saisir le périmètre du Code et partant, du Droit du travail en tant que discipline. Une recodification de fond aurait pu être l'occasion de faire du Code du travail le véritable *Code de l'activité professionnelle*¹¹⁸³.

Les choix opérés semblent avoir été justifiés par le fait que certaines relations de travail comportent un élément d'extranéité, propre au secteur d'activité au sein duquel elles se déroulent et qui nécessite un encadrement adapté. Cette même logique est à l'œuvre au sein du secteur public lorsque surviennent des nécessités propres à la gestion d'un service public. De ce fait, les objectifs de clarification et de simplification, bien qu'inhérents à la méthode de codification à droit constant, ont *de facto* altéré les champs d'application du Code du travail à l'égard des personnels du secteur public.

¹¹⁷⁵ Article L. 6331-53 du Code du travail.

¹¹⁷⁶ Article L. 6331-54 du Code du travail.

¹¹⁷⁷ Cette fois, la disposition n'est pas codifiée dans le Code du travail mais dans le Code rural (art. L. 718-2-1, D. 718-16 et 718-17).

¹¹⁷⁸ Les travailleurs indépendants sont soumis à un certain nombre de principes généraux de prévention édictés par le Code du travail (art. L. 4535-1). Ces travailleurs indépendants doivent être comptabilisés dans l'effectif servant à constituer le collège interentreprises de sécurité, de santé et des conditions de travail (art L. 4532-10). Ils bénéficient, tout comme les professions libérales, du droit à la formation continue (art. L. 6312-2).

¹¹⁷⁹ C'est le cas des agences de mannequins, des agents artistiques et, depuis la recodification, des entrepreneurs de spectacles.

¹¹⁸⁰ Possibilité ouverte par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 (article 21).

¹¹⁸¹ Articles L. 5311-1 et s. du Code du travail.

¹¹⁸² Article L. 6111-1 du Code du travail.

¹¹⁸³ J.-Y. KERBOUC'H, « Nouveau Code du travail et frontières du salariat », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 54 à 49, spéc. p. 54.

B) Une spécification bienvenue des champs d'application du Code du travail

323. Une définition des différents champs d'application. La recodification a permis de déterminer les différents champs d'application du Code du travail au début de chaque livre, souvent dans un titre premier, ou si nécessaire à un niveau inférieur¹¹⁸⁴. Ces articles sont conçus à l'identique : le premier alinéa précise l'application des dispositions aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés ; le second alinéa vise les employeurs publics concernés (EPA, EPIC etc.) à l'exception, en principe, de ceux régis par le droit de la fonction publique.

Cette présentation pédagogique constitue en elle-même une clarification, puisque l'ancien Code ne disposait ni d'un champ d'application général, ni d'un champ d'application relatif aux établissements ou entreprises du secteur public¹¹⁸⁵. Dans certains cas, aucune définition du champ d'application n'était prévue. Dans d'autres, les dispositions s'appliquaient explicitement aux EPIC ainsi qu'aux établissements mixtes, dès lors qu'un décret le prévoyait. Dans d'autres encore, étaient visées uniquement les entreprises publiques à statut, ou les établissements publics et entreprises publiques et privées chargées de missions de service public, ou encore les établissements industriels publics et privés, c'est-à-dire des notions aux contours incertains n'ayant jamais fait l'objet d'une définition législative.

324. Risques et limites de la réécriture des champs d'application du Code du travail. Selon un membre de la Commission d'experts, la question de la définition des champs d'application était celle ayant, sans doute, posé le plus de difficultés, « *tant la crainte partagée par tous était de restreindre l'application du Code du travail par des formulations hasardeuses* »¹¹⁸⁶. La crainte portait donc davantage sur une restriction que sur une *modification* en elle-même puisque la clarification des champs d'application a entraîné une extension du champ d'application du Code du travail aux employeurs publics. Les codificateurs semblent avoir

¹¹⁸⁴ Voir le Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (JO, n° 61, 13 mars) : « *Les travaux de codification ont permis de clarifier le champ d'application de chacun des différents livres de l'actuel code. Les dispositions définissant ce champ sont désormais placées autant que possible dans le titre I^{er} de chacun des livres composant les huit parties de sorte que, ces définitions apparaissant ainsi bien distinctement, l'utilisateur du code puisse plus aisément déterminer si les dispositions contenues dans le livre lui sont applicables. Néanmoins, il a été parfois nécessaire de placer des dispositions à des niveaux inférieurs pour tenir compte de différences dans les champs d'application, soit dans le sens d'une extension, soit dans celui d'une restriction.* »

¹¹⁸⁵ Dans ses conclusions sur l'arrêt *Billard et Volle*, le commissaire du Gouvernement soulignait qu'« *issu de strates législatives successives, le Code du travail n'a pas de champ d'application général, chaque livre, chapitre, section voire sous-section prévoit un champ d'application particulier* ».

¹¹⁸⁶ Ch. RADÉ, « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.*, 2007, p. 513, note (13), p. 514.

pris en compte le nombre croissant de personnels de droit privé au service d'employeurs publics. En outre, les exclure du Code du travail aurait sans aucun doute été contraire à la Constitution puisque nombre de garanties fondamentales, relevant de la compétence législative en vertu de l'article 34 de la Constitution, auraient été écartées (principe de participation, *via* la représentation collective et l'intéressement, notamment). Pour ces raisons, une restriction des champs d'application du Code aux personnels des entités soumises à statut réglementaire ne pouvait donc être envisagée dans le cadre d'une recodification à droit constant.

325. Si l'on ne peut qu'admirer l'effet d'anticipation de la réécriture opérée, accompagnant opportunément les périodes de transition découlant de la privatisation des opérateurs économiques du secteur public¹¹⁸⁷, deux critiques seront toutefois formulées. D'une part, il est déplorable que les travaux de la Commission supérieure de la codification et de la mission de recodification n'aient pas été rendus publics, de sorte que l'intention précise du législateur demeure inconnue. D'autre part, la refonte du Code du travail aurait pu être accompagnée d'une réforme législative plus globale harmonisant les régimes de travail des agents de droit privé et des agents contractuels de droit public employés par les personnes publiques.

§ 3. L'extension du Code du travail aux employeurs publics et à leurs personnels

326. *État du droit antérieur.* Dans le silence de la loi, la question de l'applicabilité du Code du travail aux employeurs publics a longtemps été débattue. L'insertion de champs d'application au sein du Code du travail est venue mettre un terme à ces incertitudes.

S'agissant des entreprises à statut, Paul DURAND défendait dès 1954 une applicabilité de principe du Code du travail, constatant que puisque le personnel bénéficiaire du statut ne possède pas la qualité de fonctionnaire et qu'il est lié à l'entreprise par un contrat de travail de droit privé, aucune raison ne pouvait justifier qu'il soit soustrait à la législation du travail de droit commun¹¹⁸⁸. Cette opinion, largement partagée par la doctrine travailliste¹¹⁸⁹, n'allait

¹¹⁸⁷ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹¹⁸⁸ P. DURAND, « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective », *CJEG*, 1954, D., p. 102.

¹¹⁸⁹ Voir not. J. SAVATIER, *Dr. soc.*, 1969, p. 53 ; O. VAN RUYMBEKE, « Le Code du travail s'applique-t-il aux entreprises à statut ? Conclusions sur CE, 1^{er} juillet 1988, *Dr. soc.*, 1988, pp. 775-780 ; F. SARAMITO, « Le droit applicable aux relations de travail à la SNCF », *Dr. ouvr.*, 1989, p. 161, spéc. p. 170 : « Dans le silence du statut, il ne fait pas de doute que le Code du travail va régir les relations entre l'entreprise et son personnel. » ; J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, 1994, LGDJ, p. 1.

pourtant pas de soi¹¹⁹⁰ et marquait un point de divergence entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. La première faisait une application de principe de Code du travail et en conséquence du principe de faveur¹¹⁹¹ tandis que le second s'y était toujours refusé et distinguait classiquement deux situations¹¹⁹². Depuis l'arrêt *Billard et Volle*¹¹⁹³, lorsque le champ d'application des dispositions du Code du travail n'était pas défini, le Conseil d'État constatait l'inapplicabilité de principe du Code du travail, tout en se réservant la possibilité de découvrir un « *nouveau mais éternel* »¹¹⁹⁴ principe général de droit du travail sous réserve qu'il ne soit pas incompatible avec les nécessités du service public¹¹⁹⁵. À l'inverse, lorsque le champ d'application des dispositions du Code du travail incluait les entreprises publiques, le Conseil d'État admettait son applicabilité, ici encore sous réserve des nécessités du service public¹¹⁹⁶.

Enfin, concernant les agents non titulaires de droit public, la recodification a conforté la position du juge administratif qui, depuis l'arrêt *Dame Peynet* et malgré les propositions de son commissaire du Gouvernement¹¹⁹⁷, n'applique pas le Code du travail aux agents non titulaires, sous réserve de l'existence d'un principe général du droit¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁰ Voir not. B. JEANNEAU, « L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques », *Mélanges J. SAVATIER*, PUF, 1992, p. 243, spéc. p. 260 ; Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, pp. 520 et s. et, du même auteur, « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut », *RJS*, 1998, p. 355.

¹¹⁹¹ Cass. soc., 11 mai 1993, *Dr. soc.*, 1993, p. 58, obs. J. CHORIN, dans lequel la Cour retient que « *les dispositions du Code du travail sont applicables de plein droit aux salariés d'EDF, toutes les fois qu'elles sont plus favorables que les règles statutaires, quand bien même ces dernières auraient été agréées par l'autorité administrative* ». Ce même raisonnement a été confirmé par la suite : Cass. soc., 17 juillet 1996 (deux arrêts) : *Bull. civ.*, V, n° 296 et 297 ; *Dr. soc.*, 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, p. 1054, note J. SAVATIER ; *RJS*, 1996, n° 1115 ; *JCP G*, 1997, II, 22798, note J. CHORIN ; Cass. soc., 7 févr. 2001, *CSBP*, 2001, S 189 ; obs. F.-J. PANSIER ; Cass. soc., 7 mai 2003 : *Cah. soc. Barreau*, 2003, A 43, p. 341, note F.-J. PANSIER.

¹¹⁹² Voir Ch. GARBAR, « Principes généraux du droit du travail : une nouvelle étape vers la banalisation du droit applicable aux personnels des entreprises à statut ? (Quelques remarques sur l'arrêt *Berton*) », *Mélanges en l'honneur de B. JEANNEAU*, Dalloz, 2002, pp. 119-145.

¹¹⁹³ CE, ass., 1^{er} juill. 1988, *Billard et Volle*, *Lebon*, p. 268, voir J.-F. LACHAUME, note sous l'arrêt *Billard et Volle*, *Dr. soc.*, 1989, pp. 512-515.

¹¹⁹⁴ Selon la formule employée par le commissaire du Gouvernement TUOT dans ses conclusions sur l'arrêt *Malher* du 12 nov. 1990, *AJDA*, 1991, p. 332, note M. HÉCQUARD-THÉRON.

¹¹⁹⁵ CE, 12 nov. 1990, *Malher*, *AJDA*, 1991, p. 332, note M. HÉCQUARD-THÉRON ; CE, section, 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes FO et autres*, *T. Lebon*, p. 573 ; CE, 27 mars 2000, *Mme Brodbeck*, *Lebon*, p. 129.

¹¹⁹⁶ Voir not. CE, section, 2 mai 1959, *Syndicat général du personnel d'Air-France*, *Lebon*, p. 282 ; CE, ass., 13 juillet 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *Lebon*, p. 354 ; CE, ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, *AJDA*, 1995, p. 757.

¹¹⁹⁷ CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, *Lebon*, p. 406, concl. GRÉVISSE, chron. FRANC et BOYON, *AJDA*, 1973, p. 587, note Y. SAINT-JOURS, *JCP*, 1975, II, 17957 (à propos de l'interdiction de licencier une femme enceinte). Madame GRÉVISSE avait estimé que « *lorsque les nécessités du service public n'y font pas obstacle et lorsqu'aucune disposition législative ne l'exclut expressément, les agents de l'État et des*

327. Une clarification apportée par la recodification. La rationalisation opérée par la recodification a imposé le raisonnement suivant : soit la disposition en cause du Code du travail inclut l'entreprise dans son champ d'application et celle-ci a vocation à lui être appliquée ; soit le champ d'application de la disposition en cause du Code du travail n'inclut pas l'entreprise et celle-ci ne lui est pas applicable. Il demeure toujours la possibilité pour le juge administratif de trouver en celle-ci un principe général du droit du travail, lequel pouvant toujours être écarté en raison des nécessités du service public. Sur ce point, le Professeur LOMBARD avait déjà prévenu de la « *difficulté pour les gestionnaires et les salariés des entreprises à statut de faire acte divinatoire* »¹¹⁹⁹, mais cette insécurité propre à la jurisprudence administrative n'entraîne assurément pas dans l'habilitation accordée à la mission de recodification.

328. Une application distributive du Code du travail. Le responsable de la mission de recodification relevait à juste titre que « *les nombreux champs d'application, sources de nombreuses interrogations, ont été harmonisés et écrits de sorte à lever toute ambiguïté sur leur portée* »¹²⁰⁰. Toutefois, le maintien d'une douzaine de formulations différentes visant les employeurs du secteur public témoigne d'une application *complexe et distributive*¹²⁰¹ du Code du travail, qu'une recodification à droit constant ne pouvait pas à elle seule éclaircir. Dans une riche étude intitulée « *Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé* »¹²⁰² et auquel nous renvoyons pour une étude plus détaillée, Jacky CHORIN a mesuré l'impact de la recodification sur le droit applicable aux employeurs publics. Celle-ci a conduit dans certains cas à une *harmonisation* et dans d'autres à un *élargissement* des champs d'application du Code du travail dans le secteur public.

À cet égard, la formule utilisée par les codificateurs aux termes de laquelle « [Les dispositions] *sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé* » a permis d'inclure l'ensemble des employeurs publics, sans

collectivités et organismes publics doivent bénéficier, quelle que soit la nature juridique du lien qui les unit à leur employeur, de droits équivalents à ceux que la législation du travail reconnaît à l'ensemble ».

¹¹⁹⁸ Voir not. CE section, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, Lebon*, p. 152, concl. LABETOUILLE, pp. 152-156 ; *AJDA*, 1982, p. 440 (interdiction pour une collectivité locale de rémunérer un agent non titulaire en-deçà du Smic) ; CE, 11 mars 1962, *Ville de Strasbourg, Rec.*, p. 194 (égalité d'accès aux fonctions et emplois publics). Pour une étude détaillée, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

¹¹⁹⁹ M. LOMBARD, « L'application du Code du travail aux "entreprises à statut" », *AJDA*, 1991, p. 604.

¹²⁰⁰ J.-D. COMBREXELLE et H. LANOUZIÈRE, « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517, spéc. p. 520.

¹²⁰¹ P.-H. ANTONMATTEI, « La réécriture des champs d'application du Code du travail », *SSL*, Supplément, n° 1472, pp. 60-63, spéc. p. 61.

¹²⁰² J. CHORIN, « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », *JCP S*, n° 45.1463.

considération de leur nature juridique (A). Dans certains cas, l'élargissement du domaine d'applicabilité du Code est également passé par inclusion expresse des EPIC, sous réserve toutefois, dans certaines hypothèses, de dispositions statutaires contraires (B).

A) L'application du Code du travail au « personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé »

329. Les champs d'application du Code ont été élargis au « *personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé* » s'agissant tant des relations individuelles de travail (1°) que des relations collectives (2°). Par son caractère général, cette terminologie présente l'avantage de poser comme critère discriminant le contrat de droit privé du personnel, sans préjudice de la nature publique de l'employeur (État, EPIC, EPA, établissements mixtes, GIP, collectivités territoriales). Mais la situation se complexifie lorsque la formule est assortie de la « *réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel* ».

1°) Un élargissement en matière de relations individuelles

330. La formule précitée est utilisée aux fins de définir les champs d'application de nombreux articles du Code du travail, notamment les articles L. 1111-1 (dispositions préliminaires), L. 1131-1 (discrimination), L. 1141-1 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes), L. 1151-1 (harcèlements moral et sexuel) ou encore l'article L. 1211-1 (contrat de travail), qui revêt une importance particulière puisque la reconnaissance d'un contrat de travail de droit privé entraîne l'application du Code du travail et donc, entre autres, la compétence du Conseil de prud'hommes. L'ancien article L. 120-1 retenait que certaines dispositions relatives au contrat de travail¹²⁰³ étaient applicables « *notamment aux salariés des offices ministériels, des professions libérales, des sociétés civiles, des syndicats professionnels, les associations de quelque nature qu'elles soient* », excluant ainsi l'emploi – alors moins banalisé – de salariés sous contrat de droit privé par l'État, les collectivités locales ou les EPA. L'attention portée par les codificateurs à la banalisation du recours aux

¹²⁰³ L'article L. 120 ancien était contenu dans le chapitre préliminaire du titre deuxième intitulé « Le contrat de travail », et visait les « dispositions des chapitres I^{er}, II (section I, II, III, IV, IV-I, V, V-I, V-II), III, IV, V, VI du présent titre ». Aujourd'hui est inséré au sein du livre II consacré au contrat de travail de la première partie du Code, l'article L. 1211-1 qui énonce que les dispositions du présent livre « *sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel.* »

contractuels de droit privé par les EPA sur autorisation expresse du législateur est ici appréciable.

331. En effet, la complexité et l'insécurité juridique prévalaient jusqu'alors. Les revirements de jurisprudence opérés à l'égard des personnels employés par les chambres de commerce et d'industrie en fournissent une illustration. Le Tribunal des conflits avait ainsi considéré que l'agent auxiliaire d'une chambre de commerce et d'industrie (CCI) ne pouvait être reconnu comme un agent public dans la mesure où il ne participait pas à un SPA géré par une personne publique¹²⁰⁴, pour retenir une solution inverse quelques années après¹²⁰⁵. Dans le même sens, la Cour de cassation avait admis sa compétence ainsi que l'application des dispositions d'ordre public du Code du travail (en l'espèce les articles L. 122-14 et suivants relatifs au licenciement) aux salariés liés à la CCI par des contrats de droit privé, indépendamment de leur soumission à un statut particulier de nature réglementaire¹²⁰⁶. À l'inverse, la Cour de cassation avait exclu l'application des dispositions relatives à l'intéressement des salariés (articles L. 441-1, L. 131-2 et L. 134-1 du Code du travail) aux salariés employés par des CCI¹²⁰⁷.

2°) Un élargissement en matière de relations collectives

332. Sous l'ancienne codification, la rédaction des champs d'application relatifs aux délégués du personnel¹²⁰⁸, aux comités d'entreprise¹²⁰⁹, aux CHSCT¹²¹⁰ ainsi que celles relatives à la négociation collective¹²¹¹ ne visaient que les EPIC et les établissements déterminés par décret qui assuraient à la fois des missions industrielles et commerciales et des missions administratives, c'est-à-dire les établissements mixtes.

La réécriture opérée lors de la recodification a considérablement élargi le champ d'application de ces dispositions. Désormais les dispositions relatives au comité social et économique¹²¹² [instance regroupant les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT], aux

¹²⁰⁴ TC, 16 mars 1998, *Corte c/ CCI de Melun*, n° 2996.

¹²⁰⁵ TC, 24 mai 2004, *Hérault c/ CCI de Melun*, n° 3410.

¹²⁰⁶ Cass. soc., 23 oct. 1991, n° 88-44.493 et n° 88-44.782, *CCI de Nîmes, Uzès, Le Vigan c/ Vergnes et a.* ; *Bull. soc.*, 1991, V, n° 431.

¹²⁰⁷ Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-20.967, *Chambre de commerce et d'industrie d'Alençon*, n° 01-20.967, *Bull. civ.*, 2003, V, n° 87.

¹²⁰⁸ Article L. 421-1 de l'ancien Code.

¹²⁰⁹ Article L. 431-1 de l'ancien Code.

¹²¹⁰ Article L. 231-1 de l'ancien Code, qui renvoyait également aux services de santé au travail.

¹²¹¹ Articles L. 131-2 et L. 134-1 de l'ancien Code.

¹²¹² Article L. 2311-1 du Code du travail.

services de santé¹²¹³ et à la négociation collective¹²¹⁴ s'appliquent également aux « établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé ». La possibilité ouverte aux EPIC « compte tenu des caractères particuliers de certains des établissements [...] et des instances de représentation du personnel éventuellement existantes, de faire l'objet d'adaptations, par décrets en Conseil d'État, sous réserve d'assurer les mêmes garanties aux salariés de ces établissements » a également été étendue aux EPA employant du personnel dans les conditions du droit privé. Ce compromis permet aux agents de droit privé de bénéficier des garanties fondamentales du droit du travail tout en laissant aux autorités administratives suprêmes le pouvoir de les rendre compatibles avec les nécessités du service public.

333. L'intéressement des salariés. Le champ d'application des dispositions relatives à l'intéressement a également été étendu (article L. 3311-1 du Code du travail). Avant la recodification, l'ancien article L. 441-1, alinéa 2, disposait que toute entreprise, « *quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique* », pouvait négocier et mettre en place un accord d'intéressement. L'ancien article L. 441-1, alinéa 7, disposait quant à lui que « *toutefois, les dispositions du présent chapitre ne sont applicables de plein droit aux entreprises publiques ou aux sociétés nationales que si elles entrent dans le champ d'application défini au chapitre I^{er} du titre III du livre I^{er} du présent code* » [c'est-à-dire l'article L. 131-2 ancien fixant le champ d'application de la négociation collective].

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 3311-1 du Code du travail énonce désormais que « *les dispositions du présent titre [Titre 1^{er} intitulé Intéressement] sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés*¹²¹⁵ ». Les alinéas 2 et 3 disposent que ces mêmes dispositions sont également applicables aux « *établissements publics à caractère industriel et commercial* » et aux « *établissements publics administratifs* » lorsqu'ils emploient du « *personnel de droit privé* »¹²¹⁶, sous réserve d'un décret en Conseil d'État déterminant « *les conditions dans lesquelles les dispositions du présent titre sont applicables aux entreprises*

¹²¹³ Article L. 4621-1 du Code du travail.

¹²¹⁴ Article L. 2211-1 du Code du travail.

¹²¹⁵ Cette modification du champ d'application ne présentait pas de réelle utilité puisque la précédente codification visait déjà les employeurs de droit privé (en ce sens, A. SAURET, J.-S. LIPSKI, « L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification », *JCP S*, n° 26, 23 juin 2009, 1279). En réalité, il s'agit plutôt d'une clarification et d'une harmonisation globale, avec une présentation identique à chaque fois, telle que nous l'avons exposée, à savoir un premier alinéa consacré aux employeurs privés et un second alinéa consacré aux employeurs publics potentiellement concernés.

¹²¹⁶ Les termes « *dans des conditions de droit privé* » ne sont pas cette fois utilisés, si tant est qu'il faille y voir une différence autre que de pur style.

publiques et aux sociétés nationales ne pouvant pas conclure une convention ou un accord collectif de travail mentionné à l'article L. 3312-5 ».

Les recodificateurs n'ont pas visé le cas particulier prévu par l'ancien article L. 131-2 du Code du travail, c'est-à-dire les « *établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial* ». Si cet oubli a pu être sévèrement critiqué¹²¹⁷, il demeure sans conséquence pratique puisqu'un tel établissement dit « à double visage » entre nécessairement dans le cadre de l'un des alinéas 2 (EPIC) ou 3 (EPA)¹²¹⁸. En outre, l'absence de l'établissement mixte s'inscrit dans la primauté donnée au statut juridique du personnel et non à celui de l'employeur public. Dès lors que l'établissement public emploie du « *personnel de droit privé* », les dispositions relatives à l'intéressement trouvent à s'appliquer¹²¹⁹.

334. Enfin, l'article L. 3311-1 du Code du travail n'a pas été étendu aux agents soumis au droit public du travail. Si une telle extension n'entraîne assurément pas dans la compétence des codificateurs telle que définie par la loi d'habilitation, cette différence de traitement entre les agents d'un même établissement ne va pas sans poser de difficultés.

En effet, l'intéressement a « *pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise, notion plus large que celle retenue de la participation aux seuls résultats* »¹²²⁰. Ce caractère collectif s'oppose au critère de performance individuelle de chaque salarié pour le calcul ou la répartition des droits¹²²¹ puisqu'il est désormais acquis pour le juge judiciaire qu'un groupe de salariés ne peut être exclu du bénéfice de l'intéressement¹²²². À défaut de caractère collectif, lorsqu'en sont exclues certaines catégories

¹²¹⁷ A. SAURET et J.-S. LIPSKI, « L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification », *JCP S*, n° 26, 23 juin 2009, 1279).

¹²¹⁸ Voir H. LANOUZIÈRE, « Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté », *JCP S*, n° 18, 4 mai 2010, 1165.

¹²¹⁹ Au sein de la nouvelle codification, aucune mention n'est faite non plus d'un décret conditionnant l'application du Code du travail. L'ancien article L. 441-1 du Code du travail précisait qu'un « *décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les dispositions du présent chapitre sont applicables aux entreprises publiques et aux sociétés nationales ne répondant pas à la condition fixée au deuxième alinéa* ». Mais il s'agissait d'une erreur matérielle de renvoi qui a fort heureusement été écartée puisqu'était visé en réalité le septième alinéa de l'ancien article L. 441-1, et non le deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 telle que modifiée par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987.

¹²²⁰ B. DENKIEWICZ et Ph. MAURIN, *Répertoire de droit du travail-Épargne salariale*, septembre 2012 (mise à jour : juin 2013).

¹²²¹ G. VACHET, « Participation. Intéressement des salariés », *RDSS*, 1995, p. 550.

¹²²² Loi du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise. Les seules différenciations admises s'appliquent aux établissements et aux unités de travail qui constituent des équipes de travail cohérentes avec des objectifs spécifiques.

professionnelles¹²²³, les primes d'intéressement doivent être requalifiées en éléments de nature salariale devant être réintégrés dans l'assiette de cotisation due par l'employeur à l'URSSAF. En l'espèce, ne devrait-on alors pas considérer que le fait que seule une partie du personnel employé par l'EPA bénéficie de l'intéressement prive le dispositif de son caractère collectif ?

Dans ces conditions, l'EPA l'ayant mis en place au profit de son personnel de droit privé peut-il, ou doit-il, l'étendre aux agents publics qu'il emploie également ? En effet, l'ensemble du personnel, qu'il soit soumis au droit privé ou au droit public, participe à l'effort collectif et à la plus-value dégagée par l'activité. En outre, une prime d'intéressement à la performance collective des services a également été mise en place dans la fonction publique d'État¹²²⁴. Pour autant, l'agent public qui s'estimerait lésé serait-il fondé à réclamer le bénéfice du dispositif d'intéressement, notamment sur le fondement du principe d'égalité ? Il est peu probable que le juge accueille favorablement un tel recours. En effet, la jurisprudence administrative, qui affirme traditionnellement que les agents titulaires et les agents non titulaires sont placés dans une situation différente pour écarter toute comparaison entre eux¹²²⁵, est aisément transposable à toute comparaison entre agents publics et salariés¹²²⁶. En outre, le juge administratif devrait se montrer sensible aux enjeux financiers qu'une telle extension ferait peser sur les établissements publics administratifs. Plus encore, une telle extension pourrait le cas échéant relever de la compétence du pouvoir réglementaire et non de celle du chef de service concerné.

335. La participation et la représentation collective des travailleurs. Hormis quelques interventions ponctuelles du législateur¹²²⁷, les personnels de droit privé des EPA étaient jusqu'alors privés de toute participation et représentation collective¹²²⁸. Sous l'empire de l'ancienne codification, la Cour de cassation avait ainsi jugé que, faute de décret en Conseil

¹²²³ Cass. soc., 23 nov. 1999, *D.*, 2000, IR p. 3 concernant les VRP ; Cass. soc., 27 juin 2000, *Bull. civ.*, V, n° 3026 concernant les apprentis.

¹²²⁴ Voir le Décret n° 2011-1038 du 29 août 2011 instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État, accompagné d'une circulaire du 29 août 2011 relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État et ses établissements publics.

¹²²⁵ CE, 29 octobre 2007, n° 294491.

¹²²⁶ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹²²⁷ Par exemple de la Caisse des dépôts et consignations (décret 13 juillet 1998 combinant droit commun et système *ad hoc*), de l'Établissement français du sang (Article 60 II de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2000) et de Pôle Emploi (loi du 13 février 2008).

¹²²⁸ J. CHORIN, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA*, 2000, p. 382.

d'État le prévoyant, le droit de la négociation collective ne s'appliquait pas aux Chambres de commerce et d'industrie¹²²⁹. De même, le Conseil d'État avait jugé que les dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel ne s'appliquaient pas aux établissements publics administratifs, ce qui l'avait amené à dénier la qualité de salarié protégé à un salarié de droit privé ayant qualité de délégué du personnel au sein d'un EPA¹²³⁰.

L'extension opérée lors de la recodification a donc été justifiée, et même imposée eu égard aux contraintes de la méthode à droit constant, par le respect du principe constitutionnel de participation des travailleurs¹²³¹.

336. En définitive, se pose toutefois la question de savoir si toutes ces modifications, du fait de leur ampleur, devaient réellement s'inscrire dans le cadre d'une recodification à droit constant. Certes, cette méthode impose d'effectuer un contrôle de conformité des règles recodifiées aux normes supérieures. Cependant, on aurait légitimement pu attendre du législateur qu'il saisisse l'occasion de la recodification pour repenser dans leur ensemble les rapports entre les employeurs publics et le Code du travail.

B) L'inclusion expresse des établissements publics industriels et commerciaux

337. *Les dispositions relatives à la durée du travail.* L'article L. 3111-1 déterminant le champ d'application des dispositions relatives à la durée du travail, aux repos et congés¹²³² vise « *les employeurs de droit privé et leurs salariés* » ainsi que les « *établissements publics industriels*

¹²²⁹ Par ex., Cass. soc., 11 mars 2003, *CCI d'Alençon c/ URSSAF de l'Orne*, n° 01-20.967, *Bull.* V, n° 87. Ce décret a été pris le 21 juin 2005 permettant aux CCI de passer des accords d'intéressement au bénéfice de leurs seuls personnels de droit privé. Ce même raisonnement a été suivi par la Cour administrative d'appel de Bordeaux à propos des salariés de droit privé des services d'utilité agricole des chambres d'agriculture : dans la mesure où aucun décret n'a été publié, ces établissements n'ont pas à appliquer les dispositions légales sur les délégués du personnel (CE, 27 avr. 2000, *Min. Agriculture et de la pêche c/ Delassus* : *RJS*, 9/10-00, n° 970). Et pourtant, les personnels de droit privé des chambres d'agriculture représentent les 2/3 du personnel.

¹²³⁰ Par ex., CE, 3 juill. 1996, *CNAM des travailleurs salariés*, n° 115728 : « *Considérant qu'il résulte de l'article L. 431-1 du Code du travail qu'aucun comité d'entreprise ne peut être constitué dans un organisme ayant le caractère d'établissement public administratif.* » – voir aussi CE, 7 juill. 1993, *Maaoui*, *RJS*, 10/93, n° 995, à propos d'un établissement public administratif employant du personnel de droit privé, l'Établissement national Antoine Koenigswarter : la législation des délégués du personnel ne s'applique pas à cet établissement public. Il ajoute que « *si l'article L. 425-1 précité étend aux délégués du personnel institués par voie conventionnelle les dispositions protectrices en cas de licenciement qui s'appliquent aux délégués du personnel dont la désignation est imposée par le Code du travail, cette extension (...) ne peut concerner des délégués du personnel institués par voie conventionnelle au sein d'un établissement public administratif tel que l'établissement Koenigswarter* ».

¹²³¹ Il a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme ayant valeur constitutionnelle depuis une décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961*.

¹²³² Livre premier de la troisième partie du Code.

et commerciaux ». Il s'agit là d'une clarification de l'ancien L. 200-1 du Code du travail qui, sans viser explicitement les EPIC, recourait à la formule suivante : « *Les établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés.* »¹²³³

338. Les dispositions relatives au licenciement pour motif économique. En revanche, les dispositions portant sur les licenciements pour motif économique s'appliquaient sous l'ancienne codification aux « *entreprises ou établissements agricoles, industriels et commerciaux, publics ou privés* »¹²³⁴. L'article L. 1233-1 nouveau vise désormais « *les entreprises et établissements privés de toute nature ainsi que, sauf dispositions particulières, [...] les entreprises publiques et les établissements publics industriels et commerciaux* ». Cette réserve vise à l'évidence les structures publiques dotées d'un statut du personnel, qui prévoiraient une procédure particulière de rupture pour motif économique.

339. Les dispositions relatives à la rémunération. Au sein de la troisième partie, l'article L. 3211-1 du Code du travail définit le champ d'application du livre deuxième, consacré aux salaires. Il ne vise que « *les employeurs de droit privé et leurs salariés* », sans mentionner les employeurs publics, quelle que soit leur forme. Il en résulte nécessairement que le livre deuxième du Code du travail ne leur est pas applicable, à l'exception de l'article L. 3231-1 relatif au SMIC qui s'applique expressément aux EPIC ainsi qu'aux EPA employant des personnels dans des conditions de droit privé. Bien qu'étant des salariés de droit privé à part entière, les personnels des EPIC ne bénéficient donc pas des autres dispositions relatives à la rémunération, limitant ainsi opportunément les hypothèses de concours avec les avantages statutaires.

Par ailleurs, on observera avec étonnement que l'article L. 3221-1 du Code du travail consacré au champ d'application du titre consacré à « *l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes* » se borne à viser « *les employeurs de droit privé et leurs salariés* » ainsi que « *ceux non régis par le Code du travail et, notamment, [les] agents de droit public* ». Cette rédaction exclut donc les personnels des EPIC et ceux employés dans les conditions du droit privé d'un EPA géré par une personne publique. Cette probable omission ne devrait

¹²³³ Sans surprise, le Conseil d'État avait déjà jugé que cette formulation incluait les EPIC (CE, 7 juill. 1995, n° 146028 et a., *Damiens et a.*, *Lebon* p. 290, concl. J.-C. BONICHOT, *AJDA*, 1995, p. 757 ; *CJEG*, 1995, p. 449).

¹²³⁴ Anc. art. L. 321-2 du Code du travail.

toutefois emporter aucune conséquence pratique puisque le principe d'égalité, en tant que principe général du droit, s'y substitue¹²³⁵.

340. Les dispositions relatives au règlement intérieur et au droit disciplinaire. Ces dispositions illustrent également l'élargissement des champs d'application opéré par l'entreprise de recodification.

Sous l'ancienne codification, l'article L. 122-33 du Code du travail portant sur le règlement intérieur incluait expressément dans son champ d'application les EPIC, tandis que les articles suivants relatifs au droit disciplinaire ne précisaient aucunement leurs champs d'application. Ces imprécisions avaient conduit à une divergence entre les deux ordres juridictionnels. La Cour de cassation faisait application des dispositions d'ordre public du Code du travail à la SNCF [EPIC à statut réglementaire] sous réserve du principe de faveur¹²³⁶ tandis que le Conseil d'État avait recours à l'égard de la SNCF aux principes généraux du droit en écartant l'application de ces mêmes dispositions¹²³⁷.

L'inclusion expresse des EPIC par le nouvel article L. 1311-1 du Code du travail au sein du périmètre d'application du livre troisième consacré à la fois au règlement intérieur et au droit disciplinaire, constitue ici encore une réécriture de champ d'application entraînant *de facto* l'application des règles de fond en matière disciplinaire.

Certes, cette réécriture peut se justifier, comme l'expose Jacky CHORIN, par le lien très fort entretenu par le règlement intérieur et le droit disciplinaire, le premier conditionnant le second. Ces dispositions étaient en effet issues de la même loi du 4 août 1982, ce qui impliquait une proximité conceptuelle entre les deux. Plus encore, le rassemblement du contentieux disciplinaire devant une même juridiction, le Conseil de prud'hommes, participe de la bonne administration de la justice. Dans ces conditions, il est d'autant plus surprenant que les EPA employant du personnel dans les conditions du droit privé soient à l'inverse exclus du champ d'application de l'article L. 1311-1 du Code du travail.

Toutefois, un compromis plus respectueux de la méthode à droit constant et de la hiérarchie des normes aurait pu être trouvé par l'inclusion d'une réserve bien connue des codificateurs et

¹²³⁵ En ce sens, J. CHORIN, « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », *JCP S*, n° 45.1463. Voir égal. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹²³⁶ Cass. soc., 30 juin 1988, *Chevet*, n° 84-41.323, *Bull. V*, n° 402. Le principe de faveur est le principe « selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable » (Cass. soc., 17 juill. 1996, *EDF c/ Filoni*, n° 95-41.745, *Bull. V*, n° 296).

¹²³⁷ CE, 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle, Lebon* p. 268, concl. R. VAN RUYMBEKE.

tenant aux « *dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel* ».

En effet, les statuts réglementaires du personnel prévoient en matière disciplinaire des garanties procédurales spécifiques et très protectrices des personnels, sur le modèle de la fonction publique. C'est alors au seul juge administratif qu'il appartient d'exercer un contrôle de légalité et ce d'autant plus qu'il a déjà dégagé en la matière un certain nombre de principes généraux du droit du travail¹²³⁸. Outre qu'elle dépassait les exigences de la méthode de recodification à droit constant, l'inclusion expresse des EPIC dans le champ d'application de l'ensemble des dispositions relatives au règlement intérieur et au droit disciplinaire, sous couvert d'harmonisation, aura potentiellement pour effet de créer des conflits de normes et, partant, de nouveaux contentieux.

341. Bilan de section. Par son ampleur, la réécriture des champs d'application du Code du travail à l'égard des employeurs publics appelle plusieurs observations.

En effet, on rappellera que le choix d'opérer une recodification à droit constant du Code du travail n'autorisait les codificateurs qu'à apporter au fond que les seules modifications nécessaires à la satisfaction des normes supérieures. À cet égard, le droit à la négociation collective, le droit à la participation des travailleurs ainsi que le droit de grève ont valeur constitutionnelle et s'imposent sans considération de la nature juridique de l'employeur. Dès lors, sauf règles spéciales aménageant ces droits, l'élément d'extranéité à la relation de travail que constitue la poursuite d'une mission de service public ne pouvait empêcher l'exercice de droits reconnus par la Constitution et protégés au sein du Code du travail, justifiant ainsi la réécriture des champs d'application dudit Code afin d'intégrer les employeurs publics.

Il en va autrement pour les dispositions touchant aux relations individuelles, dont seul le principe de non-discrimination est constitutionnellement garanti. À cet égard donc, il nous semble que la recodification à droit constant n'imposait pas l'application aux employeurs publics de règles techniques prévues par le Code du travail en matière disciplinaire.

En définitive, il se dégage de la recodification le sentiment d'une application distributive des règles du Code du travail. Outre qu'elle ne permet pas de penser dans leur ensemble les rapports entre les personnes publiques et le Code du travail, une telle application laisse encore

¹²³⁸ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

incertaine la question de la combinaison des règles du Code du travail et des statuts réglementaires du personnel.

SECTION 2. LES ARTICULATIONS ENTRE LE CODE DU TRAVAIL ET LE STATUT RÉGLEMENTAIRE DU PERSONNEL

342. Selon une jurisprudence bien établie, les personnels des entreprises publiques, y compris celles qui sont dotées d'un statut réglementaire du personnel, sont des salariés de droit privé dont les litiges relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes¹²³⁹. Le statut ainsi que la réglementation interne le mettant en œuvre sont des actes administratifs réglementaires, dont la légalité relève de la compétence du juge administratif¹²⁴⁰.

Déterminer le régime qui doit être *appliqué* aux salariés relevant d'un statut du personnel nécessite de répondre à une question : « *Les statuts d'entreprise et le droit commun du travail constituent-ils deux ordres juridiques autonomes ou au contraire, s'entrecourent-ils ?* »¹²⁴¹

Traditionnellement, statuts et droit commun formaient deux systèmes étanches. Cette autonomie du statut était d'autant plus acceptée par les salariés concernés qu'ils se considéraient eux-mêmes dans une situation plus favorable. Les progrès accomplis par la législation sociale ont logiquement conduit les agents des entreprises à statut à en revendiquer les fruits devant les tribunaux, fussent-ils en contradiction totale avec une disposition statutaire. La question de l'applicabilité du Code du travail a fini par se poser en pratique, entraînant un certain nombre d'incertitudes quant à la complémentarité, subsidiarité, supplétivité ou même « dérogeabilité » des statuts réglementaires du personnel¹²⁴².

¹²³⁹ L'existence d'un contrat individuel de droit privé a très tôt été reconnue par le Conseil d'État (Avis, 30 octobre 1950 ; 9 novembre 1951, *Goupy, Lebon*, p. 780 ; 26 décembre 1951, *Hinard, Lebon*, p. 618).

¹²⁴⁰ TC, 15 janvier 1968, *Cie Air France c/ Époux Barbier, Lebon*, p. 789, concl. KAHN ; *D.*, 1969, p. 202, note AUBY ; *RD publ.*, 1968, p. 893, note WALINE, 1969, p. 142, concl. KAHN ; *AJDA*, 1968, p. 225, chron. MASSOT et DEWOST ; *Dr. soc.*, 1969, p. 51, note SAVATIER.

¹²⁴¹ E. JEANSEN, « L'articulation des dispositions du Code du travail avec les statuts d'entreprise », in *L'articulation des normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (dir.), Economica, 2011, pp. 128-148, spéc. p. 129.

¹²⁴² Sur ces questions voir not. P. DURAND « Les entreprises nationalisées et la juridiction prud'homale », *Dr. soc.*, 1949, p. 341 et s., spéc. p. 343 et du même auteur, « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective », *CJEG*, 1954, p. 99, spéc. p. 102 ; Ch. GARBAR, « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut », *RJS*, 1998, p. 355, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, p. 520 et, du même auteur, « Les EPIC face à leurs personnels. De la différenciation à l'indifférenciation », *JCP*, 2009.2199 ; F. SARAMITO, « Le droit applicable aux relations de travail à la SNCF », *Dr. ouvr.*, 1989, p. 161, spéc. p. 174 ; B. JEANNEAU, « L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques », in *Mélanges J. SAVATIER*, PUF, 1992, pp. 243 et s., spéc. p. 260.

343. État du droit antérieur. En substance, et ce jusqu'à la recodification du 21 janvier 2008, deux thèses s'opposaient : la thèse de l'autonomie statutaire et celle de l'applicabilité de principe du Code du travail.

344. La thèse de l'autonomie statutaire. Peu nombreux, certains auteurs défendaient l'autonomie statutaire¹²⁴³ tant au nom de la maxime *specialia generalibus derogant*, qu'à celui de l'équilibre budgétaire des opérateurs en charge de missions de service public ou encore de l'exigence d'équité. En effet, l'applicabilité de principe du Code du travail et en conséquence du principe de faveur en cas de conflit avec une norme statutaire reviendrait à faire de ces salariés des travailleurs « surprotégés » bénéficiant des avantages de chaque régime sans en supporter les sujétions, dans une sorte de miroir inversé des agents non titulaires de la fonction publique.

Par ailleurs, le Code du travail a originellement été pensé et bâti pour les nécessités des relations professionnelles et économiques du secteur privé. À cet égard, les dispositions du Code du travail ont-elles toutes vocation à s'appliquer à une entreprise publique qui, par principe et par nature, déroge au droit commun ? Ces dispositions sont-elles toujours compatibles avec la finalité de l'entreprise publique à statut ? Peut-on assujettir employeurs publics et employeurs privés aux mêmes obligations alors qu'ils ne recherchent pas nécessairement les mêmes objectifs ?

L'assurance insolvabilité mise en place par la loi du 27 décembre 1973 afin de protéger les créances salariales en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens illustre bien cette possible inadéquation entre les règles du Code du travail et les employeurs publics¹²⁴⁴. En effet, les entreprises publiques et les EPIC ne peuvent pas connaître cette situation puisque le droit des liquidations et faillites ne leur est pas applicable. Pour autant, la Cour de cassation avait d'abord jugé¹²⁴⁵ que les entreprises publiques [en l'occurrence la SNCF et Air France] devaient être assujetties à l'obligation de s'assurer contre le risque d'insolvabilité et de verser une cotisation à l'organisme en charge de ce système, l'AGS, en se fondant sur une idée de

¹²⁴³ En ce sens, Ch. GARBAR, « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut. Quelques remarques sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation et du Conseil d'État (1995-1998) », *RJS*, 1998, chron. p. 355.

¹²⁴⁴ Art. 1^{er} de la loi, codifié à l'art. L. 143-11-1 anc. puis aux art. L. 3253-6 et L. 3253-8 du Code du travail. Sur cette question, voir Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, spéc. p. 361 et s.

¹²⁴⁵ Cass. soc., 25 février 1981, *AGS et autre c/ Air France*, *Bull. cass.*, V, n° 157, p. 116 et Cass. soc., 25 février 1981, *AGS et autre c/ SNCF*, *Bull. cass.*, V, n° 158, p. 116 ; *Dr. soc.*, 1982, p. 658, note Y. LAURIN ; *Dr. soc.*, 1982, p. 185, note H. BLAISE.

solidarité en dépit de sa nature assurancielle, avant d'opérer un revirement de jurisprudence en 1987¹²⁴⁶ excluant tout assujettissement de ces deux mêmes entreprises.

Cette inadéquation s'observe également s'agissant de l'assurance-chômage. Bien qu'elle soit aujourd'hui soumise à la discussion, la dérogation au droit commun accordée aux employeurs publics, notamment *via* le dispositif de l'auto-assurance, est traditionnellement justifiée par la faiblesse des destructions d'emploi dans le secteur public¹²⁴⁷.

345. *La thèse de l'applicabilité de principe du Code du travail.* Dès 1954, Paul Durand estimait qu'« *on ne peut hésiter à affirmer que le personnel soumis à un statut est également régi par les règles générales de la législation du travail* »¹²⁴⁸. Autrement dit, dès lors que les salariés sont liés à l'employeur public par un contrat de droit privé¹²⁴⁹, ils doivent bénéficier du progrès social en marche au sein du secteur privé. Le Code du travail serait alors le code de référence, « *de plein droit* », qui aurait vocation à s'appliquer dès lors que le statut n'est pas exhaustif, mais également dès lors que le statut réglementaire est moins protecteur des intérêts des salariés que le droit commun. On devrait alors chercher au sein du Code du travail les éléments concrets et théoriques manquants dans les outils statutaires de droit public.

346. *Les clarifications apportées par la recodification du 21 janvier 2008.* Les clarifications apportées par la recodification ont largement contredit cette seconde thèse. L'applicabilité de principe du Code dans son ensemble a expressément été exclue, au profit d'une application distributive de ses dispositions, lorsque le législateur l'a expressément prévue. À titre d'exemple, celui-ci ayant exclu l'application aux entreprises de transport ferroviaire des dispositions du Code du travail relatives à la « *durée du travail, répartition et aménagement des horaires* », la Cour de cassation a retenu le caractère inopérant des moyens soulevés par un salarié qui, pour se prévaloir des règles du Code du travail, faisait valoir que « *les juges du fond sont tenus de résoudre le conflit entre les dispositions du code du travail et celles de la*

¹²⁴⁶ Cass. soc., 16 décembre 1987 (deux arrêts) *Air France c/ AGS et autre* et *SNCF c/ AGS et autre*, Bull., V, n° 731, p. 463 ; *Dr. soc.*, 1988, p. 489, concl. G. PICCA.

¹²⁴⁷ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹²⁴⁸ P. DURAND, « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective », *CJEG*, 1954, D., p. 99. Cette conception a été reprise dans les années 1950, bien que le risque de contentieux soit infime. Voir R. FUSILIER, « Le statut du personnel des entreprises nationalisées comparé au statut de la fonction publique », *RDP*, 1956, p. 502 ; D. RUZIE, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, LGDJ, 1960.

¹²⁴⁹ Relèvent toutefois, au sein des EPIC, d'un statut de droit public, la situation individuelle de l'agent chargé de la direction de l'ensemble du service et celle du chef de la comptabilité s'il a la qualité de comptable public (CE, 26 janvier 1923, *de Robert-Lafrégeyre* ; CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau* ; TC, 4 juillet 1991, *Mme Pillard*).

directive RH 0254 applicable aux agents contractuels de la SNCF par l'application du principe de faveur »¹²⁵⁰.

Néanmoins, le législateur n'a pas établi avec certitude les règles de conflits applicables en cas de concours entre le Code du travail et les statuts réglementaires. On rappellera que l'*applicabilité* se distingue de l'*application*. Une norme est applicable lorsqu'elle a vocation à régir une situation donnée. L'application n'est qu'une conséquence possible de l'applicabilité : il s'agit de la mise en œuvre de la norme applicable.

347. *Articulations et résolutions des conflits de normes.* Une fois retenue l'applicabilité des dispositions du Code du travail, se pose toujours la question de leur application effective. En cas de pluralité de règles applicables, c'est-à-dire lorsque sont applicables à la fois une disposition du Code du travail et une disposition statutaire, laquelle doit être effectivement appliquée? Il convient donc d'identifier des règles d'articulation et de résolution des conflits.

Une pluralité de normes applicables ne génère pas forcément un conflit. Bien qu'ayant le même objet, les dispositions du Code du travail et celles du statut peuvent être complémentaires (§1). Lorsque ces dispositions sont objectivement contraires ou incompatibles, le conflit de normes nécessite alors d'identifier des règles de résolution, en faveur de l'une ou l'autre norme (§2). Il n'existe pas de règle unique en la matière. Les solutions de conflits de loi sont diverses et présentent en elles-mêmes des insuffisances, sources d'insécurité juridique tant pour les entreprises à statut que pour leurs salariés.

§ 1. Complémentarité de la disposition applicable du Code du travail et de la disposition statutaire

348. Cette complémentarité s'observe dans trois hypothèses : lorsque le Code du travail est silencieux sur un point traité par le statut (A), lorsque le statut est silencieux sur un point traité par une disposition du Code du travail (B), lorsque le Code du travail et le statut interviennent simultanément mais ne se contredisent pas (C).

¹²⁵⁰ Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-20.410, *Bull.* V, n° 38. Cet arrêt a été rendu à l'égard de la SNCF sur le fondement de l'article L. 1321-1 du Code des transports dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire et de la convention collective ferroviaire ayant notamment prévu un nouvel encadrement du temps de travail. La solution de principe dégagée par la Cour de cassation demeure selon nous applicable.

A) Lorsque le Code du travail est silencieux sur un point traité par le statut

349. Dans cette hypothèse, il n'existe pas de conflit. Le statut s'applique, dans le respect du principe de légalité. À l'instar des accords collectifs du secteur privé, les dispositions statutaires peuvent prévoir les conditions de titularisation, de déroulement de carrière, les mesures individuelles telles que changements de résidence, frais de rideaux ou avantages divers.

B) Lorsque le statut est silencieux sur un point traité par une disposition du Code du travail

350. Il n'y a pas non plus de conflit, ni même de confrontation. La disposition du Code du travail doit trouver à s'appliquer dès lors que son champ d'application intègre l'employeur public concerné. Parfois même, le Statut ne traite pas le point et opère directement un renvoi au droit commun. C'est le cas par exemple du Statut de la SCNF en ce qui concerne les règles de représentativité syndicale issues de la loi du 20 août 2008. Ainsi, deux options sont envisageables : ou bien la disposition visée s'applique au Statut et le renvoi n'a pour raison d'être que la compréhension et l'accessibilité du régime juridique ; ou bien le Code du travail ne prévoit pas son application à l'entreprise à statut et le renvoi doit avoir la même valeur que l'application volontaire d'une convention collective ou que d'un engagement unilatéral.

C) Lorsque le Code du travail et le statut interviennent simultanément mais ne se contredisent pas

351. Il s'agit là de deux dispositions qui se cumulent sans se contredire car elles n'ont finalement ni le même objet ni la même finalité. Elles sont complémentaires. Le droit disciplinaire fournit une bonne illustration. Les salariés des entreprises à statut bénéficient à la fois des dispositions protectrices du Code du travail (comme les délais, l'obligation à un entretien préalable) mais également des garanties statutaires (telle l'existence d'une commission disciplinaire au sein de laquelle les organisations syndicales jouent un rôle important).

§ 2. Conflit entre une disposition applicable du Code et une disposition statutaire

352. La contradiction entre une disposition applicable du Code du travail et une disposition statutaire impose d'établir une règle de résolution du conflit. Lorsque le Code du travail

prévoit lui-même la dérogation en prévoyant son application « *sauf disposition statutaire particulière* », le conflit devrait être immédiatement résolu. Néanmoins, des difficultés se posent lorsque la disposition statutaire heurte un principe général du droit ou, au contraire, que la disposition du code du travail se heurte aux nécessités du service public dont l'entreprise à statut a la charge.

Plusieurs critères possibles doivent être successivement explorés : la prévalence de la norme hiérarchiquement supérieure (A), la prévalence de la norme spéciale sur la norme générale, qui semble indirectement être la solution retenue par le Conseil d'État (B) et la prévalence de la norme plus favorable (C). Aucun de ces critères ne nous semble adapté à l'ensemble des conflits potentiels.

A) La prévalence de la norme hiérarchiquement supérieure

353. Selon KELSEN, en cas de contradiction « *entre une norme de degré supérieur et une norme de degré inférieur, c'est-à-dire entre une norme qui régit la création d'une autre et cette dernière, il ne peut pas exister de conflit, puisque c'est la norme du degré supérieur qui est le fondement de la validité de la norme du degré inférieur* »¹²⁵¹. La prévalence de la règle supérieure hiérarchique comme règle de résolution des conflits est-elle pour autant et comme le suggère KELSEN propre à éliminer toute hypothèse de conflit ? Ainsi que le relevait le Doyen VEDEL, « *une hiérarchie des normes n'exige des normes inférieures que la compatibilité avec les normes de rang supérieur* »¹²⁵². C'est donc la garantie de l'unité de l'ordre juridique qui est recherchée, par l'anéantissement de la norme inférieure incompatible, lequel anéantira également l'hypothèse de conflit.

Le respect de la hiérarchie des normes revient alors à faire primer une règle générale en raison de sa valeur juridique, en excluant des règles inférieures qui en découlent potentiellement et peuvent même dans certains cas être une modalité de son application¹²⁵³. Ce mode de résolution des conflits implique alors de distinguer quelle est la norme hiérarchiquement supérieure.

¹²⁵¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, traduit par C. EISENMANN, 1999, p. 209.

¹²⁵² G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges R. DRAGO, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 1, spéc. p. 6.

¹²⁵³ Voir sur ce sujet F. LARONZE, *Les conflits de normes dans les relations de travail, contribution à l'étude des organisations*, Collection du Centre de Droit Social, PUAM, spéc. p. 179.

Dans l'hypothèse d'un conflit entre une disposition législative du Code du travail et une disposition statutaire (et donc de valeur réglementaire), on pourrait, selon cette logique, considérer que la disposition législative doit primer. Pour autant, on sait qu'une loi d'habilitation est bien souvent à l'origine du statut réglementaire du personnel¹²⁵⁴. Dès lors, choisir d'appliquer la norme d'apparence hiérarchiquement supérieure comme critère de résolution des conflits nous semble peu respectueux de la volonté originelle du législateur. De même, ce critère est inopérant lorsqu'une disposition réglementaire du Code du travail et une disposition statutaire sont en conflit. Dans ces hypothèses, il convient de se tourner vers un autre critère de résolution des conflits, tel que celui de la spécialité.

B) La prévalence de la norme spéciale sur la norme générale

354. GASSIN a défini la règle spéciale comme celle dont le « *champ d'application est plus limité* » que celui de la règle générale¹²⁵⁵. La seconde vise l'intégralité d'une catégorie et en constitue le droit commun tandis que la première élabore un régime spécifique à certaines sous-catégories, tenant compte de leurs particularités afin d'y apporter la réponse la plus adaptée¹²⁵⁶. La norme générale fait donc office de *droit commun*, lequel a vocation « *à jouer partout où il n'est pas expressément écarté par une règle d'exception ou encore, à défaut de disposition expressément contraire, chaque fois qu'il n'entre pas en contradiction avec l'esprit d'une loi, avec les principes d'une institution ou l'économie particulière d'une législation spéciale* »¹²⁵⁷.

À première vue, le champ d'application matériel devrait être facilement déterminable : si une règle spécifique a été adoptée en raison de la particularité d'une certaine situation, alors le bon sens exige que la règle spéciale prime et déroge à la règle générale. C'est bien là la « *raison d'être de la règle spéciale* »¹²⁵⁸. Ce principe fondamental d'articulation de *toutes normes de*

¹²⁵⁴ À titre d'exemple, le statut du personnel des industries électriques et gazières a été prévu par l'article 47 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz et a été approuvé par décret n° 46-1541 du 22 juin 1946. De même, le statut du personnel de la RATP a été instauré par l'article 31 de la loi n° 48-506 du 21 mars 1948 relative à la réorganisation et coordination des transports de voyageurs dans la région parisienne (création de l'Office régional des transports parisiens et de la RATP) et approuvé par dépêche ministérielle du 8 mars 1950.

¹²⁵⁵ R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron. XVIII, p. 91.

¹²⁵⁶ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2017, 4^{ème} éd., p. 264, n° 293.

¹²⁵⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. p. 935.

¹²⁵⁸ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, p. 239.

même valeur peut alors constituer pour le juge un véritable guide de résolution des conflits¹²⁵⁹ et bien que la valeur normative de l'adage *specialia generalibus derogant* n'ait jamais été expressément consacrée par le législateur¹²⁶⁰.

Lorsque l'application simultanée des deux règles est impossible, en raison de leur objet ou de leur nature, la règle spéciale doit prévaloir sur la norme générale et doit *seule* recevoir application. Suivant cette logique, le statut, de par sa logique propre et autonome, doit alors prévaloir sur la norme générale contenue dans le Code du travail.

355. C'est dans cette direction que s'est orienté le Conseil d'État, soucieux de préserver les éventuelles nécessités du service public. Dans un premier temps, le Conseil d'État a admis que les statuts et le Code du travail « *entretiennent un rapport de coexistence parfaitement indépendante* »¹²⁶¹ en énonçant qu'en raison des exigences liées à la poursuite d'une mission de service public par la SNCF, il peut être dérogé au droit commun des relations de travail¹²⁶². Suite à la réforme de la représentativité syndicale par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, un rapporteur public a synthétisé dans ses conclusions le mode de raisonnement de la Haute Juridiction : « *La marche à suivre est désormais bien fixée. Il faut d'abord se demander si le Code du travail s'applique ; si la réponse est positive, il reste à se demander si ses dispositions doivent en tant que telles s'appliquer ou être adaptées en raison des nécessités de service public ; si la réponse est négative, c'est donc le statut qui doit fixer les règles en la matière, mais en respectant les principes généraux du droit du travail, sauf à ce que leur respect soit incompatible avec les exigences du service public.* »¹²⁶³

Dans une décision du 18 janvier 2012¹²⁶⁴, le Conseil d'État a eu à connaître de la légalité d'une disposition statutaire applicable à la SNCF qui contredisait les dispositions du Code du

¹²⁵⁹ S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* » in *La force normative, Naissance d'un concept*, de C. THIBIERGE, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 223.

¹²⁶⁰ S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* » in *La force normative, Naissance d'un concept*, de C. THIBIERGE, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 223, spéc. p. 232.

¹²⁶¹ B. ARVIS, « Contrôle du juge administratif sur les dérogations du statut de la SNCF au Code du travail », *AJDA*, 2012, p. 1467, spéc. p. 1469.

¹²⁶² CE, 22 février 1989, *Roussel c/ SNCF*, req. n° 69332, *Lebon T.* 450 ; *D.*, 1990.140, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.

¹²⁶³ M. VIALETES, « Les nouvelles règles de la représentativité syndicale à la SNCF (conclusions sur l'arrêt *Fédérations des syndicats de travailleurs du Rail SUD et autres* du 11 octobre 2010) », *Droit social*, 2011, p. 186. Le rapporteur public fait ici référence aux décisions suivantes : CE, ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, *Lebon* p. 268 ; CE, ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, *Lebon* p. 290 ; CE, ass., 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Rec.*, p. 296.

¹²⁶⁴ CE, 18 janvier 2012, n° 344677, *AJDA*, 2012, p. 1467, note B. ARVIS : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en prévoyant que les absences pour formation des conseillers prud'hommes peuvent être décomptées comme des jours de congé, lorsqu'elles correspondent à des jours d'absence déjà programmés à*

travail relatives aux congés de formation des salariés titulaires d'un mandat de conseiller prud'homal. En l'espèce, la censure du statut a résulté non de la contradiction en elle-même, mais de l'absence de contrainte du service public justifiant cette contradiction.

Le Conseil d'État n'accepte ainsi de faire prévaloir la règle spéciale que lorsque celle-ci est concrètement justifiée par les nécessités du service public. Ce compromis, qui vise à concilier les intérêts qu'ont les salariés à bénéficier des dispositions protectrices du Code du travail et les intérêts de l'entreprise à statut en charge d'une mission de service public, nous semble appréciable. La résolution du conflit passe alors par la déclaration d'illégalité de la disposition statutaire, le conflit disparaissant avec la norme statutaire.

La position du juge administratif n'est toutefois pas sans inconvénient en raison des contours flous des « *nécessités du service public* ». Ce critère favorise donc une insécurité juridique, tant pour les salariés que leurs employeurs, tout en générant un important contentieux.

En tout état de cause, l'adage *specialia generalibus derogant* ne peut être généralisé comme critère de résolution des conflits puisqu'il ne peut jouer en cas de conflit entre deux normes de valeur hiérarchique différente. Il ne devrait pas jouer non plus lorsque le statut se heurte à une disposition légale d'ordre public absolu. Doit également être envisagée l'hypothèse de conflit entre une disposition statutaire et une disposition d'ordre public de protection¹²⁶⁵, imposant d'analyser la viabilité du principe de faveur comme critère de résolution des conflits.

C) La prévalence de la norme plus favorable

356. La finalité protectrice du droit du travail pourrait impliquer d'écarter tant la norme hiérarchiquement supérieure que l'adage *specialia generalibus derogant*¹²⁶⁶ comme règle de

ce dernier titre, et ne sont donc pas assimilées à du travail effectif pour déterminer la durée des congés payés, le règlement du personnel RH-0677 méconnaît les dispositions de l'article L. 3142-12 du Code du travail, rendues applicables par l'article L. 1442-2 du même Code aux congés de formation des membres d'un conseil de prud'hommes ; que cette dérogation qui, visant les salariés de la SNCF qui ont cette qualité n'est pas indissociable du reste du régime du travail applicable aux salariés de cet établissement public, ne saurait trouver une justification dans les nécessités du service public qu'il assure ; que, par suite, le règlement RH-0677 est, dans cette mesure, illégal. »

¹²⁶⁵ Sur les insuffisances de la notion, voir G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études à J. FLOUR*, pp. 95-115, spéc. p. 100.

¹²⁶⁶ Dans un arrêt du 17 décembre 1997 (*Bull.*, V, n° 451), la Chambre sociale avait en effet refusé de répondre au moyen du pourvoi qui invoquait l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pour que lui soient appliquées les règles du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel. Elle s'était bornée à relever que « les dispositions d'ordre public des articles L. 122-40 et L. 122-41 du Code du travail (articles L. 1331-1 et L. 1332-1 et s.), issus de la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, s'imposaient à la SNCF dont les salariés pouvaient être assistés par un agent

conflit au profit d'un principe de faveur¹²⁶⁷. La Cour de cassation a pendant un temps choisi cette solution, le principe de faveur impliquant qu'« *en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* »¹²⁶⁸. S'il s'applique entre normes de même valeur¹²⁶⁹ ou de valeur différente¹²⁷⁰, la valeur hiérarchique du principe de faveur est imparfaitement déterminée, oscillant entre principe général du droit et principe fondamental¹²⁷¹ et, surtout, elle ne joue qu'à défaut de règle d'articulation prévue par la loi.

Lorsqu'une norme applicable issue du Code du travail et une disposition statutaire se contredisent, l'application du principe de faveur comme critère de résolution du conflit a principalement été défendue par l'argument suivant : à partir du moment où la disposition du Code du travail est applicable à l'entreprise à statut et que le juge judiciaire est amené à se prononcer, ce dernier doit appliquer sa « *loi naturelle* », c'est-à-dire le Code du travail et par conséquent, à défaut de règle légale d'articulation des normes, le principe de faveur.

357. Plusieurs raisons nous semblent toutefois commander l'exclusion du principe de faveur comme critère de résolution des conflits. En effet, sauf à apprécier le statut globalement, ce qui paraît difficile au regard de l'extrême diversité des dispositions qu'il contient, le principe de faveur implique de procéder à une comparaison groupe d'avantages par groupe d'avantages qui trahit la cohérence et la viabilité même des statuts, lesquels ont été conçus comme un ensemble de dispositions interdépendantes.

À titre d'exemple, les statuts prévoient une mobilité géographique et fonctionnelle, dans l'intérêt du service, plus importante que celle que l'employeur privé peut imposer à ses salariés. Mais cette mobilité est la contrepartie de la garantie de l'emploi de fait dont bénéficient les salariés sous statut. Le recours au principe de faveur comme mode de résolution des conflits fait alors abstraction de la finalité protectrice du statut pris dans sa

dépendant d'un autre établissement que le leur, pour peu qu'il appartienne à la SNCF, et qu'elles devaient s'appliquer comme étant plus favorables aux salariés que les dispositions statutaires ».

¹²⁶⁷ Sur la notion, voir Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Mélanges G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., p. 252.

¹²⁶⁸ Cass. soc., 23 novembre 2010, n° 09-40.503 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.313, *Bull. civ.*, V, n° 297. Encore faut-il naturellement qu'il y ait bien conflit entre deux normes applicables au salarié : Cass. soc. 3 mars 2015, n° 13-20.410, *Bull. V*, n° 38

¹²⁶⁹ Par exemple entre deux conventions collectives : Cass. ass. plén., 18 mars 1988, n° 84-40.083, *Bull. ass. plén.* n° 3.

¹²⁷⁰ Par exemple entre une loi et une convention collective : Article L. 2251-1 du Code du travail, ou entre une loi et un usage : Cass. soc., 19 oct. 1994, *Bull. V*, n° 281.

¹²⁷¹ Sur la valeur du principe, voir A. JEAMMAUD « Le principe de faveur – Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.*, 1999, p. 115 et N. MERLEY et S. LAULOM, « La fabrication du principe de faveur », *RDT*, 2009, p. 219.

globalité. Lorsque les intérêts d'une entreprise publique et ceux de son salarié sont en contradiction, l'une revendiquant l'application du statut et l'autre du contrat de travail, l'application du principe de faveur revient tout simplement à faire prévaloir automatiquement les intérêts privés de l'agent sur les intérêts et le bon fonctionnement du service public. En effet, l'interdépendance des dispositions statutaires, avantages et sujétions imposés par la poursuite d'une mission de service public, ne permet pas une « *découpe à la carte* », sous peine de dénaturer complètement l'idée et l'existence même du statut ainsi défiguré. À notre sens, le compromis élaboré par le juge administratif est certes plus complexe mais plus équitable et davantage respectueux de l'équilibre statutaire. Cette même problématique se retrouve dans l'articulation entre le contrat individuel de travail et le statut du personnel.

SECTION 3. LES ARTICULATIONS ENTRE LE CONTRAT DE TRAVAIL ET LE STATUT RÉGLEMENTAIRE DU PERSONNEL¹²⁷²

358. Les termes statut et contrat apparaissent a priori antinomiques. Le statut du personnel est un acte réglementaire¹²⁷³ comportant l'ensemble des règles déterminant les conditions d'emploi et de travail des salariés, dont l'édiction est traditionnellement justifiée par l'exercice d'une mission de service public¹²⁷⁴. À l'inverse, le contrat de travail procède d'une rencontre des volontés de l'employeur et du salarié sur l'existence et les conditions d'exécution de la relation de travail¹²⁷⁵.

Dès lors, contrat et statut paraissent difficiles à conjuguer et c'est là le paradoxe des relations professionnelles au sein des entreprises à statut. Les salariés sont soumis à un régime sous tension, un régime hybride combinant contrat de droit privé¹²⁷⁶ et statut de droit public. Ce statut n'est pas neutre. Il obéit à une logique propre à la mission de service public poursuivie par les entreprises auxquelles il s'applique. Le Professeur SUPIOT résumait ainsi « *l'âme du*

¹²⁷² Cette section comprend pour partie des observations que nous avons oralement formulées lors d'un atelier organisé le 26 septembre 2014 par l'Université d'Avignon dans le cadre des Rencontres sociales de la Sorbonne, intitulé « La diversité des formes d'hybridation entre le droit du travail et le droit de la fonction publique ».

¹²⁷³ TC, 15 janvier 1968, *Cie Air France c/ Époux Barbier, Lebon*, p. 789, concl. KAHN ; *D.*, 1969, p. 202, note AUBY ; *RD publ.*, 1968, p. 893, note WALINE, 1969, p. 142, concl. KAHN ; *AJDA*, 1968, p. 225, chron. MASSOT et DEWOST ; *Dr. soc.*, 1969, p. 51, note SAVATIER.

¹²⁷⁴ Les statuts réglementaires au contenu avantageux ont été originellement imposés afin de garantir la continuité du service public délégué à des entreprises de droit privé, éviter les conflits sociaux et permettre à l'autorité publique de conserver la mainmise sur les salaires. Voir J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, p. 1.

¹²⁷⁵ Articles 1134 al. 1 du Code civil et 1221-1 du Code du travail.

¹²⁷⁶ L'existence d'un contrat individuel de droit privé a très tôt été reconnue par le Conseil d'État (avis, 30 octobre 1950 ; 9 novembre 1951, *Goupy, Lebon*, p. 780 ; 26 décembre 1951, *Hinard, Lebon*, p. 618).

statut » par « l'idée d'une nécessaire hiérarchisation des intérêts en présence : ceux de l'État, ceux du public, ceux de l'entreprise et ceux du personnel. Ces intérêts ont certes chacun leur légitimité propre, mais ils ne sauraient être tenus comme équivalents. »¹²⁷⁷ Sur ce point, le statut se distingue fondamentalement de la convention collective du secteur privé¹²⁷⁸.

L'ordonnancement hiérarchique des intérêts autour des impératifs du service public réduit nécessairement la place accordée à la négociation individuelle. Dans ces conditions, quelle articulation s'établit entre la norme statutaire, d'origine légale ou/et réglementaire, et la norme contractuelle, marquée par « l'autonomie normative »¹²⁷⁹ ? La hiérarchisation d'intérêts souvent contradictoires implique une certaine supériorité du statut sur le contrat individuel (§ 1). Mais cet agencement progressivement acquis doit être repensé à l'aune des processus de privatisation ou de filialisation des entreprises à statut. Les transferts de personnels ainsi occasionnés amènent à rechercher le maintien des droits et garanties tirés du statut par le biais rénové du contrat individuel (§ 2).

§ 1. La prévalence mesurée du statut

359. Garant de l'intérêt général, le statut occupe une place prééminente (A) que les salariés cherchent à évincer lorsque leurs intérêts individuels sont en jeu (B).

A) La prépondérance du statut

360. L'importance du champ statutaire (1°) semble réduire le contrat individuel à un simple acte-condition (2°).

1°) Le statut, élément d'organisation du service public

361. Éléments de l'organisation du service public, le statut ainsi que les notes de service¹²⁸⁰ prises pour son application ont le caractère d'un acte administratif¹²⁸¹. Parce qu'il participe de

¹²⁷⁷ A. SUPIOT, « Préface », in *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, N. MAGGI-GERMAIN, 1996, Bibl. de droit social, t. 30, LGDJ, p. XI.

¹²⁷⁸ En ce sens, voir N. MAGGI-GERMAIN, *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, précité et Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, spéc. p. 94.

¹²⁷⁹ Rapport du Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique*, 2003, p. 329.

¹²⁸⁰ Les dénominations diffèrent selon les entreprises : référentiel, règlement, circulaire etc.

¹²⁸¹ TC, 15 janvier 1968, *Cie Air France c/ Époux Barbier*, précité ; TC, 12 octobre 1992, *Syndicat CGT d'Électricité de France et autres c/ EDF*, n° 2722, *Lebon*, p. 498, note J.-F. LACHAUME, *CJÉG*, 1993.481 ; TC, 17 avril 2000, *Préfet du Val-de-Marne c/ Conseil des Prud'hommes de Villeneuve Saint-Georges*, n° 03193 ; CE, 26 juillet 2011, *Syndicat SNUTEFI-FSU et autres*, n° 346771 ; CE, 23 janvier 2012, n° 350529.

la mission de service public considérée dans son ensemble, le champ statutaire est vaste. Il régit tant la représentation collective que la situation individuelle du salarié.

Ainsi, le Statut de la SNCF prévoit, entre autres, les règles relatives au déroulement de carrière¹²⁸², à la rémunération¹²⁸³, aux congés¹²⁸⁴, aux garanties disciplinaires¹²⁸⁵ etc. Plus spécifiquement, le statut prévoit une mobilité géographique, un changement de résidence pouvant être imposé d'office à l'agent à la suite de la suppression, de la modification d'emploi ou de la réorganisation de service¹²⁸⁶. Autre illustration, le Statut du personnel d'Aéroport de Paris prévoit notamment les règles relatives aux recrutements¹²⁸⁷, aux congés et à la durée du travail¹²⁸⁸, à la rémunération¹²⁸⁹, à l'avancement et à la promotion¹²⁹⁰, aux ruptures du contrat¹²⁹¹ etc.

L'ampleur du champ statutaire s'oppose au négocié et réduit de fait la portée du contrat individuel.

2°) Le contrat de travail, acte-condition

362. La dimension négociée du contrat peut paraître illusoire dans la mesure où son contenu est prédéterminé par les dispositions règlementaires qui s'imposent aux parties¹²⁹² et régissent l'essentiel des conditions de travail, d'emploi et de rémunération. Le contrat individuel de travail, appelé encore lettre d'engagement dans certaines entreprises, se rapproche en cela d'un contrat d'adhésion¹²⁹³, ou plus précisément d'un simple acte-condition dont la fonction

¹²⁸² Comprenant notamment l'avancement d'échelon à l'ancienneté : Statut, chapitre 2, annexes 1 et 2.

¹²⁸³ Comprenant au moins le traitement, l'indemnité de résidence et la prime de fin d'année : Statut, chapitre 2, art. 1^{er}.

¹²⁸⁴ Statut, chapitre 10, art. 1^{er}. Le droit statutaire pour les agents commissionnés est de 28 jours ouvrables du 1^{er} janvier au 31 décembre de chaque année.

¹²⁸⁵ Statut, chapitre 9.

¹²⁸⁶ Statut, chapitre 8, art. 1^{er}. Selon S. BOISSARD, ces règles constituent une contrepartie de la garantie d'emploi (voir conclusions sur CE, ass., 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Lebon* p. 296, *AJDA*, 2001, p. 648, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *Dr. ouvrier*, 2001, p. 484, note SARAMITO ; *Rev. jur. entr. publ. [ex-CJEG]*, n° 584, p. 84, concl. S. BOISSARD, note MAGGI-GERMAIN ; Ch. GARBAR, « Principes généraux du droit du travail : une nouvelle étape vers la banalisation du droit applicable aux personnels des entreprises à statut ? Quelques remarques sur l'arrêt *Berton* », *Mélanges JEANNEAU*, 2002, Dalloz, p. 119.

¹²⁸⁷ Statut, art. 3 à 7.

¹²⁸⁸ Statut, art. 12 à 16.

¹²⁸⁹ Statut, art. 17 à 27.

¹²⁹⁰ Statut, art. 28 et 29.

¹²⁹¹ Statut, art. 8 et 9 relatifs au licenciement pour motif économique et art. 32 à 34 relatifs à la rupture du contrat pour un motif personnel.

¹²⁹² B. GENEVOIS, concl. sur CE, section, 25 mai 1979, *Mme Rabut*, *Lebon*, p. 231, à propos d'un agent contractuel de la fonction publique.

¹²⁹³ M. PIQUEMAL, « La situation du personnel du SEITA », *Dr. ouvrier*, 1967, p. 162. Le statut a été assimilé à un contrat de travail type auquel chaque agent souscrit de fait en entrant au service de

se limite à déclencher l'application du statut. Même lorsque le contrat est conclu hors du cadre statutaire, l'exercice d'une mission de service public permet à la direction d'en fixer unilatéralement maintes stipulations.

L'inconsistance apparente de la norme contractuelle n'a pas empêché l'émergence de potentiels conflits entre le contrat individuel et le statut réglementaire.

B) La résistance du contrat

363. Une telle confrontation relevait jadis du cas d'école. D'une part, les statuts ont longtemps été plus protecteurs que la législation sociale et ont été perçus comme tels par les salariés eux-mêmes. D'autre part, la logique la plus élémentaire s'opposerait à ce que les entreprises concluent avec leur personnel des contrats contraires au statut¹²⁹⁴. Les renforcements du droit commun du travail et le développement d'une pensée libérale ont contribué à un certain repli du statut au profit du contrat. Toutefois, les cas où celui-ci peut déroger (1°) ou s'opposer (2°) au statut sont limités.

1°) Quand le contrat déroge au statut

364. Le contrat ne peut déroger au statut que dans un sens plus favorable, bien qu'il puisse en réalité ajouter des sujétions supplémentaires à la charge du salarié.

En effet, la dérogation *in pejus* est interdite. Les dispositions statutaires constituent des garanties minimum¹²⁹⁵, auquel le salarié ne peut renoncer. Ceci n'a rien d'étonnant puisqu'il est admis de longue date que le salarié ne peut valablement renoncer à un droit qui lui est reconnu par une disposition légale d'ordre public¹²⁹⁶ ou par le statut collectif¹²⁹⁷.

Toutefois, l'extrême stabilité du statut favorise la recherche d'une certaine flexibilité par le

l'entreprise à statut. La pertinence d'une comparaison avec le contrat d'adhésion est toutefois discutable depuis la réforme des contrats (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 février 2016). Le contrat d'adhésion est désormais défini à l'article 1110 du Code civil en ces termes : « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Cette référence aux « conditions générales » est difficilement transposable au droit du travail.

¹²⁹⁴ Généralement, le candidat est embauché hors statut soit parce qu'il ne remplit pas les conditions du statut (d'âge, de nationalité etc.), soit parce que les besoins de l'entreprise sont spécifiques (CDD ou intérim).

¹²⁹⁵ D. LINOTTE, *Juriscl. adm.*, fasc. 157, 11-83, cité par J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, précité, p. 318, note 32.

¹²⁹⁶ Cass. soc., 27 avr. 1989, *Bull.*, V, n° 310 ; Cass. soc., 28 mars 2000 ; *S^{te} Durafröid* : D., 2000, Jur. p. 537, note J. SAVATIER ; *Dr. soc.*, 2000, p. 661, obs. M. KELLER ; *Dr. ouvr.*, 2000, p. 392, note P. MOUSSY.

¹²⁹⁷ Cass. soc., 10 mars 1988, *Bull.*, V., n° 173, p. 115 ; Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-46.422 ; Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-44.602.

biais du contrat individuel, lequel peut contenir différentes clauses : de non concurrence, de mobilité, de dédit formation, une convention de forfait-jours etc. La négociation peut même outrepasser le cadre statutaire, ainsi que l'illustre la pratique répandue des ruptures conventionnelles ou des plans de départ volontaire, alors même qu'aucun de ces deux modes de rupture du contrat n'aurait été prévu par les statuts. Ces éléments supplémentaires semblent alors perçus non comme des dérogations *in pejus* mais comme de simples compléments, et ce bien qu'il puisse en résulter des sujétions supplémentaires à la charge du salarié.

2°) Quand le contrat s'oppose au statut

365. Cette capacité diffère selon que le contrat s'oppose à la modification du statut lui-même (a) ou qu'il s'oppose à l'application de dispositions statutaires (b).

a) Le contrat cède devant la modification du statut

366. Le principe de mutabilité du service public implique nécessairement que le statut puisse être modifié à tout moment¹²⁹⁸. Compétent pour fixer un statut, le pouvoir réglementaire l'est également pour le modifier¹²⁹⁹ sans que les salariés ne puissent revendiquer un droit acquis¹³⁰⁰. L'intérêt général poursuivi par l'activité de l'entreprise s'oppose en effet à ce que chaque salarié puisse individuellement neutraliser toute modification du statut.

Là est bien le paradoxe du contrat de travail de droit privé au sein de l'entreprise à statut. Le Professeur SAVATIER avait jugé « *tout à fait illogique de considérer à la fois que l'entreprise publique est liée à ses salariés par des contrats de droit privé, qui ne peuvent donc être modifiés par volonté unilatérale, et qu'elle est libre de fixer les conditions de travail de ces salariés, parce que ces derniers seraient soumis à un statut réglementaire. Le contrat perd toute consistance et toute signification s'il ne porte pas sur les conditions de travail.* »¹³⁰¹ On ne peut toutefois qu'observer qu'une solution inverse qui aurait consisté à faire primer l'accord individuel n'aurait pas davantage été satisfaisante dans la mesure où le statut aurait

¹²⁹⁸ Voir concl. J. KAHN sur TC, 15 janv. 1968, *Cie Air France c/ Époux Barbier*, Lebon, p. 789, *RD publ.*, 1969, p. 142. Le statut réglementaire impose une mutabilité inconnue de la technique contractuelle de droit privé depuis que la Cour de cassation a rejeté la théorie de l'imprévision (Cass. civ., 6 mars 1876, *D.*, 1876, 1, 193, note GIBOULOT ; *GAJC*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2008, n° 165). Il est depuis longtemps acquis qu'une modification du contrat nécessite l'accord des parties.

¹²⁹⁹ Concl. N. QUESTIAUX sur CE, 1^{er} mars 1968, *Dr. soc.*, 1969, p. 37.

¹³⁰⁰ CE, 1^{er} mars 1968, n° 64975, *Syndicat unifié des techniciens de l'Office de radiodiffusion-télévision française*, Lebon p. 150, *Dr. soc.*, 1969, 33, concl. N. QUESTIAUX ; CE, 12 mars 1965, *Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité Sociale CGC et autres*, *Rec.*, p. 166 ; CE, ass., 1^{er} juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial et autres*, *JCP*, 1974, II, 17779, concl. VUGHT.

¹³⁰¹ J. SAVATIER, *Dr. soc.*, 1969, p. 53.

perdu toute consistance et toute signification.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Berton*¹³⁰² que le statut, ainsi que toute modification susceptible de lui être apportée, s'imposent aux contrats individuels mais ne s'y incorporent pas. Néanmoins, la protection dont jouit désormais le droit au respect de la vie privée et familiale du salarié¹³⁰³ interroge tout de même sur les conditions dans lesquelles un salarié qui justifierait d'obligations familiales impérieuses pourrait valablement refuser une modification statutaire.

b) Le contrat résiste à la mise en œuvre du statut

367. Seront abordées les hypothèses dans laquelle le statut prévoit l'exercice des pouvoirs de direction et de sanction de l'employeur de telle sorte que celui-ci peut revenir unilatéralement sur certaines clauses du contrat de travail telles que la qualification, la rémunération, le lieu de travail.

368. La modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. Par l'arrêt *Berton* du 29 juin 2001¹³⁰⁴, le Conseil d'État a érigé au rang de principe général du droit le principe selon lequel « toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié ». Ce faisant, le juge administratif s'est approprié la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle la modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur doit faire l'objet d'un accord exprès du salarié¹³⁰⁵.

Toutefois, assez classiquement¹³⁰⁶, la Haute Juridiction a assorti l'application de ce principe de deux réserves. Elle a ainsi précisé, d'une part, que ce principe doit s'appliquer « au cas par

¹³⁰² CE, ass., 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Lebon* p. 296, *AJDA*, 2001, p. 648, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *Dr. ouvr.*, 2001, p. 484, note SARAMITO ; *RJEP-CJEG*, n° 584, p. 84, concl. BOISSARD, note MAGGI-GERMAIN ; Ch. GARBAR, « Principes généraux du droit du travail : une nouvelle étape vers la banalisation du droit applicable aux personnels des entreprises à statut ? Quelques remarques sur l'arrêt *Berton* », *Mélanges JEANNEAU*, 2002, Dalloz, p. 119. Les deux Hautes Juridictions avaient pendant un temps considéré que les dispositions du statut s'incorporaient aux contrats individuels de travail (Cass. soc., 29 mai 1962, *Sieur Ponthieu c/ EDF*, *CJEG*, 1962, J., p. 189 ; CE, 1^{er} mars 1968, précité. Cette formulation « inadaptée à la bonne marche des entreprises concernées et contraire à la hiérarchie des normes », selon les termes employés par le commissaire du Gouvernement Sophie BOISSARD, a été abandonnée par le Conseil d'État dès 2001.

¹³⁰³ Voir not. concernant le salarié soumis à une clause de mobilité, Cass. soc., 14 octobre 2008, *D.*, 2009, Pan., 590, obs. A. FABRE ; *RDT*, 2008, p. 731, obs. G. AUZERO ; *Sem. soc. Lamy*, 2008, n° 1373, p. 11 ; *JS Lamy*, 2008, n° 245-5 ; *RDC*, 2009, 175, note Ch. RADÉ.

¹³⁰⁴ CE, 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Lebon* p. 296.

¹³⁰⁵ Cass. soc. 19 mai 2016, n° 14-21.743 ; Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46.698, *Bull. V*, n° 5 ; Cass. soc. 10 juillet 1996, n° 93-41.137, *Bull. V*, n° 278 ; Cass. soc. 8 octobre 1987, *Raquin et Trapiez*, n°84-41.902, *Bull. V*, n° 541.

¹³⁰⁶ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

*cas [...] en en tenant compte de l'économie générale du statut, et notamment des limitations qu'il peut apporter à la possibilité pour l'employeur de mettre fin au contrat »*¹³⁰⁷, et, d'autre part, qu'il convient « *de réserver les hypothèses dans lesquelles les nécessités du service public confié à l'entreprise ou à l'établissement feraient obstacle à son application* ». On pense ici naturellement à la mutation dans l'intérêt du service. Par leur ampleur, ces réserves font sérieusement obstacle à l'application du principe au sein des entreprises à statut.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Berton*, les dispositions de l'article 55 du règlement PS 3 de la SNCF ont été censurées en ce qu'elles permettaient à l'employeur public, « *dans le cas où l'un de ses agents échoue à un examen professionnel, et hors de toute procédure disciplinaire, de modifier unilatéralement le contrat de travail la liant à cet agent en ramenant ce dernier à un niveau et donc à une rémunération, qui est fixé discrétionnairement et peut être nettement inférieur à celui stipulé dans le contrat de travail conclu lors du recrutement* »¹³⁰⁸. À la lecture de l'arrêt, il apparaît donc que le Conseil d'État a entendu limiter l'étendue du principe général à l'hypothèse dans laquelle la modification unilatérale du contrat de travail intervient dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur. Il était alors prévisible que le Conseil d'État soit amené à préciser la portée de sa jurisprudence dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

369. La modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur dans le cadre de son pouvoir disciplinaire. Sur le fondement des articles 1103 [anc. 1134] du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail, et depuis l'arrêt *Hôtel Le Berry* du 16 juin 1998¹³⁰⁹, la Cour de cassation interdit à l'employeur d'imposer à un salarié une modification de son contrat de travail à titre de sanction disciplinaire. En cas de refus du salarié, deux choix s'offrent à l'employeur : soit il renonce à la sanction envisagée, soit il prononce une autre sanction aux lieu et place de celle qui a été refusée, y compris un licenciement¹³¹⁰.

¹³⁰⁷ En effet, certains statuts encadrent strictement les motifs de licenciement et ne prévoient pas la possibilité de compression des effectifs pour des raisons notamment économiques.

¹³⁰⁸ CE, 29 juin 2001, *Berton*, précité. Ces dispositions ont été jugées excessives du fait que « *par leur généralité* », elles ne pouvaient « *trouver leur justification dans les nécessités du service public confié à l'entreprise* » et conféraient « *à l'employeur un pouvoir de modification unilatérale du contrat de travail qui, même en tenant compte du fait que le statut de la S.N.C.F. limite strictement les cas dans lesquels l'employeur peut mettre fin à ce contrat de travail* ».

¹³⁰⁹ Cass. soc. 16 juin 1998, n° 95-45.033, *Bull. V*, n° 320 : « *attendu qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée* ».

¹³¹⁰ Cass. soc. 29 mai 2013, n° 12-13.437 ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 09-70.619, *Bull. V*, n° 97 ; Cass. soc. 17 juin 2009, n° 07-44.570, *Bull. V*, n° 152.

Or, la plupart des statuts réglementaire du personnel prévoient la rétrogradation à une qualification inférieure ou la mutation d'office, sans accord préalable du salarié, à l'issue d'une procédure disciplinaire très sophistiquée, à laquelle prennent part des commissions paritaires. Il en va ainsi, notamment, de l'article 149 du Titre XII du Statut réglementaire de la RATP¹³¹¹, de l'article 6 du Statut des Industries électriques et gazières¹³¹², ou encore du Chapitre 9 du Statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel (RH 0001)¹³¹³.

Cette proximité entre les différents statuts des entreprises publiques - ou du moins à capitaux publics - s'explique par une forte imprégnation du droit de la fonction publique¹³¹⁴, selon une logique de préservation de l'emploi inconnue des entreprises privées. En effet, les statuts ont été conçus de façon à encadrer le déroulement de carrière de l'agent dans sa totalité, dans une optique de maintien de l'emploi. Dès lors, il n'est pas surprenant que les statuts aient privilégié des sanctions disciplinaires affectant le salarié dans le déroulement de sa carrière et non dans son emploi.

Le Conseil d'État a été saisi de la légalité de ces dispositions statutaires, par le biais d'un recours en appréciation de la légalité de l'article 149 du Statut de la RATP. Par un arrêt du 20 avril 2017¹³¹⁵, la Chambre sociale de la Cour de cassation a renvoyé à la juridiction administrative « *la question préjudicielle tenant à l'appréciation de la légalité de l'article 149 du "statut du personnel et annexes" de la RATP [...] en ce qu'il déroge au principe général du droit du travail selon lequel un employeur ne peut pas imposer à un salarié soumis au code du travail, comme sanction d'un comportement fautif, une rétrogradation impliquant la modification de son contrat de travail* »¹³¹⁶.

Comme le Professeur MOULY l'a observé¹³¹⁷, la Chambre sociale a opportunément qualifié

¹³¹¹ Article 149 du « Statut du personnel et annexes » de la RATP pris en application de l'article 31 de la loi n° 48-506 du 21 mars 1948 relative à la réorganisation et à la coordination des transports des usagers dans la région parisienne.

¹³¹² Article 6 du décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le Statut national du personnel des Industries électriques et gazières, pris en application de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

¹³¹³ Décret n° 50-637 du 1^{er} juin 1950 portant statut du personnel de la SNCF.

¹³¹⁴ Voir not. Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, spéc. pp. 437 et s.

¹³¹⁵ Cass. soc. 20 avril 2017, n° 15-19.979, publié au *Bulletin*.

¹³¹⁶ L'article 149 du Statut fixe l'échelle des sanctions disciplinaires au sein de l'entreprise. Il prévoit que tout manquement à la réglementation peut, suivant sa gravité ou sa répétition, donner lieu à l'une des dix mesures prévues par le Statut, parmi lesquelles figure, au titre des mesures de 2^e degré, la « *descente d'échelle avec changement de fonctions* » (8°), c'est-à-dire la rétrogradation sans que ne soit imposé à l'employeur d'obtenir l'accord préalable du salarié.

¹³¹⁷ J. MOULY, « La rétrogradation disciplinaire des salariés à statut : vers une généralisation de la jurisprudence *Hôtel Le Berry* ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 665.

la règle dégagée par l'arrêt *Hôtel Le Berry* de « *principe général du droit du travail* », lui permettant ainsi de saisir le juge administratif d'une question préjudicielle. Dans le cas contraire, elle aurait été contrainte de rejeter le pourvoi du salarié : les salariés des entreprises à statut ne sont soumis au droit commun du Code du travail, en particulier les articles L. 1111-1¹³¹⁸ et L. 1211-1¹³¹⁹, que « *sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel* ». En d'autres termes, le législateur a autorisé le pouvoir réglementaire, par la voie statutaire, à apporter des dérogations ou des exceptions au droit commun du Code du travail. C'est donc au regard des seuls principes généraux du droit, lesquels relèvent de la compétence du juge administratif, que la légalité des dispositions du Statut réglementaire de la RATP devait être appréciée.

Par un arrêt du 26 octobre 2017¹³²⁰, le Conseil d'État s'est déclaré incompétent, faute pour le Statut de la RATP d'avoir été édicté par une autorité réglementaire à « *compétence nationale* » au sens de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative¹³²¹, avant d'attribuer la question préjudicielle au tribunal administratif territorialement compétent. À ce jour, celui-ci ne s'est pas encore prononcé.

370. Trois solutions doivent donc être envisagées. Premièrement, le juge administratif pourrait ne pas retenir la jurisprudence de la Chambre sociale et refuser d'ériger en principe général du droit le principe selon lequel l'employeur devrait obtenir l'accord préalable du salarié avant de prononcer une rétrogradation disciplinaire à son encontre. Deuxièmement, le juge administratif pourrait décider d'étendre le principe d'intangibilité des contrats consacré par l'arrêt *Berton* à l'hypothèse dans laquelle la modification du contrat intervient à la suite d'une procédure disciplinaire. Dans ce cas, le principe dégagé par la Chambre sociale depuis l'arrêt *Hôtel Le Berry* devrait logiquement primer, sous réserve, et c'est le troisième point, de préserver l'« *économie générale du Statut* » et de ne pas être incompatible avec les « *nécessités du service public* » dont la RATP a la charge.

C'est précisément à ce stade que le principe dégagé par la jurisprudence *Hôtel Le Berry* semble difficilement conciliable avec l'existence et la finalité même du Statut ou, du moins, apparaît de nature à en « *bouleverser l'économie* ». En effet, le Statut de la RATP prévoit en son titre XII des règles procédurales et des garanties disciplinaires inconnues du Code du

¹³¹⁸ Relatif à la première partie sur les relations individuelles de travail.

¹³¹⁹ Relatif au champ d'application du contrat de travail du Code du travail.

¹³²⁰ CE, 26 octobre 2017, n° 410012.

¹³²¹ Le Statut du personnel de la RATP s'applique essentiellement à des agents travaillant en Ile-de-France.

travail - notamment au regard de l'intervention d'un Conseil de discipline, organe consultatif composé paritairement de membres de la direction et du personnel. Pris dans leur ensemble, l'édifice statutaire vise à prévenir le risque d'arbitraire en encadrant l'usage par l'employeur de son pouvoir disciplinaire¹³²², étant entendu que la sanction disciplinaire peut ensuite naturellement être contestée devant le juge judiciaire¹³²³. Dans ce cadre, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est strictement limité car le Statut du personnel lui interdit de prendre une mesure de licenciement en dehors du cas de la « *révocation* » sans « *aucun délai de préavis* » prévue à l'article 49 du Statut¹³²⁴, c'est-à-dire, aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, en présence d'une faute grave ou lourde du salarié¹³²⁵.

Dès lors, la jurisprudence *Hôtel Le Berry*, qui impose à l'employeur de soumettre à l'accord préalable du salarié une modification disciplinaire de son contrat de travail mais l'autorise, en cas de refus, à procéder à un licenciement dès lors que les faits reprochés au salarié le justifient, semble difficilement applicable au sein des entreprises à statut et, en l'espèce, à la RATP. En cas de *faute sérieuse* d'un conducteur de métro, l'entreprise se trouverait à la fois dans l'impossibilité de licencier le salarié - à défaut de pouvoir caractériser une faute grave ou lourde - et dans l'impossibilité de le rétrograder sans son accord à un poste dépourvu de

¹³²² Les articles 150 à 164 du Statut de la RATP détaillent la procédure disciplinaire statutaire à respecter selon que la mesure envisagée relève du premier ou du second degré. L'article 152 prévoit que les mesures du Second degré, parmi lesquelles figure la rétrogradation, ne peuvent être prononcées par le directeur général qu'après avis du Conseil de discipline. Il s'agit d'une instance paritaire composée d'un président (désigné par le directeur général parmi le personnel de direction), de trois membres désignés par le directeur général parmi le personnel de direction (dont au plus deux de la direction à laquelle appartient l'agent déféré devant le conseil de discipline), et de trois membres désignés par les organisations syndicales et appartenant au même collège que l'agent déféré devant le conseil de discipline. Les articles 160 et 161 prévoient le déroulé de l'instruction de l'affaire, dont un enquêteur-rapporteur est chargé, au cours de laquelle l'agent est entendu et assisté. Les articles 163 et 164 déterminent la procédure contradictoire devant le Conseil de discipline. L'avis du Conseil est ensuite transmis, accompagné de l'avis du président, au directeur général qui décide de la mesure à appliquer.

¹³²³ Aux termes des articles L. 1333-1 et L. 1333-2 du Code du travail, applicables à la RATP, le Conseil de prud'hommes, saisi de la contestation d'une sanction disciplinaire, peut l'annuler si elle apparaît irrégulière dans la forme, injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.

¹³²⁴ Article 49 du Statut : « *La révocation résulte d'une décision prononcée par le Directeur général dans les conditions prévues au Titre XII relatif à la discipline (25). Elle est définitive, sauf dans le cas où un élément nouveau justifierait un nouvel examen. Elle ne comporte aucun délai de préavis* ». On précisera que les articles 47 et 48 utilisent le terme « licenciement » dans un sens autre que celui du droit commun : la mesure de « licenciement » est réservée à l'agent « stagiaire » en cours ou en fin de « stage » (*i.e.* période d'essai) s'il est décidé de ne pas le « commissionner » (*i.e.* l'embaucher à titre définitif).

¹³²⁵ On rappellera que la faute grave s'entend de la faute « *qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* » (Cass. soc. 22 mars 2017, n°15-27.720 ; Cass. soc. 27 sept. 2007, n°06-43.867, *Bull.* V, n°146). Il est constant que la charge de la preuve de la faute lourde, comme celle de la faute grave, incombe à l'employeur (Cass. soc. 9 octobre 2001, n° 99-42.204, *Bull.* V, n°306 ; Cass. soc. 3 mai 2001, n° 99-40.244). À défaut d'y parvenir, le licenciement doit être jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse, étant précisé que si un doute subsiste, il doit profiter au salarié en application des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du Code du travail.

fonctions de conduite - alors qu'elle est tenue d'assurer la sécurité des usagers et de son personnel¹³²⁶.

371. Pour ces raisons, le juge administratif pourrait bien, s'il reconnaissait l'existence d'un nouveau principe général du droit du travail, en limiter sérieusement la portée. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Berton*, le commissaire du Gouvernement Sophie BOISSARD observait en ce sens que « *poser le principe de l'immutabilité du contrat de travail dans un contexte où tout licenciement est, en droit ou en fait, impossible, n'est-ce pas alors créer un rapport de force exagérément favorable au salarié au détriment de la bonne marche de l'entreprise et de l'exécution du service public dont elle peut être chargée ?* » C'est pourquoi elle concluait qu'il « *faut sans doute admettre que la portée du principe de stabilité des contrats puisse être modulée au cas par cas, en fonction de l'économie de chaque statut, d'une part, et des nécessités du service public dont l'entreprise ou l'établissement a la charge, d'autre part. Autrement dit, nous pensons qu'il faut reconnaître à l'employeur un pouvoir de direction plus large lorsqu'il n'a pas la possibilité de licencier son salarié* »¹³²⁷.

Dans l'affaire *Berton*, c'est d'ailleurs du fait de « *leur généralité* » que les dispositions du Statut de la SNCF avaient été jugées excessives et déclarées illégales¹³²⁸. Aussi, dans la mesure où les possibilités de révocation au sein de la RATP sont enserrées dans de strictes limites, le juge administratif pourrait octroyer à l'employeur public une certaine souplesse dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, sauf à renvoyer aux autorités réglementaires le soin d'assouplir elles-mêmes les garanties disciplinaires et d'élargir les situations fautives

¹³²⁶ À notre sens, ce point ne peut pas être utilement mis en perspective avec l'arrêt du 6 janvier 2012 par lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que « *ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers* » (n° 10-14.688, Bull. AP, n° 1). En effet, le raisonnement suivi par la Haute juridiction s'attachait par-là à distinguer entre le pouvoir réglementaire, le pouvoir de direction et le pouvoir de sanction de l'employeur, dans une espèce où il avait été établi que l'intention de l'employeur n'avait pas été de sanctionner le conducteur de tramway (Voir not. P. LOKIEC, « La sanction disciplinaire déguisée », *RDT*, 2012, p. 145).

¹³²⁷ S. BOISSARD, « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut, Conseil d'État, 29 juin 2001, *Philippe Berton* », *Dr. soc.*, 2001, p. 948. Voir égal. M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Le contrat de travail des agents de la SNCF ne peut être modifié sans leur accord », *AJDA*, 2001, p. 648.

¹³²⁸ CE, 29 juin 2001, *Berton*, précité : « *Considérant que les dispositions précitées de l'article 55 du règlement PS 3 de la Société nationale des chemins de fer français, qui, par leur généralité, ne peuvent trouver leur justification dans les nécessités du service public confié à l'entreprise, confèrent à l'employeur un pouvoir de modification unilatérale du contrat de travail qui, même en tenant compte du fait que le statut de la S.N.C.F. limite strictement les cas dans lesquels l'employeur peut mettre fin à ce contrat de travail, est excessif au regard du principe général du droit énoncé ci-dessus ; qu'il suit de là que l'article 55 du règlement PS 3 de la Société nationale des chemins de fer français doit être déclaré illégal* ».

ouvrant droit à licenciement, sur le modèle du Code du travail.

372. Bilan. Les conflits entre le contrat individuel et le statut réglementaire illustrent les oppositions insurmontables qui demeurent entre, d'une part, l'intérêt individuel du salarié amené à revendiquer les dispositions issues du Code du travail lorsqu'elles lui sont plus favorables, d'autre part, l'intérêt général qui impose de faire prévaloir la cohérence statutaire afin de garantir le bon fonctionnement de l'entreprise et du service public et, enfin, l'intérêt que la collectivité de travail pourrait avoir à conserver, sous la forme d'un *statut quo*, un édifice statutaire, dans sa globalité plus favorable que le Code du travail. L'ambiguïté juridique inhérente au contrat individuel conclu dans le cadre d'un statut réglementaire est encore exacerbée dans l'hypothèse du transfert d'entreprise.

§ 2. La recherche du maintien des dispositions statutaires lors du transfert du contrat de travail

373. L'ouverture à la concurrence ainsi que la filialisation croissante des entreprises à statut intensifient les mouvements de personnels, ce qui suscite nécessairement des interrogations sur le sort réservé aux salariés transférés à une entreprise soumise à convention collective. Dans une telle hypothèse, peuvent-ils prétendre conserver le bénéfice des droits et garanties statutaires ? Les enjeux sont autant juridiques qu'économiques et sociaux, opposant les impératifs d'une libre concurrence entre les opérateurs économiques à la forte mobilisation des organisations syndicales et des personnels concernés en faveur du maintien du statut protecteur. L'incertitude du cadre juridique (A) pousse le législateur et les directions d'entreprises à statut à rechercher des solutions de continuité des droits statutaires (B).

A) Un cadre juridique incertain

374. En l'absence de règles propres au transfert de salariés de droit privé sous statut réglementaire¹³²⁹, le droit commun, qui ne vise le maintien que du seul contrat, doit trouver à s'appliquer (1°). Surgissent alors les incertitudes du droit de l'Union (2°).

¹³²⁹ En effet, l'article L. 1224-1 vise le contrat de travail et non le statut réglementaire qui s'y superposerait, tandis que l'article L. 2261-14 vise spécifiquement la convention collective, et non le statut collectif en général. L'article L. 1224-3-1 ne traite quant à lui que du transfert des agents non titulaires de droit public.

1°) Le transfert du contrat *stricto sensu*

375. L'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique à l'entreprise à statut, qu'elle soit publique ou non. D'une part, le champ d'application de la directive Transfert¹³³⁰ vise les « *entreprises publiques et privées* »¹³³¹ et les « *travailleurs* », qu'elle définit comme « *toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi* »¹³³². L'existence d'un contrat ou d'une relation de travail revient à l'appréciation du droit interne¹³³³, ce qui ne pose pas de difficulté puisqu'il est admis depuis fort longtemps que les salariés des entreprises à statut sont *liés à leur employeur par un contrat de droit privé*¹³³⁴.

D'autre part, la loi du 21 janvier 2008 portant recodification du Code du travail a rendu l'article L. 1224-1 applicable « *au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel* »¹³³⁵. À notre connaissance, aucun statut ne prévoit une telle hypothèse. L'article L. 1224-1 étant d'ordre public, le transfert du contrat de travail s'impose au salarié qui ne peut utilement revendiquer le transfert concomitant du statut, faute de disposition légale en ce sens.

Toutefois, salariés et syndicats peuvent jouer sur l'appréciation du critère de l'autonomie indispensable à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le transfert doit concerner une entité économique *autonome*, laquelle s'entend d'« *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels, permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre* »¹³³⁶.

Or, si l'ouverture à la concurrence entraîne potentiellement des pertes de marché aux dépens des entreprises à statut, il est de jurisprudence constante que la seule perte de marché dénuée

¹³³⁰ Directive « *concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements* », JOCE n° L 082 du 22 mars 2001, p. 0016-0020.

¹³³¹ Article 1 c).

¹³³² Article 2 d).

¹³³³ CJCE, 15 juin 1988, *Bork International*, aff. 101/87, *Rec.*, p. 3057 ; CJCE, 11 juillet 1985, *Danmols*, aff. 105/84, *Rec.*, p. 2639 ; CJCE, 17 décembre 1987, *Ny Molle Kro*, aff. 287/86, *Rec.*, p. 5465.

¹³³⁴ L'existence d'un contrat individuel de droit privé a très tôt été reconnue par le Conseil d'État (30 octobre 1950 (avis) ; 9 novembre 1951, *Goupy, Lebon*, p. 780 ; 26 décembre 1951, *Hinard, Lebon*, p. 618).

¹³³⁵ Article L. 1211-1 du Code du travail déterminant le champ d'application du livre II intitulé « Le contrat de travail », dont fait partie l'article L. 1224-1.

¹³³⁶ Voir not. Cass. soc., 19 juill. 2000, *Mme Chantal X.*, n° 98-42.506.

de tout transfert d'actif n'emporte pas le transfert légal des contrats de travail¹³³⁷. Dans notre hypothèse, l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail dépendra donc du point de savoir si les moyens matériels sont ou non transférés avec l'activité.

En outre, l'application de la directive Transfert suppose que le transfert des actifs s'accompagne du transfert des travailleurs *spécialement affectés* à l'activité objet du transfert d'entreprise¹³³⁸. Or, calqués sur le modèle de la fonction publique et de l'emploi à vie, certains statuts, comme ceux de la RATP et de la SNCF, prévoient l'embauche des salariés au sein d'un cadre général d'emploi, sans affectation contractuelle à un service déterminé¹³³⁹. En s'arrêtant à une appréciation formelle de l'affectation, le transfert légal devrait être écarté, l'accord exprès du salarié étant alors requis¹³⁴⁰. À notre sens, au vu du particularisme des statuts, l'affectation devrait plutôt s'entendre dans un sens fonctionnel, c'est-à-dire au regard de la tâche affectée concrètement au salarié au jour du transfert.

Par ailleurs, la logique d'une concurrence loyale, au sens de libre et non faussée, s'oppose aussi bien à ce que les entreprises à statut soient contraintes de conserver des salariés en sureffectif alors qu'elles subissent des pertes de marché, qu'à ce que le cessionnaire soit contraint de maintenir les règles protectrices issues du statut. Sur ce point, le droit de l'Union oscille entre intérêt des travailleurs et intérêt des cessionnaires privés.

2°) La position incertaine de la Cour de justice de l'Union européenne

376. La finalité de protection des travailleurs poursuivie à l'origine par la directive Transfert pourrait *a priori* commander le transfert des droits et garanties issus du statut (a). Toutefois, la Cour de justice est sensible aux intérêts du cessionnaire, tout particulièrement lorsqu'est en cause un transfert du secteur public au secteur privé (b).

a) Le maintien des droits et garanties statutaires en vertu de l'effet utile de la directive Transfert

377. Dans notre hypothèse, le salarié tire l'essentiel de ses droits et garanties du statut réglementaire, le rôle du contrat individuel se bornant souvent à déclencher l'application dudit

¹³³⁷ Cass. ass. plén., 15 novembre 1985, *Nova Services*, *Dr. soc.*, 1986, p. 1, concl. PICCA, note G. COUTURIER, *D.*, 1986.1 ; Cass. soc., 24 février 2004, *RJS*, 5/04, n° 507.

¹³³⁸ CJCE, 11 mars 1997, *Suzen*, aff. C-13/95, *Rec.*, I, p. 1259 ; CJCE, 10 décembre 1998, *F. Sanchez-Hidalgo*, C-173/96 et C-247/96, *Rec.*, I, p. 8237.

¹³³⁹ Bien que les règles de gestion internes affectent clairement le personnel aux différentes activités regroupées dans les branches de l'entreprise.

¹³⁴⁰ En ce sens, J. CHORIN, « Choix nationaux et choix européens : le reflux des statuts dans les services publics industriels et commerciaux », *Dr. soc.*, 2011, p. 448.

statut. Dès lors, le transfert du seul contrat en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail revient à priver le salarié de l'essentiel des droits issus de la relation de travail et à priver d'effectivité la directive toutes les fois que sera en jeu l'externalisation d'une activité par une entreprise à statut. Or, il est admis que les juridictions nationales doivent interpréter le droit national à la lumière de la finalité d'une directive¹³⁴¹.

Et la directive Transfert poursuit un objectif de protection des travailleurs que *la Cour de justice a déjà été* amenée à mobiliser de façon à garantir, par son interprétation, l'effet utile de la directive. *Ce fut le cas à propos des entreprises de main d'œuvre qui, en l'absence d'ensemble organisé d'actifs, rendaient impossible toute application de la directive*¹³⁴².

Bien que la teneur des droits et obligations transférés dépende du droit national¹³⁴³, la directive prévoit le maintien des « *droits et obligations résultant du contrat ou de la relation de travail en cours au jour du transfert* »¹³⁴⁴. Cela laisse entendre que le contrat n'est pas visé en tant qu'*instrumentum* mais bien en tant que déclencheur de droits et obligations. Il faudrait alors y entendre tout droit dont l'existence est garantie directement ou indirectement par le contrat, ce qui plaiderait en faveur d'un transfert concomitant des garanties statutaires.

Néanmoins, il n'est pas certain que cet objectif de protection des travailleurs soit pris en compte dans l'hypothèse particulière du transfert du secteur public vers le secteur privé.

b) La prise en compte des intérêts du cessionnaire en cas de transfert du secteur public vers le secteur privé

378. Dans une décision du 18 juillet 2013¹³⁴⁵, la Cour de justice a pour la première fois mis en balance les intérêts respectifs des travailleurs et des entreprises, s'éloignant très sensiblement de la lettre du texte¹³⁴⁶. Dépassant largement les conclusions de son avocat général, la Cour a considéré que la directive entendait « *assurer un juste équilibre* » entre les intérêts des

¹³⁴¹ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 ; CJCE, 5 oct. 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 ; CJCE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10.

¹³⁴² Un transfert d'entreprise ou d'établissement peut avoir lieu au sens de la directive, alors qu'aucun transfert d'éléments d'actifs ne se constate : CJCE, 14 avril 1994, *Schmidt*, aff. C-392/92, *Rec.*, I, p. 1311, à propos de l'externalisation de travaux de nettoyage des locaux ; CJUE, 20 janvier 2011, *CLECE*, aff. C-463/09. *La Cour a admis* que « *dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique* » : CJCE, 11 mars 1997, *Suzen*, aff. C-13/95, *Rec.*, I, p. 1259 ; CJCE, 10 décembre 1998, *F. Sanchez-Hidalgo*, C-173/96 et C-247/96, *Rec.*, I, p. 8237.

¹³⁴³ La Cour ne vise pas un niveau de protection uniforme en fonction de critères communs : voir not. CJCE, 10 février 1988, *Tellerup*, dit *Daddy's dance Hall*, aff. 324/86, *Rec.*, p. 739.

¹³⁴⁴ Directive Transfert, précitée, cons. 3.

¹³⁴⁵ CJUE, 3^{ème} ch., 18 juillet 2013, *Alemo-Herron et a.*, aff. C-426/11.

¹³⁴⁶ En ce sens, L. DRIGUEZ, « Effet du transfert d'entreprise sur les droits conventionnels des salariés », *Rev. Europe*, 2013, comm. 418.

travailleurs et ceux du cessionnaire, qui « *doit être en mesure de procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité* ». À cet égard, la Cour a considéré que le transfert du secteur public au secteur privé implique que la continuation de l'activité du cessionnaire nécessite, « *eu égard aux inévitables différences qui existent, dans les conditions de travail, entre ces deux secteurs, des ajustements et des adaptations importants* »¹³⁴⁷.

Dans l'hypothèse du transfert d'une entreprise à statut vers une entreprise soumise à convention collective, il y a lieu de penser que l'intérêt du cessionnaire – qui n'a justement aucun intérêt, dans un milieu concurrentiel, à conserver les droits et garanties statutaires – doit être concilié avec les intérêts des salariés – dont l'intérêt est justement de conserver le bénéfice des dispositions statutaires. Il nous paraît pour le moins improbable que la Cour de justice mette à la charge du concurrent cessionnaire le poids des statuts en vigueur chez les opérateurs historiques, en grande partie à capitaux publics.

Les incertitudes quant à l'application et l'interprétation des règles de transfert rendent une intervention du législateur indispensable dès lors qu'il ouvre à la concurrence un secteur dont le monopole revenait jusqu'alors à une entreprise à statut.

B) Des solutions nécessairement fragmentées visant à assurer la continuité des garanties statutaires

379. En amont d'une libéralisation sectorielle, le législateur peut intervenir soit en imposant un régime de transfert dérogatoire à l'article L. 1224-1 (2°), soit en imposant un niveau de protection des travailleurs équivalent dans l'ensemble du secteur (3°). À défaut, ou dans l'hypothèse d'une opération de filialisation, l'entreprise à statut peut faire le choix de la mise à disposition (1°).

1°) Le choix interne de la mise à disposition

380. La direction et les syndicats de l'entreprise à statut peuvent s'accorder pour écarter l'application de l'article L. 1224-1 et lui préférer un système de mise à disposition. Le cas de la société anonyme GDF-SUEZ est particulièrement topique. L'externalisation en 2012 des activités opérationnelles de la Direction des systèmes informatiques (DSI) par la création d'une filiale sous la forme d'une société anonyme détenue à 100 % par le Groupe GDF-SUEZ devait entraîner le transfert de 500 agents. La nouvelle société, assurant une activité

¹³⁴⁷ CJUE, 3^{ème} ch., 18 juillet 2013, points 25 à 26.

informatique, ne pouvait pas être soumise au statut national des industries électriques et gazières (IEG) dont le champ d'application regroupe les « *entreprises assurant la production, le transport et la distribution d'électricité et de gaz* ». Un enjeu considérable portait sur le maintien au profit des salariés transférés du bénéfice des droits et garanties issus du statut. L'affaire a été portée devant le TGI de Nanterre, lequel a jugé le 17 janvier 2013 que l'article L. 1224-1 du Code du travail, applicable en l'espèce, n'emportait pas transfert du bénéfice du statut des IEG¹³⁴⁸.

Cette décision de justice n'a toutefois jamais été appliquée puisque la Direction de GDF-SUEZ, son CCE et les syndicats se sont accordés¹³⁴⁹ pour écarter l'application de l'article L. 1224-1 et proposer au personnel transféré de la DSI de demeurer salarié de GDF-SUEZ SA et d'être mis à disposition de la nouvelle filiale afin de conserver le bénéfice du statut.

Le choix socialement confortable de la mise à disposition ne peut toutefois pas être généralisé. En effet, il n'est concevable que dans l'hypothèse d'une filialisation, puisqu'un repreneur potentiellement concurrent et soumis à une convention collective n'a aucun intérêt à appliquer les règles statutaires. Cette solution avait d'ailleurs été rejetée par le sénateur GRIGNON dans son rapport relatif à l'ouverture à la concurrence des TER¹³⁵⁰.

On s'interroge de surcroît sur la compétence des partenaires sociaux à négocier l'applicabilité d'une règle d'ordre public. C'est au législateur qu'il appartient de prévoir des dérogations à l'article L. 1224-1, comportant ou non une délégation aux partenaires sociaux.

2°) La mise en place d'un régime dérogatoire à l'article L. 1224-1 du Code du travail

381. Le précédent original des grands ports autonomes est intéressant. La loi du 4 juillet 2008

¹³⁴⁸ TGI Nanterre, 2^{ème} Chambre, 17 janvier 2013, n° RG 12/11998 : « *Le transfert automatique des contrats de travail découlant de l'application de L. 1124-1 du Code du travail n'emporte pas transfert du bénéfice du Statut du personnel des IEG qui n'est pas attaché à la personne du salarié dans la mesure où il n'est pas incorporé au contrat de travail mais est dépendant de l'activité principale de l'entreprise à laquelle appartient le salarié.* »

¹³⁴⁹ Tract de l'intersyndicale disponible à l'adresse suivante : http://www.fo-dsp.org/IMG/pdf/Tract_DSI_du_28_janvierVfinale.pdf

¹³⁵⁰ Rapport du sénateur F. GRIGNON, « Conditions pour une expérimentation portant sur l'ouverture à la concurrence des services de transports ferroviaires régionaux de voyageurs », rendu le 18 mai 2011 au secrétaire d'État aux Transports. Le mécanisme de la mise à disposition a été présenté comme trop coûteux et n'a pas retenu l'assentiment des acteurs ferroviaires.

portant réforme portuaire¹³⁵¹ a recentré les ports autonomes métropolitains, rebaptisés « grands ports maritimes » (GPM), sur leur mission de police ainsi que sur leur activité d'aménagement et de gestion du domaine portuaire. À cette occasion, le législateur a imposé aux GPM de céder l'activité et les matériels d'outillage à un opérateur de terminal (c'est-à-dire à une entreprise privée)¹³⁵².

La loi a aménagé un régime dérogatoire de transfert des salariés affectés à l'outillage vers ces opérateurs. Il en résulte qu'un accord collectif doit être conclu dans les trois mois suivant l'institution d'un GPM, entre le président du directoire du GPM et les organisations syndicales représentatives des salariés du port. Cet accord est destiné à établir une liste de critères de transferts des personnels, devant notamment comprendre les souhaits du salarié, sa qualification professionnelle, son ancienneté de service dans le port, ses qualités professionnelles appréciées par catégorie ainsi que ses perspectives professionnelles¹³⁵³. Au regard des critères retenus, le président du directoire du grand port maritime fixe, après consultation des organisations syndicales représentatives, la liste des salariés dont les contrats sont transférés à l'opérateur du terminal¹³⁵⁴.

Parallèlement, le législateur a confié aux partenaires sociaux le soin d'encadrer les conséquences sociales du transfert¹³⁵⁵. Un accord-cadre a été conclu le 30 octobre 2008¹³⁵⁶ entre les organisations professionnelles, représentant respectivement les entreprises de manutention, les ports autonomes et les organisations syndicales représentatives des salariés des ports, précisant les modalités de poursuite des contrats au sein des entreprises privées ainsi que les modalités d'accompagnement social. En l'absence de conclusion d'un accord-cadre avant le 1^{er} novembre 2008, le législateur avait prévu un régime supplétif¹³⁵⁷.

Dans les cas d'ouverture à la concurrence sans cession légale d'activité, le législateur peut

¹³⁵¹ Loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, *JORF* n° 0156 du 5 juillet 2008 p. 10817, texte n° 1. Voir not., R. RÉZENTHEL, « La création des grands ports maritimes », *RFDA*, 2008, p. 969.

¹³⁵² Article 7.

¹³⁵³ Article 10. À défaut d'accord dans ce délai, la liste est établie par le président du directoire du grand port maritime.

¹³⁵⁴ Article 10.

¹³⁵⁵ Article 11.

¹³⁵⁶ Accord du 30 octobre 2008 relatif à la réforme portuaire conclu entre les organisations d'employeurs (Union nationale des industries de la manutention et Union des ports de France) et les organisations syndicales de salariés (Fédération nationale des ports et docks CGT ; FGTE ports et docks CFDT ; Fédération nationale de l'encadrement des ports et des chambres de commerce et d'industrie maritimes CFE-CGC ; Fédération nationale des syndicats indépendants des ingénieurs et cadres des ports autonomes et des chambres de commerce et d'industrie maritimes ; CNTPA).

¹³⁵⁷ Article 12.

également rechercher une harmonisation sociale au niveau de la branche professionnelle.

3°) L'harmonisation des régimes sociaux comme anticipation de transfert potentiel de personnels

382. L'instauration d'un régime de travail commun à l'ensemble du secteur d'activité présente l'avantage d'éviter le « dumping social » concomitant à la libéralisation et de rendre caduque la problématique du maintien du statut en cas de transfert.

Ainsi, les lois de libéralisation de l'énergie¹³⁵⁸ n'ont pas modifié le champ d'application du statut national des industries électriques et gazières (IEG)¹³⁵⁹, lequel s'applique à l'ensemble de la branche d'activité, c'est-à-dire à toutes les entreprises qui, en France, exercent des activités de production, transport, distribution, commercialisation et fourniture d'électricité et de gaz.

Dans la perspective de l'ouverture à la concurrence européenne du transport intérieur de passagers, prévue par étape d'ici 2026, le législateur a également fait le choix d'instaurer un « *cadre social harmonisé* » commun à toutes les entreprises de la branche ferroviaire, voyageurs et fret, groupe public historique et entreprises privées. La loi du 4 août 2014¹³⁶⁰ a créé, en lieu et place des EPIC « Société nationale des chemins de fer français » (SNCF) et « Réseau ferré de France » (RFF), un groupe public ferroviaire composé d'un EPIC de tête dénommé « SNCF » et de deux EPIC dénommées « SNCF Réseau » et « SNCF Mobilités ».

L'article 17 de la loi a mis en place un cadre social commun à tous les travailleurs de la branche ferroviaire, quelle que soit l'activité principale¹³⁶¹ et la nature privée ou publique de l'entreprise employeur. Ce cadre social repose sur un décret socle pris en Conseil d'État qui fixe les règles relatives à la durée du travail¹³⁶² ainsi que sur une convention collective nationale commune à l'ensemble des entreprises de la branche. Celle-ci est actuellement en cours de négociation au sein d'une Commission paritaire mixte présidée par un représentant

¹³⁵⁸ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité. Voir not. J. CHORIN, « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.*, 2002, p. 410.

¹³⁵⁹ Article 47 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, approuvée par un décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 maintes fois modifié.

¹³⁶⁰ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

¹³⁶¹ Contrairement au statut des IEG, le décret socle ainsi que la convention collective s'appliquent en fonction de l'activité du travailleur et non de celle de l'entreprise.

¹³⁶² Décret n° 2016-755 du 8 juin 2016 relatif au régime de la durée du travail des salariés des entreprises du secteur du transport ferroviaire et des salariés affectés à des activités ferroviaires au sens de l'article L. 2161-2 du Code des transports, *JORF* n° 0133 du 9 juin 2016.

du ministère du travail et réunissant les représentants des employeurs et des salariés de toutes les entreprises du secteur ferroviaire¹³⁶³. Ces dernières seront ensuite libres de compléter les règles communes à la faveur d'un accord d'entreprise spécifique valable pour ses seuls salariés. Sans remettre formellement en cause l'existence du statut des cheminots, cette harmonisation des régimes de travail entre les acteurs publics et privés du secteur permettra sans doute de simplifier d'éventuels transferts de personnels entre l'EPIC SNCF Mobilités et ses concurrents de droit privé, notamment en cas de perte de marché.

383. En définitive, les articulations entre statut réglementaire et contrat individuel relèvent davantage de choix politiques que de la technique juridique. Le recul indéniable de la logique statutaire¹³⁶⁴, au sein d'une économie de marché soumise à libre concurrence, pourrait à l'avenir mettre fin à ces délicates articulations.

¹³⁶³ Cette commission est composée des employeurs du secteur regroupés au sein de l'Union des Transports Publics (SNCF, RFF, Transdev, EuroCargoRail, Thello, Eurotunnel...) et des sept organisations syndicales représentatives de la branche ferroviaire (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC, Unsa et SUD Rail).

¹³⁶⁴ J. CHORIN, « Choix nationaux et choix européens : le reflux des statuts dans les services publics industriels et commerciaux », *Dr. soc.*, 2011, p. 448.

CONCLUSION DE CHAPITRE

384. La recodification opérée par la loi du 21 janvier 2008 a sensiblement étendu et harmonisé les champs d'application du Code du travail à l'égard des employeurs publics. Cette réécriture s'explique principalement par les contraintes tenant à la méthode de recodification à droit constant choisie par le législateur, laquelle impose de supprimer les dispositions archaïques ou contraires aux normes supérieures. On regrettera toutefois que celui-ci n'ait pas saisi l'occasion, d'une part, d'impulser une réflexion globale tenant à la fonction de droit commun du Code du travail, ou du moins de « Code de référence », et, d'autre part, d'engager une réforme globale visant à harmoniser les différents régimes du travail existants au sein du secteur public.

La clarification des champs d'application du Code du travail a par ailleurs mis fin à la controverse qui opposait, au travers du Conseil d'État et de la Cour de cassation, les partisans de la thèse de l'autonomie statutaire à ceux de la thèse de l'application de principe du Code du travail aux entreprises à statut règlementaire du personnel. Pour autant, l'application distributive des règles du Code du travail n'a pas permis de dégager un critère unique de résolution des conflits d'une part, entre le Code du travail et le statut règlementaire du personnel et, d'autre part, entre ledit statut et le contrat individuel de travail.

Le mode d'emploi suivi par le Conseil d'État est désormais bien établi. Le juge administratif vérifie en premier lieu que les dispositions du Code du travail intègrent, dans leur champ d'application, l'employeur public en cause. Dans l'affirmative, il détermine si ces dispositions doivent en tant que telles s'appliquer ou être adaptées en raison des nécessités de service public. Dans la négative, c'est donc le statut qui doit fixer les règles en la matière, mais en respectant les principes généraux du droit du travail, sauf à ce que leur respect soit incompatible avec les exigences du service public.

Si l'on comprend aisément que le juge administratif souhaite par-là concilier les exigences tenant au bon fonctionnement des services publics à la protection des droits des travailleurs, cette méthode peut avoir pour conséquence de priver de cohérence les « statuts-contreparties » des entreprises publiques, lesquels impliquent, comme dans la fonction publique, des rapports d'interdépendance entre les avantages et les sujétions du personnel. À cet égard, les règles de droit privé encadrant la modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ne nous semblent pas adaptées à la logique statutaire de ces entreprises et à la garantie de l'emploi qui y est attachée.

Enfin, l'imbrication des dispositions légales, des dispositions statutaires et des stipulations contractuelles demeure source d'incertitudes qui ne peuvent être résolues que par une intervention du législateur, ainsi que l'illustrent les hypothèses de transfert d'entreprise entre secteur public et secteur privé sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

CHAPITRE 2. LE RÔLE ACTIF DES JUGES DANS L'HARMONISATION DES RÉGIMES DE TRAVAIL

385. Une pluralité de juges. Il n'est pas ici seulement question du rôle *du* juge, dans sa fonction juridictionnelle, mais bien *des* juges. Fruit d'une interaction entre des actes de droit privé et des actes administratifs, le droit social fait intervenir à la fois le juge judiciaire et le juge administratif. Associées à la pluralité de normes applicables au sein du secteur public, les questions de compétences juridictionnelles se posent alors avec une acuité particulière et participent de la complexité du droit.

386. Rappel des fondements du dualisme juridique. On rappellera succinctement les fondements de notre dualisme juridique ainsi que la place qui lui est accordée dans la hiérarchie des normes. L'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 dispose que les « *fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions* ». Cet énoncé lapidaire n'expose pas ce que signifie « *troubler* » les activités de l'administration et de leurs administrateurs. Le décret du 16 fructidor an III a conforté le principe de séparation des autorités en portant interdiction aux tribunaux judiciaires de « *connaître des actes administratifs* ». Ici encore, on s'interroge sur la signification du terme « *connaître* » et sur l'étendue de la compétence qu'il consent à l'autorité judiciaire. S'il ne fait aucun doute que le contentieux de l'annulation ou de la réformation de l'acte administratif en lui-même échappe au juge judiciaire, il semble difficile d'interdire à ce dernier, appelé à résoudre un litige de droit privé, de « *connaître* » d'un acte administratif ayant éventuellement prélué aux actes de droit privé qui lui sont déférés¹³⁶⁵.

Ce n'est d'ailleurs pas la position adoptée par le Conseil constitutionnel qui n'a accordé qu'une valeur législative au principe de séparation des autorités judiciaire et administrative. Seul le contentieux de « *l'annulation ou [de] la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* » figure au nombre des « *principes fondamentaux*

¹³⁶⁵ En ce sens, voir D. COHEN, « Droit du travail et droit public : les questions préjudicielles et la Chambre sociale de la Cour de cassation », *AJDA*, 1991, p. 596 et s.

reconnus par les lois de la République »¹³⁶⁶. Ce n'est donc pas le principe de la séparation des autorités juridictionnelles en tant que tel qui est ici constitutionnellement protégé, et encore moins l'existence d'un ordre juridique administratif autonome, mais seulement la compétence du juge administratif pour connaître du contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. D'un point de vue constitutionnel, rien ne s'opposerait donc à la création d'un ordre juridictionnel unique comprenant une juridiction spécialisée pour ce contentieux¹³⁶⁷. Plus encore, le Conseil constitutionnel a retenu une conception limitative de la compétence administrative, le principe fondamental qu'il a dégagé ne valant que « *sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire*¹³⁶⁸ et *sauf dispositions législatives contraires* ». Il est ainsi loisible au législateur de créer des blocs de compétence au profit de l'ordre judiciaire ou administratif dès lors que les nécessités d'« *une bonne administration de la justice* » le justifient¹³⁶⁹.

En outre, la protection constitutionnelle accordée à la compétence du juge administratif (pour connaître du contentieux de l'annulation et de la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique) ne joue que pour les recours par *voie d'action* : elle ne concerne pas la contestation incidente de la légalité d'une décision administrative, notamment à l'occasion d'un litige principal porté devant une juridiction judiciaire. En effet, la déclaration d'illégalité reconnue par voie d'exception n'entraîne ni l'annulation, ni la réformation de l'acte administratif.

387. En définitive, on retiendra ici la vocation première et fonctionnelle du dualisme juridictionnel : la dualité de juridictions a pour objet de soumettre le contentieux administratif à un juge spécialisé dans l'application d'un droit propre, le droit administratif, distinct de celui qui régit les relations entre personnes privées et ce, en raison de la mission spécifique de l'administration qui est de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers¹³⁷⁰. En

¹³⁶⁶ Conseil constit., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-284, DC, cons. 15 ; *RD. Publ.*, 1987.1341, note Y. GAUDEMET ; *RFDA* 1987.287, obs. B. GENNEVOIS, et 301, obs. L. FAVOREU.

¹³⁶⁷ En ce sens, voir la tribune « Pour l'unité de juridiction » du Premier président de la Cour de cassation Bertrand LOUVEL, 25 juillet 2017, disponible sur le site de la Cour de cassation.

¹³⁶⁸ Sont visés ici les litiges dans lesquels est en jeu une liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution.

¹³⁶⁹ Conseil constit., 23 janvier 1987, n° 86-284, DC, cons. 16.

¹³⁷⁰ F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *L'Unité du Droit, Mélanges R. DRAGO*, pp. 395-426, spéc. p. 399.

ce sens, le dualisme juridictionnel peut constituer un obstacle à l'harmonisation des régimes de travail au sein des secteurs privé et public.

388. Le Tribunal des conflits, institution du dialogue des juges. Garant de la définition des lignes de partage des compétences juridictionnelles, le Tribunal des conflits demeure l'institution par excellence du dialogue des juges du fait de son paritarisme¹³⁷¹. Comme l'observait le commissaire du Gouvernement Bernard STIRN dans ses conclusions sur l'affaire *Ville de Pamiers*, le Tribunal des conflits apparaît comme « *une instance de rencontre et de dialogue. Loin de débats parfois trop passionnés, détaché des nécessités pressantes de l'urgence, éclairé par l'échange de réflexions qui ont des sources différentes, il a pour mission de faire régner l'harmonie entre les composantes de notre droit.* »¹³⁷² On ne saurait en effet sous-estimer l'utilité des contacts réguliers induits par le Tribunal des conflits entre les représentants les plus qualifiés des deux ordres juridictionnels¹³⁷³, dont le dialogue en amont permet la prévention des conflits de compétence. Aussi, Régis DE GOUTTES, Premier avocat général à la Cour de cassation, avait-il rappelé que « *tout en conservant leur autonomie, la Cour de cassation et le Conseil d'État restent à l'écoute l'un de l'autre et ont su s'enrichir mutuellement en tenant compte de leurs jurisprudences respectives* »¹³⁷⁴.

389. Un dualisme prégnant en matière sociale. Le droit du travail fait intervenir à la fois des actes administratifs et des actes de droit privé. Ce mélange des genres exige une répartition des compétences juridictionnelles cohérente et accessible par le justiciable qui « *doit pouvoir trouver son juge dans des conditions telles qu'il ne soit pas découragé d'agir en justice* »¹³⁷⁵. Pour ces raisons, Yves STRUILLOU constatait avec pragmatisme que « *le temps n'est plus à la défense d'un pré carré mais à la définition d'une répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives la plus opérationnelle possible, donc la plus lisible pour les employeurs et les salariés* »¹³⁷⁶. Cela est d'autant plus vrai s'agissant des problématiques liées aux relations professionnelles du secteur public.

¹³⁷¹ L'article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits pose le principe selon lequel ce dernier est composé « *en nombre égal de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation* ».

¹³⁷² B. STIRN, conclusions sur TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, RFDA, 1989, p. 457, spéc. p. 465.

¹³⁷³ M.-A. LATOURNERIE, J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Rép. de Cont. Adm.*, février 2007 (actualité : avril 2015), V^o Tribunal des conflits.

¹³⁷⁴ M. DE GOUTTES, « Le dialogue des juges », à l'occasion du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel organisé le 3 novembre 2008 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/de_gouttes_031108.pdf).

¹³⁷⁵ G. BACHELIER, « Le Tribunal des conflits : juge administratif ou juge judiciaire ? », in *Le dualisme juridictionnel, limites et mérites*, A. VAN LANG (dir), Dalloz, 2007, p. 67.

¹³⁷⁶ Y. STRUILLOU, « Le nouveau visage de la justice du travail en France », *RDT*, 2013, p. 26.

Si, bien évidemment, les ordres judiciaires et administratifs entretiennent des relations de longue date, l'harmonisation en matière sociale a été considérablement renforcée par l'officialisation d'un groupe de travail commun, le 4 juillet 2009, à l'initiative des Présidents respectifs de la Section du contentieux du Conseil d'État et de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Ce groupe réunit ainsi des membres de la section du contentieux du Conseil d'État et de la Chambre sociale de la Cour de cassation, sur les sujets de droit du travail d'intérêt commun, selon des ordres du jour élaborés en commun et préparés par la présentation de notes de synthèse sur les questions en débat. Il s'agit là de dégager des solutions, sinon convergentes du moins cohérentes, dans l'intérêt du justiciable. Ces échanges constitueraient désormais une base de travail essentielle, dont les résultats sont pris en compte par chaque juridiction pour la formation de sa jurisprudence¹³⁷⁷. En 2014, Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, alors Conseiller référendaire à la Cour de cassation, évoquait une « *banalisation de la collaboration* » après avoir relevé que le planning de ces réunions n'avait jamais désempli¹³⁷⁸.

Pour dépasser la complexité inhérente au dualisme juridictionnel, les juges ont, par leur action commune, participé à l'émergence, si ce n'est d'une unité, du moins d'une mise en cohérence du droit social au sein du secteur public (**Section 1**). Mais le rôle du juge dans l'harmonisation des régimes de travail ne se limite pas à une convergence des jurisprudences programmée en amont, ainsi que l'illustre la construction par le juge administratif d'une théorie des principes généraux du droit, dont certains sont directement inspirés du Code du travail (**Section 2**).

SECTION 1. LA CONVERGENCE DES JURISPRUDENCES, TEMPÉRAMENT DU DUALISME JURIDICTIONNEL

390. En réservant au juge administratif une compétence exclusive pour juger l'administration agissant dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, le Tribunal des conflits a permis à celui-ci de créer un droit spécifique aux services publics, exorbitant du droit commun (§ 1). Le dualisme juridictionnel qui en résulte emporte une complexité certaine, que seul le dialogue des juges, par le mouvement de convergence qu'il entraîne, permet de tempérer (§ 2).

¹³⁷⁷ A. LACABARATS, Ouverture de la journée des rencontres de la Chambre sociale 2012, *BICC*, n° 768, p. 6.

¹³⁷⁸ L. PÉCAUT-RIVOLIER, Intervention orale lors du Colloque intitulé « L'acte administratif sous le regard du juge judiciaire » organisé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 mars 2014.

§ 1. Le dualisme juridictionnel, source d'un droit autonome des relations de travail dans les services publics

391. Il est acquis depuis l'arrêt *Blanco*¹³⁷⁹ qu'en l'absence de disposition expresse s'imposant à lui, le juge administratif n'est jamais tenu d'appliquer des règles de droit privé. Ce principe a permis au juge administratif d'écarter l'application du Code du travail par une simple référence au service public et d'élaborer un droit autonome des relations professionnelles dans le secteur public¹³⁸⁰ (A). Au sein des entreprises à statut règlementaire du personnel, le critère de répartition des compétences juridictionnelles fixé par le Tribunal des conflits, à savoir l'organisation du service public, demeure source d'incertitudes (B).

A) La mission de service public, critère général de répartition des compétences juridictionnelles

392. *L'État n'est pas un justiciable comme les autres.* Par l'arrêt *Blanco*¹³⁸¹, le Tribunal des conflits a exclu que la responsabilité susceptible d'incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers du fait des services publics puisse être régie par les principes du Code civil, lesquels ont été dégagés pour les rapports de particulier à particulier. Autrement dit, la poursuite d'une mission de service public exige l'application d'un droit exorbitant du droit commun et l'intervention d'un juge propre. Il résulte de cette décision fondatrice l'idée selon laquelle l'État ne peut être assimilé à un justiciable ordinaire, permettant ainsi au juge administratif d'exclure le droit privé chaque fois qu'il considère que les nécessités du service public l'imposent.

393. *La distinction entre les activités administratives et économiques.* Par l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain* (dit « *Bac d'Eloka* ») du 22 janvier 1921¹³⁸², le Tribunal des conflits a distingué entre les services publics administratifs (SPA) et les services publics industriels et commerciaux (SPIC), lesquels fonctionnent dans les mêmes conditions que les entreprises. Les personnels travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents de droit public, quel que soit leur emploi, dont le contentieux relève du juge administratif¹³⁸³ à

¹³⁷⁹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, n° 00012.

¹³⁸⁰ Voir not. M. LOMBARD, « L'application du Code du travail aux "entreprises à statut" », *AJDA*, 1991, p. 601 ; J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, spéc. p. 455.

¹³⁸¹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, n° 00012.

¹³⁸² TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain (Bac d'Eloka)*, n° 00706.

¹³⁸³ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*, n° 03000.

l'exception des contrats de droit privé par détermination de la loi¹³⁸⁴. Les personnels des SPIC relèvent quant à eux du droit privé du travail et du juge judiciaire, à l'exception du contentieux de la légalité du statut réglementaire du personnel. De cette décision résulte un éclatement de la notion de service public, éclatement qui lui fera progressivement perdre de sa cohérence et diversifier les régimes de travail en son sein¹³⁸⁵.

394. La catégorie éphémère des services publics sociaux. Le Conseil d'État et la Cour de cassation conservent malgré tout leur souveraineté. Bien que l'hypothèse soit des plus rares, les Hautes juridictions peuvent s'opposer à la jurisprudence du Tribunal des conflits et l'inciter à la modifier. Tel fut le cas en 1955 de la jurisprudence *Naliato*¹³⁸⁶, laquelle avait créé une nouvelle catégorie de services publics sociaux soumis à la compétence judiciaire. Cette catégorie n'ayant jamais été admise par les deux Hautes juridictions¹³⁸⁷, le Tribunal des conflits a fini par l'abandonner en 1983¹³⁸⁸. Cette classification pourrait néanmoins connaître un regain d'intérêt sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, lequel distingue au sein même des services sociaux d'intérêt général (SSIG) d'une part, les services sociaux d'intérêt économique général (SSIEG) largement soumis au droit de la concurrence et, d'autre part, les services sociaux non économiques d'intérêt général (SSNEIG) qui y sont soustraits¹³⁸⁹.

395. Une corrélation de la compétence et du fond. Les arbitrages opérés par le Tribunal des conflits ne sont pas anodins. En effet, le Tribunal régulateur est parfois amené à rendre des décisions portant sur le fond même de l'affaire lorsque les deux ordres de juridiction se sont déclarés compétents et ont rendu des décisions divergentes¹³⁹⁰. Surtout, en décidant d'attribuer la compétence à tel ou tel ordre, le Tribunal prend bien souvent position sur le fond¹³⁹¹. Cette liaison de la compétence et du fond du litige a donné à la question de la répartition des compétences juridictionnelles une importance anormale¹³⁹², insinuant par-là

¹³⁸⁴ TC, 22 mai 2006, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° C3486.

¹³⁸⁵ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

¹³⁸⁶ TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, *Lebon*, p. 614, *D.*, 1956.58, note EISENMANN, *RDP*, 1955, p. 720, note WALINE, s'agissant des colonies de vacances gérées par l'administration.

¹³⁸⁷ CE, 21 mars 1958, *Salin*, *Lebon*, p. 187, *RDP*, 1959, p. 122 ; Cass. civ., 3 octobre 1957, *Veuve Raduz c/ Ville d'Asnières*, *D.*, 1958, p. 423.

¹³⁸⁸ TC, 4 juillet 1983, *Gambini*, *Lebon*, p. 540, *RDP*, 1983.1381, note J.-M. AUBY.

¹³⁸⁹ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

¹³⁹⁰ Loi du 20 avril 1932. Par exemple, TC, 14 février 2000, *CHR de Nancy*, n° 02929.

¹³⁹¹ Sur la question largement débattue de l'existence et du bien-fondé d'une corrélation entre la compétence et le fond, voir not. Ch. EISENMANN, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *Mélanges MAURY*, tome 2, p. 379.

¹³⁹² J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd., 2016, p. 608, n° 584 : Si cette liaison existe, elle n'est pas « nécessaire ».

que le juge judiciaire ne devrait appliquer que les règles du droit privé, et le juge administratif, que celles de droit public. La détermination du juge compétent entraînerait alors celle du droit applicable et inversement. Une telle présentation serait toutefois excessivement schématique. En effet, le juge administratif peut être amené à appliquer le droit privé à l'administration, notamment lorsque celle-ci s'y est volontairement soumise¹³⁹³. À l'inverse, le juge judiciaire peut être amené à appliquer le droit public, notamment lorsque le litige intervient dans le cadre de la réalisation d'une mission de service public¹³⁹⁴.

La liaison de la compétence du fond du litige explique toutefois que le Tribunal des conflits utilise alternativement ou cumulativement les notions de puissance publique et de service public comme critère de compétence du juge administratif¹³⁹⁵. C'est parce que l'autorité publique est investie de telles prérogatives ou d'une telle mission que le droit commun applicable aux personnes privées ne pourrait lui être appliqué. L'intérêt général dont elle est garante s'opposerait ainsi à ce que son activité soit soumise, à l'instar d'un justiciable ordinaire, au regard du juge judiciaire. C'est ainsi qu'il faut entendre le critère de répartition des compétences dégagé par le Tribunal des conflits au sein des entreprises à statut réglementaire du personnel.

B) L'acte d'organisation du service public, critère de répartition des compétences juridictionnelles au sein des entreprises à statut réglementaire du personnel

396. État du droit positif. Selon une jurisprudence bien établie du Tribunal des conflits, le statut du personnel auquel la puissance publique a entendu soumettre certaines entreprises « touche à l'organisation d'un service public » et présente de ce fait un caractère réglementaire dont seul le juge administratif peut apprécier la légalité¹³⁹⁶. Il en va ainsi de tous les actes pris par les organes dirigeants de l'entreprise pour organiser le fonctionnement

¹³⁹³ Voir par exemple s'agissant de la possibilité accordée aux collectivités territoriales de conclure des contrats de droit privé portant sur leur domaine privé : CE, section, 26 juillet 1985, n° 35067, *Lebon*.

¹³⁹⁴ Voir not. s'agissant de l'application de l'obligation de neutralité aux salariés des organismes de droit privé chargés d'assurer une mission de service public : Cass. soc., 19 mars 2013, *Mme Abibouraguimane c/ CPAM de Seine-Saint-Denis*, n° 12-11.690, *Bull.*, V, n° 76.

¹³⁹⁵ Voir not. TC, 8 février 1873, *Blanco*, n° 00012 ; CE, 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, n° 76261, *Lebon*, p. 308 ; CE, 23 mars 1983, *S.A. Bureau Véritas et autres*, n° 33803, *Lebon*, p. 133 ; TC, 6 juillet 2015, n° C-4010 ; CE, 3 juillet 2017, n° C-4092 ; TC, 24 avril 2017, n° C-4077.

¹³⁹⁶ TC, 26 octobre 1981, *SNCF c/ Grostin*, n° 02200, *Lebon*, p. 656 ; TC, 12 octobre 1992, n° 02722, *CJEG*, 1993, p. 481, note J.-F. LACHAUME, CE, 27 mars 1985, *Bourhis et autres*, n° 38361, *Lebon*, p. 91, (Air France), CE, 22 février 1989, *Roussel*, *Lebon*, p. 450 (SNCF).

du service public exploité¹³⁹⁷, telle que, par exemple, la décision prise par EDF pour déterminer les modalités de retenue sur salaires des agents de conduite des centrales nucléaires et thermiques en cas de grève¹³⁹⁸.

Autrement dit, le juge administratif est compétent pour connaître non seulement du statut réglementaire du personnel mais aussi de tous les actes pris par la direction de l'entreprise en application dudit statut et aux fins de le préciser (indifféremment du vocabulaire employé par chaque entreprise : règlements, circulaires ou encore référentiels RH) dès lors qu'ils concernent l'organisation du service public¹³⁹⁹.

En revanche, il n'appartient qu'au juge judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les personnels liés à leur employeur par un contrat de droit privé¹⁴⁰⁰, ainsi que sur toute contestation portant sur la légalité ou l'application et la dénonciation d'un accord collectif, à l'exception du cas où « *la contestation concerne des dispositions qui n'ont pas pour objet la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des personnels des entreprises et établissements publics visés par ces textes mais qui régissent l'organisation du service public* »¹⁴⁰¹.

C'est sur ce fondement que la Cour de cassation, par un arrêt du 6 février 2013, a approuvé le juge prud'homal d'avoir refusé de soumettre une question préjudicielle à la juridiction administrative après avoir constaté que les salariés ne contestaient pas les décisions du conseil d'administration ou les décisions du directeur de La Poste relatives au « complément poste »

¹³⁹⁷ TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier* n° 01908, *Lebon* (le règlement établi par le Conseil d'administration d'Air France exigeant le célibat pour les hôtesses de l'air contenait des « éléments de l'organisation du service public exploité », de sorte qu'il s'agissait d'un acte administratif dont le contrôle de légalité revenait au juge administratif) ; TC, 12 juin 1961, *Rolland, Lebon*, p. 866, *AJ* 1961.606, chron. GALABERT et GENTOT, *RDP*, 1962, p. 725, note WALINE (les règlements pris par la SNCF relativement aux régimes de retraite de son personnel ne concernent pas l'organisation du service public. Ils n'ont pas la nature d'un acte réglementaire et relèvent de la juridiction judiciaire.)

¹³⁹⁸ TC, 22 juin 1992, *Abella et a.*, n° 2718, *Lebon*, p. 498 ; TC, 12 octobre 1992, n° 02722, *CJEG*, 1993, p. 481, note J.-F. LACHAUME.

¹³⁹⁹ CE, 1^{er} décembre 1995, *Muthuon, T. Lebon*, pp. 828-1052 ; CE, 12 novembre 1990, *Malher, Lebon*, p. 321 ; CE, ass., 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Lebon*, p. 296.

¹⁴⁰⁰ TC, 26 octobre 1981, *SNCF c/ Grostin*, n° 02200, *Lebon*, p. 656. On rappellera en effet que les personnels des établissements publics à caractère industriel et commercial et des entreprises publiques, y compris celles qui sont dotées d'un statut réglementaire du personnel, sont des salariés de droit privé dont les litiges relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes. L'existence d'un contrat individuel de droit privé a très tôt été reconnue s'agissant des établissements publics industriels et commerciaux (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain dit Bac d'Eloka*, n° 00706) et s'agissant des entreprises à statut (CE, avis, 30 octobre 1950 ; CE, 9 novembre 1951, *Goupy, Lebon*, p. 780 ; CE, 26 décembre 1951, *Hinard, Lebon*, p. 618).

¹⁴⁰¹ TC, 15 décembre 2008, *Kim c/ Établissement français du sang*, C-3652 ; TC, 15 décembre 2008, *M.A. c/ RATP*, C-3662, *Lebon*.

mais fondaient leur demande visant à obtenir le paiement de rappels de salaires « sur les dispositions de l'accord salarial de 2001 aux termes duquel il était convenu que "fin 2003 les compléments poste des agents contractuels de niveau I-2, I-3 et II-1 seront égaux aux montants des compléments poste des fonctionnaires de même niveau", dispositions qui n'étaient pas relatives à l'organisation du service public de distribution du courrier par La Poste »¹⁴⁰².

Lorsque la légalité d'un acte « touchant à l'organisation du service public » est incidemment remise en cause devant lui, il appartient donc au juge civil de saisir le juge administratif d'une question préjudicielle, de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif tranche cette question, puis de se prononcer sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi¹⁴⁰³. Autrement dit, les décisions qui participent de l'organisation du service public relèvent de la compétence spéciale du juge administratif tandis que celles qui concernent la détermination des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales relèvent de la compétence naturelle – ou encore générale – du juge judiciaire.

397. Divergences passées et convergence retrouvée. Poussée par une autre logique que le juge administratif, celle d'appliquer le Code du travail le plus largement possible, la Cour de cassation avait un temps cherché à retenir sa compétence au prix d'un subterfuge¹⁴⁰⁴, certes habile¹⁴⁰⁵, mais pour le moins hypocrite¹⁴⁰⁶. La Haute autorité judiciaire s'était d'abord fondée sur le principe de faveur puis s'était contentée d'éluder purement et simplement toute référence à l'acte réglementaire en cause pour appliquer directement une disposition législative du Code du travail, recentrant ainsi subtilement le débat sur l'applicabilité de principe du Code du travail¹⁴⁰⁷. Le raisonnement de la Cour de cassation était alors le suivant : ou bien les juges du fond opéraient une comparaison entre les dispositions réglementaires et celles du Code du travail pour conclure à l'illicéité des premières et ils encourageaient la censure

¹⁴⁰² Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-26.604, *Bull.*, V, n° 32, *D.*, 2013, p. 1770, obs. S. MARIETTE.

¹⁴⁰³ Sous réserve des assouplissements résultant de la jurisprudence *SCEA du Chéneau*, voir *infra*, section 2.

¹⁴⁰⁴ Ch. GARBAR, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1994, spéc. pp. 268 et s.

¹⁴⁰⁵ J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises à statut*, LGDJ, 1994, spéc. pp. 409 et s.

¹⁴⁰⁶ Ch. RADÉ, « L'office du juge et l'acte réglementaire illégal : pour en finir avec une certaine hypocrisie », *Dr. soc.*, 2003, p. 459.

¹⁴⁰⁷ Voir not. Cass. soc., 5 décembre 1979, *Zito*, *Bull.* n° 939 ; Cass. soc., 10 juillet 1984, *SNCF c/ Grostin*, n° 82-41.229, *Bull.*, V, n° 313, Cass. soc., 30 juin 1988, n° 84-41.323, *Bull.*, V, n° 402 ; Cass. soc., 19 juin 1991, *Marie*, n° 87-44.092, *Bull.*, V, n° 307 ; Cass. soc., 11 mai 1993, *Rousson*, n° 88-43.743, *Dr. ouvr.*, 1993, p. 348, note F. SARAMITO, *Dr. soc.*, 1993, p. 953, obs. J. CHORIN ; Cass. soc., 17 juillet 1996, n° 95-41.313, *Bull.*, V, n° 297, *Dr. soc.*, 1996, p. 1049, concl. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; Cass. soc., 17 décembre 1997, *SNCF c/ Mme Buet*, n° 95-40.816, *Bull.*, V, n° 451.

de la Haute juridiction pour violation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ; ou bien les juges du fond décidaient de faire directement application des règles du Code du travail, sans se référer aux dispositions statutaires, et dans ce cas, évitaient la censure, au nom de l'applicabilité de principe du Code du travail¹⁴⁰⁸.

La Cour de cassation s'est progressivement rangée à une interprétation plus orthodoxe de la séparation des autorités¹⁴⁰⁹. Dans un arrêt du 29 janvier 2003¹⁴¹⁰, elle a censuré au visa de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III un conseil de prud'hommes qui avait jugé illégal car discriminatoire le calcul des primes litigieuses conforme aux dispositions du règlement PS2 [aujourd'hui appelé Référentiel RH 0372] applicable au personnel de la SNCF qui ne prévoyait pas pour toutes les catégories d'absences les mêmes restrictions d'attribution de la prime de fin d'année. La Cour de cassation a conclu à l'incompétence de la juridiction judiciaire et à la compétence exclusive de la juridiction administrative pour apprécier la légalité du règlement PS2 de la SNCF. On observera cependant que le lien entre l'organisation du service public et l'attribution de prime de fin d'année n'est pas des plus évidents.

398. *Un critère de répartition des compétences juridictionnelles source de complexité.*

L'abondance de la jurisprudence rendue en la matière montre qu'il peut être difficile de distinguer l'acte tenant à l'organisation du service public, relevant de la compétence du juge administratif, de l'acte tenant aux conditions d'emploi ou de travail du personnel, relevant de la compétence du juge judiciaire.

399. Les contentieux auxquels est confrontée la société La Poste, société anonyme de droit privé employant à la fois des salariés et des agents publics, sont topiques de cette complexité. En effet, la quatrième partie du Code du travail [relative à la santé et à la sécurité au travail] s'applique à l'ensemble du personnel de La Poste, sous réserve des adaptations, précisées par un décret pris en Conseil d'État, tenant compte des dispositions particulières relatives aux fonctionnaires et à l'emploi des agents contractuels¹⁴¹¹. Si le juge judiciaire a une compétence

¹⁴⁰⁸ Ch. RADÉ, « L'office du juge et l'acte réglementaire illégal : pour en finir avec une certaine hypocrisie », *Dr. soc.*, 2003, p. 459.

¹⁴⁰⁹ Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40678, *Bull.*, V, n° 94 ; Cass. soc., 2 mai 2000, *Bull.*, V, n° 162.

¹⁴¹⁰ Cass. soc., 29 janvier 2003, *SNCF c/ M. Christian Aguila*, n° 00-42.732, *Bull.*, V, n° 32.

¹⁴¹¹ Article 31-3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service de La Poste et à France Télécom ; article 1^{er} du décret n° 2011-619 du 31 mai 2011 relatif à la santé et à la sécurité au travail à La Poste.

générale en la matière¹⁴¹², le juge administratif a quant à lui compétence pour contrôler la légalité des instructions prises par la direction de La Poste portant création des CHSCT¹⁴¹³.

Ainsi, par une décision du 26 décembre 2012¹⁴¹⁴, le Conseil d'État a déclaré illégales plusieurs dispositions de l'instruction du 5 octobre 2011 portant sur organisation, composition, attributions et fonctionnement des CHSCT au sein de La Poste. Ces dispositions ont été jugées contraires « *aux exigences qui découlent du principe de représentativité, principe général du droit applicable à l'ensemble des relations collectives du travail* » en ce qu'elles excluaient « *la prise en compte des effectifs des établissements dotés d'un CHSCT pour la représentation des organisations syndicales dans les CHSCT des services de niveau opérationnel de déconcentration auxquels ces établissements sont rattachés* ».

Le lien entre le contenu de l'instruction de La Poste portant création des CHSCT et l'organisation du service public apparaît toutefois ténu. En effet, on rappellera que le CHSCT a pour mission de « *contribuer à la prévention et la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs* » ainsi qu'à « *l'amélioration des conditions de travail* »¹⁴¹⁵. Il exerce pour cela diverses prérogatives au sein de l'entreprise ou de l'établissement¹⁴¹⁶. On s'étonne alors que l'instruction prise par la direction de La Poste aux fins de mettre en place les CHSCT soit qualifiée d'actes de nature réglementaire touchant à l'organisation du service public dont l'appréciation de la légalité revient à la juridiction administrative¹⁴¹⁷. Il en résulte alors que les impératifs de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs participent directement de la mission de service public de distribution du courrier confiée à La Poste, dont seul le juge administratif serait à même de connaître.

Or, c'est bien au juge judiciaire qu'il revient ensuite de tirer les conséquences de la création d'un CHSCT au sein de La Poste. C'est ainsi que les contestations relatives à la délégation des représentants du personnel du CHSCT relèvent de la compétence du juge judiciaire en

¹⁴¹² Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 12-15.135, *Bull.*, V, n° 324.

¹⁴¹³ Le président directeur général de La Poste a créé par une décision du 7 octobre 2011 des comités d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) dans les établissements occupant au moins 150 personnes puis, dans un délai de 6 mois à compter du 16 novembre 2011, dans les établissements occupant au moins 100 personnes, ainsi que dans les services dotés de comités techniques, c'est-à-dire, en vertu de l'article 4 du décret du 7 septembre 2011 relatif aux comités techniques de La Poste, dans chaque service constituant un niveau opérationnel déconcentré de l'entreprise.

¹⁴¹⁴ CE, 26 décembre 2012, *Fédération SUD-PTT*, n° 355618.

¹⁴¹⁵ Article L. 4612-1 du Code du travail.

¹⁴¹⁶ Articles L. 4612-8-1 et suivants du Code du travail.

¹⁴¹⁷ CE, 26 décembre 2012, *Fédération SUD-PTT*, n° 355618.

application de l'article L. 4613-3 du Code du travail¹⁴¹⁸, peu important que le juge administratif ait, par une décision ultérieure, statué sur la légalité de l'instruction portant création des CHSCT¹⁴¹⁹.

En conséquence, il a été jugé qu'il revient au juge judiciaire de connaître du litige relatif à la décision par laquelle a été créé le CHSCT de la direction commerciale bancaire des services financiers de La Poste et ont été fixées la liste des organisations syndicales représentatives de l'ensemble du personnel habilitées à désigner leurs représentants ainsi que la répartition des sièges au sein de ce comité¹⁴²⁰. Cela n'empêche pas pour autant le juge judiciaire d'appliquer les dispositions décrétales spécifiques à La Poste, dérogeant au droit commun, pour déterminer la répartition des sièges en cas de présentation d'une liste commune par des organisations syndicales¹⁴²¹.

En définitive, l'intervention d'une dualité de juridictions, au moyen d'une clé de répartition des compétences particulièrement subtile, complexifie les procédures contentieuses dans une proportion que n'imposaient pas, à notre sens, les nécessités du service public dont La Poste est en charge. Une répartition par blocs de compétence déterminée par voie législative aurait ici été préférable.

400. Cette même complexité se retrouve s'agissant des mesures de réorganisation prises par la direction de l'entreprise à statut et qui justifient que soit préalablement menée une procédure de consultation des institutions représentatives du personnel. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation juge que « *si le juge de l'ordre administratif est compétent pour trancher un litige relatif à une procédure de consultation préalable des institutions représentatives du personnel lorsqu'est en cause une décision relative à l'organisation du service public assuré par un établissement public à caractère industriel ou par une société de droit privé, le juge judiciaire*

¹⁴¹⁸ En effet, le décret n° 2011-619 du 31 mai 2011 relatif à la santé et à la sécurité au travail à La Poste ne comporte aucune disposition dérogeant au principe posé par l'article L. 4613-3 du Code du travail selon lequel « *les contestations relatives à la délégation des représentants du personnel au comité sont de la compétence du juge judiciaire* ».

¹⁴¹⁹ Cass. soc., 9 avril 2014, n° 13-20.196, *Bull.*, V, n° 102. Voir également, Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 12-15.135, *Bull.*, V, n° 324.

¹⁴²⁰ CE, 23 juillet 2014, *Fédération syndicale des activités postales et de télécommunication*, n° 374275.

¹⁴²¹ Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 12-15.135, *Bull.*, V, n° 324 : « *En cas de présentation d'une liste commune par des organisations syndicales au sein de La Poste, c'est au vu du résultat obtenu par cette liste qu'il convient de déterminer le nombre de représentants du personnel que ce regroupement syndical peut désigner au sein du CHSCT.* »

*est, en revanche, compétent pour trancher un tel litige lorsque la décision de réorganisation ne tend pas à affecter directement le service public concerné »*¹⁴²².

Ici encore, l'acte d'organisation du service public constitue le critère de répartition des compétences juridictionnelles, ce qui ne va pas sans poser de difficultés s'agissant de l'information-consultation du CHSCT ou, selon les entreprises, du Comité social et économique¹⁴²³. En effet, on sait que l'employeur est tenu de consulter cette dernière avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail¹⁴²⁴. Ainsi, si les conditions de mise en œuvre d'une procédure d'information-consultation sont remplies, cela implique nécessairement que le projet de réorganisation a une certaine importance et affecte les conditions de travail d'une manière non négligeable. Comment alors ce projet de réorganisation pourrait-il ne pas, dans le même temps, affecter l'organisation du service public ?

Par un arrêt du 5 janvier 2011¹⁴²⁵, la Cour de cassation a retenu que la décision de réorganisation du service public de l'emploi découlant de la création de l'établissement Pôle emploi relevait de la compétence de la juridiction administrative. Dans cette affaire, la cour d'appel avait retenu sa compétence et ordonné la suspension de tout engagement de travaux, d'affectation du personnel ou de toute ouverture d'un site mixte jusqu'à l'achèvement de la procédure de consultation prévue par le Code du travail, aux motifs que ces actes constituaient *« des actes de simple gestion, distincts par nature de décision structurelle d'organisation du service public dont ils assurent la mise en œuvre »*. Au contraire, la Cour de cassation a censuré ce raisonnement aux motifs que *« la définition des principes généraux d'ouverture des sites mixtes, les décisions d'engagement des travaux, de mouvement de personnel et d'ouverture des sites mixtes qui s'inscrivent dans le processus de réorganisation du service public de l'emploi consécutif à la création de Pôle emploi, en vue d'assurer les services d'indemnisation et de placement des demandeurs d'emploi, constituent des décisions structurelles d'organisation du service public et que l'information et la consultation du comité d'établissement et du CHSCT de Pôle emploi Île-de-France constituent des actes préparatoires qui conditionnent la régularité de ces décisions »*¹⁴²⁶.

¹⁴²² Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-17.196, *Bull.*, V, n° 187 ; Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-12.098.

¹⁴²³ Sur l'application ou l'applicabilité de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 aux entreprises du secteur public, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁴²⁴ Article L. 2312-8 du Code du travail.

¹⁴²⁵ Dont le personnel est majoritairement composé de salariés de droit privé.

¹⁴²⁶ Cass. soc., 5 janvier 2011, n° 10-21.445, *Bull.*, V, n° 5.

Autrement dit, les décisions prises par Pôle emploi relatives à la mise en place de sites en vue d'assurer les services d'indemnisation et de placement des demandeurs d'emploi ne sont pas détachables du processus de réorganisation du service public de l'emploi consécutif à la création de l'établissement public Pôle emploi. Il en résulte que les procédures d'information-consultation préalables des institutions représentatives du personnel doivent s'analyser comme des « *actes préparatoires* » à la bonne organisation du service public qui, de ce fait, échappent à la compétence du juge judiciaire. Pris en ce sens, le critère de répartition des compétences juridictionnelles tenant à l'acte d'organisation du service public apparaît extrêmement englobant.

À l'inverse, par un arrêt du 10 juillet 2013¹⁴²⁷, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant retenu sa compétence après avoir relevé que la société RTE EDF Transport n'avait pas démontré que la décision en cause entraînait une modification de l'organisation du service public et après avoir constaté, en procédant à l'examen du projet, qu'il ne portait que sur le « *fonctionnement interne* » de ce service, sans que les modifications envisagées, qui avaient trait à une réorganisation de certaines tâches, eussent une incidence sur la distribution et le transport de l'énergie, non plus que sur la situation des clients. En conséquence, la réorganisation des activités de contrôle commande ne constituait pas « *directement* », « *par son objet* », une mesure d'organisation du service public de la distribution d'électricité, « *peu important que les salariés [...] soient affectés à l'exécution d'une mission de service public* ». On en déduit que la réorganisation du « *fonctionnement interne* » de l'entreprise ne présente pas, en soi, de lien direct avec l'organisation du service public.

La mise en parallèle de ces deux arrêts montre qu'il peut être difficile de qualifier les actes matériels pris en application d'une décision tenant à la réorganisation de l'entreprise. Il apparaît que si l'objet de la mesure détermine la compétence juridictionnelle, les effets de cette mesure doivent également être pris en compte. Autrement dit, pour être qualifié de mesure d'organisation du service public dont la légalité est appréciée par le juge administratif, l'acte en cause doit emporter des conséquences non négligeables sur le fonctionnement concret du service public en cause et/ou sur la situation des usagers. Dans le cas contraire, ou si l'acte se borne à emporter des conséquences sur les conditions de travail et d'emploi des salariés, alors sa contestation devra être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

¹⁴²⁷ Cass. soc. , 10 juillet 2013, n° 12-17.196, *Bull.*, V, n° 187.

401. La détermination de l'organe dirigeant habilité à édicter un acte d'organisation du service public. On peut avoir quelques réticences à admettre que n'importe quelle autorité locale de l'entreprise soit habilitée à édicter des actes réglementaires destinés à organiser le service public. C'est pourquoi Jacky CHORIN, critiquant le caractère excessif de la qualification d'acte réglementaire accordée à des actes qui seraient pris par l'organe dirigeant d'un simple établissement de l'entreprise, proposait de limiter le périmètre de « *l'organisation du service public* » aux seules mesures prises au niveau national, par les organes dirigeants de l'entreprise¹⁴²⁸.

Une telle distinction omet toutefois le caractère fonctionnel du critère de l'organisation du service public, qui impose de se référer à l'objet de l'acte pour déterminer s'il affecte ou non le fonctionnement du service public. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle sont indifférentes tant la nature juridique publique ou privée des contrats de travail liant l'employeur à son personnel¹⁴²⁹ que celle de l'employeur chargé du service public¹⁴³⁰. On rappellera, en effet, qu'il est admis de longue date qu'une personne privée puisse édicter des actes réglementaires relatifs à l'organisation de la mission de service public qui lui est confiée¹⁴³¹. La transformation récente de plusieurs entreprises publiques à statut réglementaire du personnel en sociétés anonymes de droit privé n'est donc pas nature à rendre obsolète le critère de répartition des compétences juridictionnelles tenant à l'organisation du service.

De même, la sphère géographique de compétence de l'auteur de l'acte d'organisation du service public ne doit pas non plus être prise en compte au stade de la détermination de l'ordre

¹⁴²⁸ J. CHORIN, « Débats », in *Droit du travail et droit de la fonction publique*, Actes du colloque inaugural du 12 janvier 2014, Les rencontres sociales de la Sorbonne, *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 3340, suppl. p. 59. Voir également du même auteur, « La grève dans les services publics, Quelques questions d'actualité », *Dr. soc.*, 2003, 567, spéc. p. 580.

¹⁴²⁹ TC, 17 octobre 2011, C-3822, Publié au *Recueil Lebon*, relatif à l'EPA Pôle emploi composé majoritairement de salariés engagés par contrat de travail de droit privé.

¹⁴³⁰ TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c/ Époux Barbier*, n° 01908, *Lebon* : « Considérant que si la *Compagnie nationale Air France*, chargée de l'exploitation de transports aériens, est une société anonyme c'est-à-dire une personne morale de droit privé, et si, par suite, il n'appartient qu'aux tribunaux de l'ordre judiciaire de se prononcer au fond sur les litiges individuels concernant les agents non fonctionnaires de cet établissement, les juridictions administratives demeurent, en revanche, compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du Conseil d'administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif. » Dans le même sens, TC, 26 octobre 1981, *SNCF c/ Grostin*, *Lebon*, p. 656 : le statut des relations collectives entre la SNCF, société d'économie mixte de droit privé à l'époque, et son personnel touche à l'organisation du service public et possède ainsi le caractère d'acte réglementaire relevant de la juridiction administrative.

¹⁴³¹ S'agissant d'un service public administratif : CE, ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Lebon*, p. 239. S'agissant d'un service public industriel et commercial : TC, 26 octobre 1981, *Grostin*, *Lebon*, p. 656 ; égal., Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 12-17.196, *Bull.*, V, n° 187.

juridictionnel compétent. En effet, ce n'est qu'au stade de l'appréciation de la légalité de la mesure d'organisation du service public par le juge administratif que le grief tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte doit éventuellement être soulevé¹⁴³². En tout état de cause, ce contrôle ne saurait en principe appartenir au juge judiciaire puisqu'il s'agit là d'une voie de contestation de l'acte réglementaire en lui-même.

402. Une complexité intrinsèque à l'entreprise à statut réglementaire du personnel. La complexité engendrée par le dualisme juridictionnel en la matière tient finalement plus au particularisme des entreprises à statut elles-mêmes qu'au critère de répartition des compétences juridictionnelles tenant à l'organisation du service public. En effet, dans les entreprises concernées, le statut réglementaire du personnel a été mis en place par la puissance publique dans l'objectif affiché d'intégrer la gestion du personnel et des conditions d'emploi à la réalisation de la mission de service public, et ce dans le but de garantir la paix sociale et d'assurer le bon fonctionnement du service public¹⁴³³. C'est pourquoi les actes touchant à l'organisation du service public et les actes relevant des conditions d'emploi ou de travail ne peuvent qu'être intrinsèquement liés.

En ce sens, toute appréciation restrictive de l'« *acte d'organisation du service public* », telle que l'appelait de ses vœux Jacky CHORIN¹⁴³⁴, qui ferait basculer une grande partie des notes et circulaires prises par la direction des entreprises à statut dans la catégorie « *conditions d'emploi et de travail* », ne pourrait échapper à une réflexion plus globale sur la pertinence même du maintien d'un tel statut réglementaire du personnel au sein des entreprises concernées. À défaut d'une telle réflexion, l'instauration d'un dialogue des juges, portant tant sur la compétence que sur le fond du litige, pourrait permettre de dépasser cette complexité inhérente à l'entreprise à statut.

¹⁴³² En contentieux administratif, ce grief tenant à l'illégalité externe d'un acte administratif vise à sanctionner la violation par l'auteur de l'acte des différentes règles de distribution des compétences à l'intérieur de l'administration ou entre celle-ci et d'autres organes. Sont mises en cause traditionnellement trois types d'incompétence : *rationae materiae*, *rationae loci* et *rationae temporis* (cf. P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Domat, LGDJ, 11^{ème} éd., n° 985, pp. 623-624).

¹⁴³³ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

¹⁴³⁴ J. CHORIN, « Point de vue d'un représentant syndical », *Cycle d'étude Droit du travail et Droit de la fonction publique*, le 26 septembre 2014 à l'Université d'Avignon organisé dans le cadre des Rencontres sociales de la Sorbonne.

§ 2. Le développement d'un dialogue des juges

403. Le dualisme juridictionnel procède de l'idée selon laquelle chaque domaine du droit, privé ou public, obéit à des règles spécifiques et des logiques différentes¹⁴³⁵. Toutefois, les exigences de bonne administration de la justice nécessitent des juges, outre une coopération de nature à établir un partage cohérent des compétences juridictionnelles et limiter les renvois préjudiciels (A), une véritable convergence de nature à assurer une application uniforme des concepts juridiques transitant entre les deux ordres de juridiction (B).

A) La recherche d'une simplification du partage de compétences entre les deux ordres de juridiction

404. Par la décision *Septfonds* du 16 juin 1923¹⁴³⁶, le Tribunal des conflits a reconnu au juge administratif une compétence exclusive pour connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des actes administratifs, ce dont il résulte qu'en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un tel acte, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative (1°). Les exigences de bonne administration de la justice ont toutefois incité le Tribunal des conflits à tempérer ce principe. Depuis la décision *SCEA du Chéneau* du 17 octobre 2011¹⁴³⁷, le juge saisi d'une contestation à titre incident peut s'abstenir d'opérer un renvoi préjudiciel lorsqu'existe en la matière une jurisprudence établie de l'autre ordre (2°). En outre, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, le juge civil peut contrôler, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, et l'écarter en cas de non-conformité. Lorsque se présente une difficulté sérieuse d'interprétation, le juge civil peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, sans avoir à saisir au préalable le juge administratif (3°).

¹⁴³⁵ J.-M. SAUVÉ, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », Discours prononcé le 21 juillet 2017 à l'École Nationale de la Magistrature, disponible sur le site internet du Conseil d'État.

¹⁴³⁶ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732, *Lebon*, 1923, III, p. 49, note HAURIOU, *Dalloz* 1924.3.41, concl. MATTER.

¹⁴³⁷ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n° 11-03.828, *Bull.*, TC, n° 24.

1°) La répartition classique des compétences issue de la décision *Septfonds*

405. La compétence exclusive du juge administratif pour apprécier la légalité des actes administratifs. Depuis l'arrêt *Septfonds*¹⁴³⁸, le contentieux de la légalité des actes administratifs relève de la *seule* compétence du juge administratif¹⁴³⁹. En conséquence, le juge civil saisi au principal d'un litige dont la solution dépend de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif doit poser une question préjudicielle au juge administratif et surseoir à statuer jusqu'à ce que celui-ci se prononce. Le juge judiciaire est toutefois compétent pour *interpréter* les actes réglementaires¹⁴⁴⁰, notamment pour en déterminer les modalités d'application dans le temps¹⁴⁴¹, une difficulté d'interprétation, même sérieuse, ne donnant jamais lieu à question préjudicielle¹⁴⁴². Le juge pénal dispose quant à lui d'une plénitude de juridiction qui lui impose de contrôler la légalité des actes réglementaires assortis de sanctions pénales¹⁴⁴³.

Pour faire l'objet d'une question préjudicielle, l'interrogation doit être nécessaire et pertinente, c'est-à-dire de nature à influencer sur la solution du litige, et sérieuse, c'est-à-dire soulevant une difficulté « *de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* » pour reprendre la célèbre formule de LAFERRIÈRE. Paradoxalement, ce critère implique nécessairement que le juge saisi au principal porte un jugement sur une question sur laquelle il vient pourtant de se déclarer incompétent. En outre, si les renvois préjudiciels tiennent « *au souci d'éviter à un juge de se prononcer sur des questions qu'il ne pratique pas habituellement, en un mot à la volonté d'attribuer le règlement des difficultés à leur juge*

¹⁴³⁸ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732, *Lebon*, 1923, III, p. 49, note HAURIOU, *Dalloz* 1924.3.41, concl. MATTER.

¹⁴³⁹ Ce noyau dur de la compétence du juge administratif a par ailleurs acquis valeur constitutionnelle (Conseil constit., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-284, DC).

¹⁴⁴⁰ TC, 16 juin 1923 ; *Septfonds*, *Lebon*, 1923, III, p. 49, note HAURIOU, *D.* 1924.3.41, concl. MATTER.

¹⁴⁴¹ TC, 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres*, n° C 3841, publié au *Lebon* ; *AJDA*, 2012.27.

¹⁴⁴² Cette solution s'explique au regard de l'article 4 du Code civil selon lequel le juge judiciaire a l'obligation d'interpréter la loi, dont l'éventuelle obscurité n'autorise pas le juge à refuser de statuer. Cette obligation s'impose également au juge s'agissant des actes réglementaires car ces derniers sont considérés, du fait de leur généralité, comme de véritables lois matérielles (G. VEDEL, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (de la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*. 1948. I. n° 682).

¹⁴⁴³ D'abord reconnue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass., crim., 3 août 1810, *Journal des audiences de la Cour de cassation*, année 1810, 1^{ère} partie, p. 38, concl. MERLIN ; Cass., crim., 4 mai 1810, *Bull. crim.*, n° 62, p. 119), l'obligation d'interpréter et de contrôler la légalité des actes administratifs réglementaires incombant au juge répressif a été reconnue par le Tribunal des conflits en 1951 (TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, n° 01187) et légalisée en 1994 à l'article L. 111-5 du Code pénal. En revanche, le contrôle des actes individuels et des contrats administratifs relève exclusivement de la compétence du juge administratif.

naturel »¹⁴⁴⁴, ils allongent nécessairement les coûts et les délais de procédure pour le justiciable¹⁴⁴⁵. C'est pourquoi le Tribunal des conflits affiche désormais le souci de rationaliser la répartition des compétences juridictionnelles, renonçant aux « *découpages trop subtils* » au profit d'une « *répartition par blocs de compétence* » permettant aux justiciables de trouver aisément leur juge, lequel devant autant que possible disposer d'une plénitude de compétence¹⁴⁴⁶.

Par la décision *SCEA du Chêneau*, le Tribunal des conflits a dégagé successivement une « *atténuation* » (2°) et une « *exception* »¹⁴⁴⁷ (3°) au principe selon lequel le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif.

2°) La plénitude de compétence accordée au juge saisi au principal en cas de jurisprudence établie de l'autre ordre

406. L'exigence de bonne administration de la justice et le droit de tout justiciable à être jugé dans un délai raisonnable. Il résulte de la décision *SCEA du Chêneau* rendue par le Tribunal des conflits le 17 octobre 2011¹⁴⁴⁸ que la compétence exclusive de la juridiction administrative pour connaître, par voie d'action ou par voie d'exception, du contentieux relatif à l'annulation et à la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique doit être conciliée avec « *l'exigence de bonne administration de la justice [et] les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable* ».

Cette modernisation de la jurisprudence *Septfonds* vise incontestablement à limiter le recours aux questions préjudicielles entre les deux ordres de juridiction. Ce n'est que dans l'hypothèse

¹⁴⁴⁴ C. LANDAIS, concl. sur CE, section, 23 mars 2012, *Fédérations SUD Santé sociaux*, n° 331805, *RFDA*, 2012, p. 429.

¹⁴⁴⁵ En 1923, M. HAURIOU envisageait déjà la suppression graduelle des questions préjudicielles, entraînant des complications inutiles : « *Les questions préjudicielles, grandes complications des procédures, doivent être évitées autant que possible dans l'intérêt des plaideurs* » (*Lebon*, 1923, III, p. 49).

¹⁴⁴⁶ J. ARRIGHI DE CASANOVA « Entretien avec le vice-président du Tribunal des conflits », *JCP G*, 2014, n° 13, p. 598.

¹⁴⁴⁷ Selon les termes employés par le communiqué officiel du Tribunal des conflits : « *Le Tribunal des conflits retient, successivement, une atténuation du principe et une exception au principe* » (comm. arrêt n° 3828-3829).

¹⁴⁴⁸ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau et autres*, n° C 3828, publié au *Lebon*, au rapport du Président ARRIGHI DE CASANOVA ; *AJDA*, 2012, p. 27, chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; *AJDA*, 2011, p. 2041 ; *AJDA*, 2012, p. 244, obs. N. FRICERO ; *RFDA*, 2011, p. 1122, concl. J.-D. SARCELET ; *AJDA*, p. 1129, note B. SEILLER ; *AJDA*, p. 1136, note A. ROBLLOT-TROIZIER ; *AJDA*, 2012, p. 339, étude J.-L. MESTRE ; *RTD civ.*, 2011, p. 735, obs. P. RÉMY-CORLAY.

où le juge judiciaire se trouve face à une « *contestation sérieuse* » que l'illégalité de l'acte apparaît « *clairement* » et qu'il n'existe pas de jurisprudence établie au sein de l'ordre administratif, qu'un renvoi préjudiciel devra être opéré.

407. L'appréciation par le juge judiciaire de l'illégalité manifeste d'un acte administratif.

Le Tribunal des conflits a posé le principe selon lequel « *si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* »¹⁴⁴⁹. Le Tribunal des conflits a affiné son raisonnement par l'arrêt *Société Green Yellow* du 12 décembre 2011¹⁴⁵⁰, dont il résulte cette fois que « *si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* ». La substitution de l'adverbe « *manifestement* » par l'adverbe « *clairement* » apporte un degré d'exigence moindre, de nature à étendre encore davantage la compétence du juge judiciaire. Par ailleurs, l'ajout de l'adverbe « *notamment* » devant la locution « *au vu d'une jurisprudence établie* », laisse la porte ouverte à d'autres hypothèses de nature à accroître la compétence du juge saisi au principal.

En tout état de cause, le juge judiciaire ne saurait se fonder sur une jurisprudence établie de l'ordre administratif pour annuler directement un acte réglementaire ou faire prévaloir une règle de droit privé. Récemment, la Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi renvoyé au Conseil d'État une question préjudicielle tenant à l'appréciation de la légalité de l'article 149 du Statut de la RATP après avoir relevé que « *si la chambre jugeait que le statut des agents de la RATP est moins favorable que celui des salariés de droit commun, se poserait la question de l'appréciation de la légalité de ce statut en ce qu'il permet la rétrogradation des salariés de la RATP sans leur accord* »¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et autres*, n° C 3828, précité.

¹⁴⁵⁰ TC, 12 décembre 2011, *Société Green Yellow et autres*, n° C 3841, publié au *Lebon* ; *AJDA*, 2012, p. 27, chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; *AJDA*, 2011, p. 2503 ; *RFDA*, 2011, p. 1141 et *RFDA*, 2012, p. 401.

¹⁴⁵¹ Cass. soc., 20 avril 2017, n° 15-19.979, publié au *Bulletin*.

Enfin, en visant le « *juge saisi au principal* » et non uniquement le juge judiciaire, le Tribunal des conflits invitait à penser que la solution était transposable, dans les mêmes conditions, au juge administratif devant lequel un requérant contesterait incidemment la validité d'un acte de droit privé¹⁴⁵².

408. L'appréciation par le juge administratif de la légalité d'un acte de droit privé. Depuis l'arrêt *Société anonyme « Le Peignage de Reims »* rendu le 4 mars 1960¹⁴⁵³, le Conseil d'État considérait que « *la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause ; que lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur ladite validité, la juridiction administrative, compétamment saisie d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté ministériel d'extension est, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente la convention collective de travail, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle* ». Le juge administratif tenait d'ailleurs un raisonnement identique dans l'hypothèse plus générale dans laquelle la légalité d'un acte administratif était subordonnée à la validité d'un acte de droit privé¹⁴⁵⁴. Pour autant, cela n'avait pas empêché le Conseil d'État d'annuler un arrêté d'extension d'une convention collective après avoir constaté, sans interroger préalablement le juge judiciaire, le caractère manifestement illégal de l'une de ses dispositions excluant les salariés mis à disposition du corps électoral de l'entreprise utilisatrice¹⁴⁵⁵.

La décision *SCEA du Chêneau* a donc renouvelé la question de la compétence du juge administratif pour apprécier la validité des clauses d'un accord collectif de travail lorsqu'il est saisi d'un acte administratif dont la légalité en dépend. La décision *Fédération SUD Santé sociaux* du 23 mars 2012 a permis au Conseil d'État de saisir les nouvelles opportunités dégagées par le Tribunal des conflits. Après avoir rappelé la substance du nouveau partage de compétence, le juge administratif a précisé que « *dans l'hypothèse où le législateur a prévu que les mesures prises pour l'application de la loi seront définies par un accord collectif conclu entre les partenaires sociaux, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêté ministériel d'extension ou d'agrément, il appartient au juge administratif,*

¹⁴⁵² En ce sens déjà : M. GUYOMAR et X. DOMINO, « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p. 27.

¹⁴⁵³ CE, 4 mars 1960, *Lebon*, p. 168.

¹⁴⁵⁴ CE, section, 15 juillet 1959, *Fédération française de tir*, *Lebon*, p. 441 (à propos de la validité des statuts d'une association reconnue d'utilité publique soulevée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret approuvant ces statuts).

¹⁴⁵⁵ CE, 23 décembre 2010, n° 332493, *Dr. soc.*, 2011, p. 423, concl. C. LANDAIS, *Dr. ouvr.*, 2011, p. 336, obs. M. GRÉVY.

compétemment saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre cet arrêté, de se prononcer lui-même, compte tenu de la nature particulière d'un tel accord, sur les moyens mettant en cause la légalité de ce dernier »¹⁴⁵⁶.

Toutefois, dans ses conclusions sur l'arrêt, le rapporteur public Claire LANDAIS s'interrogeait sur le point de savoir si la solution dégagée récemment dans la décision *SCEA du Chêneau* était transposable aux questions préjudicielles posées par le juge administratif au juge judiciaire et observait que la symétrie n'était pas si évidente. En effet, les questions préjudicielles que les deux ordres s'adressent reposent sur des fondements théoriques significativement distincts¹⁴⁵⁷ puisque ni l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, ni le décret du 16 fructidor an III n'interdisent au juge administratif de statuer sur la validité d'actes de droit privé. Ces textes se bornant à interdire au juge judiciaire de contrôler la légalité des actes administratifs, ils n'ont jamais servi de fondement juridique au renvoi préjudiciel à l'ordre judiciaire, pas plus que ne pouvait l'être l'exception dégagée par le Conseil constitutionnel des « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* »¹⁴⁵⁸ au noyau dur de la compétence de la juridiction administrative (annulation et réformation des actes administratifs)¹⁴⁵⁹. Le juge judiciaire tombe donc sous le coup d'une prohibition légale tandis que le juge administratif s'interdit de lui-même pour des questions de légitimité de s'immiscer dans des affaires relevant de la compétence de l'ordre judiciaire¹⁴⁶⁰. En effet, le rapporteur notait que la juridiction administrative est une juridiction d'attribution dont la création avait pour unique finalité la soustraction de l'action administrative à la compétence des juges ordinaires, ce qui interdit au juge administratif d'étendre sa compétence à des questions outrepassant cette finalité.

¹⁴⁵⁶ CE, 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé sociaux*, n° 331805, concl. C. LANDAIS, *RFDA*, 2012, p. 429.

¹⁴⁵⁷ C. LANDAIS, concl. sur CE, section, 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé sociaux*, n° 331805, *RFDA*, 2012, p. 432.

¹⁴⁵⁸ Selon la doctrine majoritaire, il s'agit du contrôle des actes portant atteinte à la liberté individuelle en application de l'article 66 de la Constitution. S'agissant du contrôle des actes portant atteinte au droit de propriété par le biais d'une voie de fait, la répartition des compétences dégagée par le Tribunal des conflits par l'arrêt *Boussadar* du 23 octobre 2000 a perdu en intérêt depuis que le Conseil d'État a jugé que « *sous réserve que la condition d'urgence soit remplie, il appartient au juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, d'enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale, quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait* » (CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, n° 365262).

¹⁴⁵⁹ Conseil constit., 23 janvier 1987, n° 86-284-DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *RDJ*, 1987.1341, note Y. GAUDEMET ; *RFDA*, 1987.287, obs. B. GENNEVOIS, et 301, obs. L. FAVOREU.

¹⁴⁶⁰ C. LANDAIS, précité, p. 432.

409. L'intérêt renouvelé d'une répartition juridictionnelle par blocs de compétence. La solution retenue par le Tribunal des conflits fait écho à la proposition formulée par J. WALINE de procéder à une ventilation du contentieux selon le système dit des *blocs de compétence*, dans lequel chaque contentieux, selon sa dominante, serait remis à l'un ou l'autre ordre de juridiction, le juge compétent ayant la faculté d'appliquer à l'intérieur du bloc de compétence qui est le sien les règles de droit de l'autre ordre de juridiction, lorsque cela lui paraîtrait nécessaire¹⁴⁶¹. Cette ventilation présente l'intérêt d'éliminer tout renvoi préjudiciel. Toutefois, sa réalisation nécessiterait de rendre commune la formation des magistrats et des conseillers administratifs, qui devraient maîtriser le droit applicable dans chaque ordre. Surtout, une telle neutralisation du dualisme juridictionnel tendrait à priver celui-ci de toute raison d'être. Quel intérêt, en effet, d'avoir deux ordres distincts si chacun d'entre eux dispose des mêmes prérogatives ? À cet égard, la solution dégagée par le Tribunal des conflits présente l'avantage de laisser chaque ordre maître de la production de son droit jurisprudentiel : il ne s'agit pas là pour un ordre juridictionnel d'envahir le territoire de l'autre mais, au contraire, d'adhérer aux solutions de cet ordre en les appliquant telles quelles dans son propre ordre.

410. Les incertitudes liées à la notion de « jurisprudence établie ». Tout risque de contrariété ne saurait toutefois être exclu et de nouvelles incertitudes pourraient survenir, notamment sur le point de savoir ce que recouvre la notion de « *jurisprudence établie* ».

À titre d'exemple, la Cour de cassation a eu l'occasion de mettre en œuvre cette nouvelle clé de répartition dans le cadre du contrôle de la validité d'un contrat administratif. Par un arrêt du 24 avril 2013, la première Chambre civile a ainsi jugé « *que, lorsqu'il est saisi d'une demande de question préjudicielle sur le sens et la légalité des clauses d'un contrat d'affermage des droits de places perçus dans les halles et marchés communaux, le juge judiciaire, seul compétent, en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, pour statuer sur les contestations nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat administratif, a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige* »¹⁴⁶². Or, on peut douter du caractère « établi » de la jurisprudence sur

¹⁴⁶¹ J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 26^{ème} éd. 2016, p. 609, n° 584.

¹⁴⁶² Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 2013, n° 12-18.180, *Bull.*, I, n° 89.

laquelle s'est fondée la première Chambre civile dans la mesure où elle ne reposait que sur une décision du Conseil d'État¹⁴⁶³, alors récente, et qui remettait justement en cause une jurisprudence antérieure particulièrement établie¹⁴⁶⁴.

De même, par décision du 7 mai 2015¹⁴⁶⁵, saisi d'un recours pour excès de pouvoir visant à obtenir l'annulation de l'arrêté ministériel portant extension du titre III de la convention collective de la production cinématographique, le Conseil d'État a accueilli la contestation relative à la validité des différences de traitement opérées entre salariés par la convention collective nationale de la production cinématographique compte tenu du fait qu'« *il résulte d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation qu'une convention collective ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés relevant de la même catégorie professionnelle et placés dans la même situation au regard de l'avantage qu'elle prévoit que si ces différences reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* ». Or, à cette date, le revirement de jurisprudence à venir de la Cour de cassation, aux termes duquel les avantages catégoriels d'origine conventionnelle sont présumés justifiés, de sorte que c'est à celui qui les conteste de prouver qu'ils ne répondent à une aucune considération professionnelle, était déjà perceptible. Ainsi, par trois arrêts du 27 janvier 2015, la Chambre sociale avait déjà jugé que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* »¹⁴⁶⁶. Dans la foulée, la Cour de cassation avait étendu le champ de cette présomption de justification aux différences de traitement opérées par voie conventionnelle entre des salariés appartenant à la même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions distinctes¹⁴⁶⁷.

Ainsi, il faut bien admettre que le renvoi à la notion de « *jurisprudence établie* » pour autoriser le juge saisi au principal à s'abstenir de poser une question préjudicielle au juge compétent omet de prendre en considération le caractère nécessairement évolutif de toute jurisprudence. Pour obtenir gain de cause, la partie qui sollicite un renvoi préjudiciel devrait

¹⁴⁶³ CE, ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers I*, n° 304802, *Lebon*, p. 509, effectivement confirmé par CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers II*, n° 304806, *Lebon*.

¹⁴⁶⁴ Voir B. SELLIER, *Rep. Cont. Adm.*, Dalloz, V° Questions préjudicielles – septembre 2014.

¹⁴⁶⁵ CE, 7 mai 2015, n° 375882, *Lebon*.

¹⁴⁶⁶ Cass. soc., 27 janvier 2015, n° 13-14.773, 13-25.437, 13-22.179, *Bull.*, V, n° 8, 9 et 10.

¹⁴⁶⁷ Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324, publié au *Bulletin* ; Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.444.

donc être en mesure de démontrer l'existence de circonstances de fait ou de droit nouvelles nécessitant un nouvel examen par le juge de l'autre ordre.

3°) La plénitude de compétence accordée au juge saisi au principal en cas de contradiction avec le droit de l'Union européenne

411. La compétence du juge judiciaire pour contrôler la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, le cas échéant après avoir opéré un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. Par la décision *SCEA du Chéneau*¹⁴⁶⁸, le Tribunal des conflits a apporté une exception à la jurisprudence *Septfonds* en cas de non-conformité de l'acte administratif avec le droit de l'Union européenne. Par dérogation à la compétence exclusive de la juridiction administrative, il a ainsi posé le principe selon lequel « *s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* ».

Autrement dit, lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit de l'Union, le juge interne doit être en mesure d'accomplir pleinement son office, sans avoir à poser de question préjudicielle à l'autre ordre juridictionnel. Il en résulte que le juge civil peut contrôler, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, et l'écarter en cas de non-conformité. Lorsque se présente une difficulté sérieuse, le juge civil peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, sans avoir à saisir au préalable le juge administratif. Il s'agit là de mettre fin aux « *questions préjudicielles au*

¹⁴⁶⁸ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n° 11-03.828, *Bull.*, TC, n° 24.

carré »¹⁴⁶⁹ inutiles par lesquelles le juge judiciaire devait inviter les parties à saisir d'une question préjudicielle le juge administratif, ce dernier saisissant à son tour la Cour de justice de l'Union européenne de cette question.

Il ne s'agit pas pour autant de transférer au juge judiciaire le contentieux de l'annulation et de la réformation des actes administratifs. Ce dernier ne peut qu'écarter l'application d'un acte administratif contraire au droit de l'Union, sans pouvoir l'annuler ou le réformer. Certes, il s'agit bien là d'un contrôle détourné, voire déguisé, de la légalité des actes administratifs. Mais dans la mesure où le juge judiciaire était déjà compétent pour contrôler la conventionnalité des lois au droit de l'Union, sans doute devenait-il difficilement compréhensible de lui refuser celui des actes administratifs, lesquels sont d'un rang inférieur au sein de la hiérarchie des normes¹⁴⁷⁰.

Le Tribunal des conflits s'est ainsi rallié à la position de la Cour de cassation qui, depuis l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*¹⁴⁷¹, avait maintes fois reconnu aux juridictions civiles du fond la compétence pour écarter par voie d'exception un acte réglementaire contraire au droit de l'Union¹⁴⁷². Ce faisant, la Cour de cassation distinguait artificiellement entre contrôle de légalité et contrôle de conventionnalité¹⁴⁷³, le premier conduisant à l'annulation de l'acte et à sa disparition de l'ordonnement juridique tandis que le second permet au juge de trancher le conflit de normes en écartant du litige l'acte administratif contraire tout en le laissant subsister¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁹ Selon les termes du Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2013 (Livre 4, Jurisprudence de la cour ; Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international, comm. sous Cass. soc., 30 septembre 2013, n° 12-14.752 et n° 12-14.964, *Bull.*, 2013, V, n° 222).

¹⁴⁷⁰ B. SEILLER, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011. 1129.

¹⁴⁷¹ Cass. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556, *Bull. civ.*, 1975, n° 4.

¹⁴⁷² V. not. Cass. soc., 18 décembre 2007, *RATP c/ Somazzi*, n° 06-45.132, *Bull.*, V, n° 215 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, n° 06-20.563, *Bull.*, II, n° 273 (fondé plus généralement sur l'article 55 de la Constitution alors qu'il s'agissait d'apprécier la compatibilité d'une disposition du statut de la RATP avec les dispositions de l'article 141 du Traité CE) ; Cass. com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication média services*, n° 94-13.347, *Bull.*, IV, n° 125.

¹⁴⁷³ Voir notamment la thèse de « l'application préférentielle » développée par le Procureur général TOUFFAIT dans ses conclusions sur l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*, *D.*, 1975, p. 497. Le contrôle de conventionnalité ne serait qu'un simple contrôle de l'applicabilité dans la mesure où lorsque le juge ordinaire applique un traité au détriment d'une loi, il se borne à choisir entre deux normes de rang hiérarchique différent en application de la règle de conflit posée à l'article 55 de la Constitution.

¹⁴⁷⁴ F. ROLIN, « De l'utilisation abusive du déclinaoire de compétence pour échapper à la censure de l'ordonnance sur le contrat "nouvelles embauches" », *D.*, 2006, chron. 2265 ; D. JACOTOT, note sous Cass. soc., 18 décembre 2007, *RATP c/ Somazzi*, *JCP*, 2008, II, 10023. Pour une critique de cette distinction, X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA*, 2008, p. 499.

Cet artifice avait d'ailleurs été largement débattu. Si pour certains, la position de la Cour de cassation était justifiée par le principe de primauté du droit de l'Union¹⁴⁷⁵, la doctrine publiciste invoquait à juste titre l'autonomie institutionnelle et procédurale reconnue aux États membres, de sorte que le juge civil ne pouvait se prévaloir du principe de primauté du droit de l'Union pour déroger au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire¹⁴⁷⁶. Par le passé, le Tribunal des conflits¹⁴⁷⁷ avait d'ailleurs implicitement rappelé la Cour de cassation à une application orthodoxe du principe de séparation des autorités judiciaire et administrative en réaffirmant la compétence exclusive du juge administratif pour se prononcer sur la validité des actes administratifs indifféremment de la nature de la norme au regard de laquelle ils sont contestés.

412. C'est désormais chose faite, comme l'illustrent deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 8 février 2012¹⁴⁷⁸. Dans ces affaires, des salariés d'ERDF/GRDF avaient demandé en référé le versement de provisions correspondant à l'évaluation du coût des frais dépensés par eux en raison du nettoyage des vêtements de travail antérieurement au 3 novembre 2008. En effet, jusqu'à une note du 3 novembre 2008 émanant de la direction de ces entreprises, les frais de nettoyage des vêtements de travail fournis par l'entreprise aux salariés étaient mis à la charge des salariés en application d'une circulaire PERS 618 complétée par une circulaire 633. Dans une série d'arrêts rendus le 2 décembre 2010¹⁴⁷⁹, la Cour d'appel de Paris avait estimé, pour faire droit aux demandes des salariés, que la demande des salariés ne tendait pas « à remettre en cause la légalité de la circulaire PERS 633, non plus que celle de la note du 3 novembre 2008 », mais à bénéficier de la loi la plus favorable, c'est-à-dire l'article L. 4122-2 du Code du travail transposant la directive européenne n° 89/CEE/391. Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation aux vises de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. La Chambre sociale a ici considéré que l'appréciation de la légalité des dispositions réglementaires susvisées nécessitait que « soit posée la question de l'appréciation de la légalité des textes

¹⁴⁷⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. C-106/77. Voir not. A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *Mélanges J. BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 1, spéc. p. 3.

¹⁴⁷⁶ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA*, 2008, p. 499.

¹⁴⁷⁷ S'agissant du droit communautaire : TC, 19 janvier 1998, *Union française de l'Express / La Poste*, n° 03084, *Lebon*. S'agissant de la Convention européenne des droits de l'Homme : TC, 23 octobre 2000, *Boussadar*, n° 3227, *Lebon*. Le Tribunal des conflits réserve toutefois le cas de la voie de fait, qui relève traditionnellement de la compétence judiciaire.

¹⁴⁷⁸ Cass. soc., 8 février 2012, n° 10-26.158 et 10-26.159.

¹⁴⁷⁹ CA, Paris, n° 10/00837 et autres.

règlementaires susvisés, qui soulève une difficulté sérieuse qui échappe à la compétence judiciaire ». Elle a, en conséquence, sursis à statuer après avoir renvoyé l'une ou l'autre des parties à saisir la juridiction administrative¹⁴⁸⁰.

La Haute juridiction n'a toutefois pas tiré profit de toutes possibilités qui lui ont été ouvertes par la jurisprudence *SCEA du Chéneau*. En effet, elle aurait pu tout autant suivre le raisonnement des juges d'appel et écarter les dispositions réglementaires au profit de la directive européenne ayant été transposée par l'article L. 4122-2 du Code du travail¹⁴⁸¹. En se refusant à le faire, la Chambre sociale reconnaît implicitement que lorsque le juge prud'homal applique une disposition du Code du travail ayant pour effet d'exclure l'application d'une disposition réglementaire, il se livre en réalité à un contrôle de légalité de l'acte dont il affirme la contrariété à la loi¹⁴⁸².

413. Le contrôle de conventionnalité de l'acte réglementaire au regard d'une directive européenne correctement transposée dans l'ordre juridique interne. On le sait, sur le fondement du principe de primauté du droit de l'Union européenne, le Tribunal des conflits a retenu la compétence du juge judiciaire pour faire « *appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* ». Ce faisant, il n'a pas cru devoir distinguer entre les actes de droit européen dotés ou non d'un effet direct. Il en résulte que le juge judiciaire est compétent pour contrôler la conformité d'un acte administratif à une directive européenne, que celle-ci ait été correctement transposée ou non dans l'ordre juridique interne.

Ce faisant, on peut se demander si le Tribunal des conflits n'opère pas une certaine confusion entre le principe de primauté du droit de l'Union et la question de l'effet direct des directives européennes. On rappellera à ce stade qu'une directive de l'Union européenne n'a d'effet direct, ce dont il résulte qu'un particulier peut l'invoquer devant une juridiction nationale pour

¹⁴⁸⁰ Le Conseil d'État a par la suite déclaré illégales les dispositions des PERS concernées mettant à la charge des personnels les frais d'entretien et de nettoyage des vêtements de travail imposés pour des raisons d'hygiène, de sécurité et de santé au travail ainsi que les frais d'entretien et de nettoyage des autres vêtements imposés par l'employeur excédant les frais d'entretien et de nettoyage des vêtements ordinairement portés par les salariés (CE, 17 juin 2014, n° 368867).

¹⁴⁸¹ En ce sens, A. MAZIÈRES, note, *Droit ouvrier*, 2013, p. 648, spéc. p. 649.

¹⁴⁸² Dans le même sens, s'agissant de faits et demandes identiques : Cass. soc., 9 avril 2014, n° 13-10852. La Cour de cassation a censuré le jugement rendu en référé par le conseil des prud'hommes de Montluçon qui, pour dire qu'il n'y avait pas lieu de surseoir à statuer pour que soit posée à la juridiction administrative la question de la légalité de la circulaire Pers. 633 et faire droit à la demande principale des salariés, avait retenu que les salariés ne demandaient pas l'application des circulaires litigieuses mais celle des dispositions plus favorables du Code du travail, à savoir l'article L. 4122-2 du Code du travail.

faire valoir ses droits, que si elle est claire, précise, inconditionnelle et si l'État-membre n'a pas correctement transposé la directive dans les délais impartis¹⁴⁸³. Autrement dit, si la directive a fait l'objet d'une transposition au sein de l'ordre juridique national, le particulier ne devrait être fondé à invoquer au soutien de ses droits, non pas l'instrument de la directive elle-même mais les dispositions nationales de transposition.

414. La Cour de cassation a tiré les conséquences de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* par deux arrêts du 30 septembre 2013¹⁴⁸⁴ relatifs au régime spécial de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris, dont la gestion a été confiée à une caisse de retraite spécifique, la Caisse de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris.

En vertu de l'article 6 du décret n° 68-382 du 5 avril 1968 portant statut de la Caisse de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris, dans sa rédaction alors applicable, l'âge auquel le salarié pouvait prétendre au droit à pension différait selon la catégorie de personnel auquel il appartenait¹⁴⁸⁵. Les techniciens de plateau de l'Opéra national de Paris avaient ainsi pu bénéficier d'un départ en retraite à cinquante-cinq ans en accord avec le ministre de la culture et de la communication et le ministre du budget, alors même qu'aucun arrêté ministériel concerté, pourtant nécessaire, n'avait été pris. En revanche, les demandes présentées par la Caisse et l'Opéra tendant à ce que le personnel de l'habillement et des perruques-maquillage puisse bénéficier du même avantage s'étaient heurtées au refus des autorités ministérielles.

Les organisations syndicales avaient alors saisi le juge judiciaire afin qu'il soit enjoint à l'Opéra de Paris et à la Caisse de retraite de faire bénéficier les personnels des services habillement et perruques-maquillage d'un âge d'ouverture des droits à pension de retraite à cinquante-cinq ans, à l'instar des techniciens de plateau, sur le fondement de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. En l'espèce, les demandeurs soutenaient que la différence de

¹⁴⁸³ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Rec.*, 1337 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, *Rec.*, 1629 ; CJCE, 19 janv. 1982, *Becker*, 8/81, *Rec.*, 53.

¹⁴⁸⁴ Cass. soc., 30 septembre 2013, n° 12-14.752 et n° 12-14.964, *Bull.*, V, n° 222.

¹⁴⁸⁵ L'âge était porté « à quarante ans d'âge pour le personnel féminin de la danse ; – à quarante-cinq ans d'âge pour le personnel masculin de la danse ; – à cinquante ans d'âge pour les artistes du chant et des chœurs ; à cinquante-cinq ans d'âge pour les machinistes, les électriciens, les régisseurs ayant la responsabilité du spectacle et les pompiers civils ainsi que pour les emplois des autres catégories qui seraient reconnus comme comportant des fatigues exceptionnelles par arrêté concerté du ministre de la culture et de la communication et du ministre du budget ; à soixante ans d'âge, pour les autres catégories de personnel ».

traitement en cause désavantageait les femmes employées dans les services habillement et perruques-maquillage en cause et constituait en cela une discrimination indirecte prohibée. Pour débouter les syndicats, la cour d'appel avait retenu que « *si la différence de traitement en matière d'ouverture des droits à la retraite entre les salariés relevant des services techniques de plateau, d'une part, et le personnel des services d'habillement, d'autre part, ne résulte pas d'un texte réglementaire pris en application du décret du 5 avril 1968, ni d'un usage, elle est imputable à la seule autorité administrative, dont le juge judiciaire n'a pas le pouvoir de contrôler les actes* ».

Ce raisonnement a été censuré aux visas de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 et de l'article L. 1132-1 du Code du travail. Après avoir rappelé les termes de la jurisprudence *SCEA du Chêneau*¹⁴⁸⁶, la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait aux juges du fond d'appliquer directement la directive européenne invoquée. Aussi, dès lors qu'est alléguée devant le juge judiciaire l'existence d'une discrimination indirecte désavantageant particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, il lui appartient de rechercher l'existence d'une telle discrimination dans la pratique contestée et, dans l'affirmative, si celle-ci peut être justifiée par des raisons objectives, étrangères à toute discrimination et si la pratique contestée est appropriée et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. On observera toutefois que s'agissant de la prohibition des discriminations indirectes, la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 avait été correctement transposée à l'article L. 1132-1 du Code du travail, de sorte que la Cour de cassation aurait pu refuser son invocabilité directe.

On peut donc se demander si la Cour de cassation (et partant le Tribunal des conflits) n'excède pas les termes de l'article 288 du TFUE en faisant une application directe de la

¹⁴⁸⁶ Selon lesquels « *s'agissant du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces Traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* ».

directive pour exclure l'application d'un acte réglementaire, alors que celle-ci avait été correctement transposée en droit interne¹⁴⁸⁷.

Surtout, le principe de primauté du droit de l'Union ne nécessitait pas, à notre sens, une telle entorse au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. L'exigence de bonne transposition des directives résulte certes de l'article 88-1 de la Constitution, mais elle doit se concilier avec les autres règles et principes de valeur constitutionnelle¹⁴⁸⁸, et donc avec le principe selon lequel le juge administratif est seul compétent pour connaître de l'annulation ou la réformation des actes administratifs, lequel figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁴⁸⁹. Or, en neutralisant les dispositions nationales de transposition, qui font en principe écran, pour se référer directement à la directive européenne, la Cour de cassation se livre à un contrôle déguisé de légalité de l'acte administratif au regard des dispositions nationales.

À notre sens, la conciliation entre le principe de primauté du droit de l'Union et le respect de la compétence de l'ordre administratif aurait dû conduire le Tribunal des conflits à opérer une distinction entre les deux hypothèses suivantes. Ou bien la directive européenne n'a pas été correctement transposée à l'issue du délai imparti aux États-membres (ce dont il faut pouvoir justifier) et alors le juge judiciaire est compétent, sur le fondement du principe de primauté, pour écarter l'acte administratif contraire au profit de ladite directive ; ou bien la directive européenne a été correctement transposée, conformément au principe de primauté, et le juge judiciaire ne devrait se déclarer compétent pour écarter l'acte administratif contraire aux dispositions nationales de transposition que s'il existe une jurisprudence établie du juge administratif en ce sens.

En définitive, le Tribunal des conflits semble avoir ici privilégié les exigences d'une bonne administration de la justice, en ce qu'elle limite les renvois préjudiciels, à la préservation du champ de compétence du juge administratif.

¹⁴⁸⁷ La Cour de cassation a précisément été saisie d'un moyen de cassation en ce sens mais ne s'est pas prononcée dessus, celui-ci étant devenu sans objet du fait de l'illégalité de la circulaire en cause prononcée quelques mois avant par le Conseil d'État (Cass. soc., 2 décembre 2014, n° 13-21722 et s.).

¹⁴⁸⁸ Conseil constit., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496, DC, cons. 7.

¹⁴⁸⁹ Conseil constit., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-284, DC, cons. 15.

B) La recherche d'une convergence de fond entre les deux ordres de juridiction

415. Un impératif de pédagogie. La nouvelle clé de répartition issue de la décision *SCEA du Chéneau*, implique l'examen et la connaissance réciproque des jurisprudences des deux ordres. Elle exige alors de la part des Hautes juridictions un effort de pédagogie dans la motivation des décisions rendues, afin que chaque juge puisse se les approprier sans que cela puisse prêter à doute ou contestation. Doit-on alors redouter une altération de la « *jurisprudence établie* » lors de sa circulation entre les deux ordres juridictionnels ou bien une appréciation divergente des directives européennes ? Certes, l'exigence de bonne administration de la justice se satisfait sans doute mieux d'un risque de contrariété que d'une multiplication des questions préjudicielles, mais il faut bien admettre que le contrôle du juge administratif et celui du juge judiciaire diffèrent tant par leur objet que par leur but. Le premier est en temps normal guidé par l'intérêt général et peut de ce fait se distinguer de l'appréciation judiciaire, laquelle a pour fonction de résoudre les litiges individuels en appliquant les règles de droit privé¹⁴⁹⁰. C'est pourquoi le dualisme juridictionnel implique un dialogue des juges qui dépasse de simples questions de compétence. Par la comparaison des procédures et des jurisprudences qu'il suscite, il contribue également au mouvement de convergence des deux ordres de juridiction. Cette convergence s'observe notamment en matière d'effet direct des normes supranationales (1°) et de neutralité religieuse du service public (2°).

1°) L'effet direct des normes supranationales

416. La décision *SCEA du Chéneau* exclut la compétence du juge civil pour contrôler la conformité des actes administratifs aux normes internationales, hors droit de l'Union européenne. En effet, en se bornant à se référer à l'article 88-1 de la Constitution et au principe d'effectivité du droit de l'Union qui en résulte, le Tribunal des conflits semble avoir délibérément exclu l'article 55 de la Constitution. Dès lors, il demeure interdit au juge civil de se déclarer compétent pour écarter l'application d'un acte administratif contraire à un engagement international de la France autre que relevant du droit de l'Union européenne – sauf dans l'hypothèse où la contrariété relèverait d'une jurisprudence établie du Conseil d'État.

¹⁴⁹⁰ D. COHEN, « Droit du travail et droit public : les questions préjudicielles et la Chambre sociale de la Cour de cassation », *AJDA*, 1991, p. 596 et s.

C'est donc tout le contrôle de conformité des actes administratifs aux normes internationales, en particulier des conventions OIT, de la Charte sociale européenne, ou encore de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁴⁹¹, qui échappe au juge civil. Il peut sembler surprenant que le Tribunal des conflits ne soit pas allé au bout de sa logique, étant rappelé, d'une part, que ce même contrôle de conventionnalité par voie d'exception lui est reconnu s'agissant de la loi¹⁴⁹² et, d'autre part, que le contrôle de conformité au regard du droit de l'Union européenne lui est désormais reconnu s'agissant des actes administratifs¹⁴⁹³. En tout état de cause, le Tribunal des conflits a porté un coup d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*¹⁴⁹⁴, avait maintes fois reconnu aux juridictions civiles du fond la compétence pour écarter par voie d'exception un acte réglementaire contraire aux traités internationaux¹⁴⁹⁵. Or, le Conseil d'État et la Cour de cassation n'ont pas toujours eu la même appréciation de l'effet direct et de l'invocabilité des traités internationaux en droit interne.

417. L'effet direct et l'invocabilité de la Charte sociale européenne. Longtemps, le Conseil d'État a dénié tout effet direct à la Charte sociale européenne¹⁴⁹⁶. Ce n'est que par une décision du 10 février 2014¹⁴⁹⁷ que le juge administratif a admis que les stipulations de

¹⁴⁹¹ Sauf à considérer, ainsi que le suggère A. ROBLOT-TROISIÈRE, que la CEDH est incluse dans le droit de l'Union européenne, notamment via les principes généraux du droit. Dans ce cas, la nouvelle jurisprudence du Tribunal des conflits autoriserait le juge judiciaire à opérer un contrôle de conformité d'un acte administratif à la CEDH (A. ROBLOT-TROISIÈRE, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011.1136). Cette proposition n'empêche toutefois pas la conviction dans la mesure où la reconnaissance de la CEDH par le Traité de Lisbonne s'adresse à l'Union européenne et ses institutions, dont les actes doivent se conformer à la CEDH. À notre sens, le fondement de l'article 88-1 de la Constitution ne permet alors pas d'élargir cette obligation de conformité aux actes pris par les autorités administratives internes.

¹⁴⁹² En ce sens, P. RÉMY-CORLAY, « Le contrôle par le juge judiciaire de la "légalité européenne" des actes administratifs », *RTD civ.*, 2011, p. 735 ; A. MAZIÈRES, note, *Dr. ouvr.*, 2013, p. 651.

¹⁴⁹³ Voir *supra*, point 3°).

¹⁴⁹⁴ Cass. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13.556, *Bull.*, 1975, n° 4.

¹⁴⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n° 00-05.026 et 00-05.030, *Bull.*, I, n° 97 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juillet 2003, *Monzerian*, n° 02-70.047, *Bull.*, III, n° 140 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 avril 2005, *SCI Les Chardons*, n° 04-70.069, *Bull.*, III, n° 92 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 mars 2008, n° 07-10.159, *Bull.*, III, n° 45 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, n° 06-20.563, *Bull.*, II, n° 273, rendu sur le fondement plus général de l'article 55 de la Constitution sans référence au particularisme du droit communautaire.

¹⁴⁹⁶ CE, 20 avril 1984, *M^{lle} Valton et M^{lle} Crépeaux*, n° 37772 et 37774 ; CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA)*, n° 341533, *Lebon* ; CE, 7 novembre 2012, n° 350313.

¹⁴⁹⁷ CE, 10 février 2014, n° 358992, *T. Lebon*, s'agissant de l'invocabilité de l'article 24 de la Charte sociale européenne relatif à la protection en cas de licenciement. Cette décision s'inscrit dans le droit fil de la décision d'assemblée *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 (n° 322326) aux termes de laquelle il a été jugé « que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits

l'article 24 de la Charte [relative à la justification du licenciement] « *dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* » puissent être invoquées utilement par un requérant. Sans aller non plus jusqu'à reconnaître un tel effet à la Charte prise dans sa globalité, la Chambre sociale a reconnu un effet direct à certaines de ses dispositions, dont les articles 5 et 6¹⁴⁹⁸, portant respectivement sur le droit syndical et le droit à la négociation collective. Il semble que la Chambre sociale soit même allée jusqu'à reconnaître l'applicabilité des dispositions générales de la Charte sociale révisée telles que celles de l'article A, qui précise l'étendue des engagements des États membres de la Charte, de l'article E qui consacre le principe de non-discrimination dans l'exercice des droits de la Charte et de l'article G qui définit les restrictions autorisées par la Charte, combinées avec l'article 5¹⁴⁹⁹.

418. L'effet direct vertical et l'invocabilité des directives européennes. Le Conseil d'État a progressivement abandonné sa jurisprudence *Cohn Bendit*¹⁵⁰⁰ pour reconnaître, conformément à la position de la Cour de justice de l'Union européenne, l'effet direct vertical des directives européennes. Depuis la décision *Mme Perreux* du 30 octobre 2009¹⁵⁰¹, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif – unilatéral ou réglementaire – des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires. Le Conseil d'État s'est ainsi rallié à la position de la Cour de cassation (et ainsi à celle de la Cour de justice de l'Union européenne), laquelle retenait déjà que les dispositions des directives

dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

¹⁴⁹⁸ Cass. soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429, *Bull.*, V, n° 100.

¹⁴⁹⁹ Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-60203, *Bull.*, V, n° 82 ; Cass. soc., 10 mai 2012, n° 11-60235.

¹⁵⁰⁰ CE, ass., 22 décembre 1978, n° 11604, *Lebon*, p. 524.

¹⁵⁰¹ CE, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348 (s'agissant d'un acte administratif individuel). L'effet direct et l'invocabilité des directives avait été implicitement reconnu depuis longtemps s'agissant d'un acte administratif réglementaire, le Conseil d'État ayant admis qu'un requérant puisse demander l'abrogation d'une disposition réglementaire qui serait contraire à une directive européenne non transposée après expiration du délai de transposition impartie aux États-membres (CE, ass., 3 février 1989, *S^{té} Alitalia*, n° 74052, *Lebon*, p. 44 ; voir égal. CE, 21 mars 2011, n° 345978, *Lebon*), que l'acte réglementaire ait été pris pour sa transposition (CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France*, n° 28467, *Lebon*, p. 512) ou non (CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, n° 41971 et 41972, *Lebon*, p. 410).

non transposées, dès lors qu'elles sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles, peuvent être invoquées dans l'ordre juridique interne par le justiciable à l'expiration du délai de transposition¹⁵⁰². Cet effet direct ne peut être que vertical, c'est-à-dire opposant le justiciable à l'État membre qui n'a pas respecté ses obligations, une directive ne pouvant être invoquée entre deux particuliers, par exemple entre un salarié et son employeur¹⁵⁰³, sauf si celui-ci est assimilable à une autorité publique¹⁵⁰⁴.

2°) La neutralité religieuse au sein des services publics

419. La neutralité religieuse au sein du service public fournit une illustration topique de la transmission des concepts d'un ordre de juridiction à l'autre. Le dialogue continu des juges permet ici d'éviter que cette mobilité ne se solde par une altération du concept du fait d'une application divergente en fonction de l'ordre juridictionnel saisi.

On sait que le principe d'égalité, l'une des trois lois de Rolland, impose une stricte neutralité d'apparence aux agents employés au sein des services publics indifféremment de leur statut. Il en découle pour l'agent une interdiction absolue de porter dans l'exercice de ses fonctions un signe manifestant son appartenance à une religion. La nature des fonctions exercées est indifférente en la matière, la qualité même d'agent public postulant, en théorie du moins, de sa participation à la réalisation de la mission de service public¹⁵⁰⁵.

C'est dans ce même sens que l'exigence de neutralité au sein du service public a été mobilisée par le juge judiciaire. Dans chacune des deux affaires ayant donné lieu aux arrêts *CPAM de Seine-Saint-Denis*¹⁵⁰⁶ et *Baby-Loup*¹⁵⁰⁷ du 19 mars 2013, une salariée contestait le bien-fondé du licenciement prononcé à son encontre en raison du port d'un foulard islamique sur le lieu de travail et, incidemment, la légalité du règlement intérieur de l'entreprise prohibant le port de tels signes distinctifs.

¹⁵⁰² Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-16.744, *Bull.*, IV, n° 96 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2012, n° 11-30.086, *Bull.*, I, n° 18.

¹⁵⁰³ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, aff. C-176/12 ; CJCE, 26 février 1986, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health authority*, aff. C-152/84, *Rec.*, I-723.

¹⁵⁰⁴ On parle alors d'un « effet direct oblique » de la directive : CJCE, 19 avril 2007, *Farrell*, C-356/05, *Rec.*, I-3067, point 40 ; CJCE, 12 juillet 1990, *Foster*, aff. C-188/89, *Rec.*, I-3313, point 18 ; CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, I-723, point 49 ; Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-20.111, publié au *Bulletin*.

¹⁵⁰⁵ CE, avis, 3 mai 2000, *M^{lle} Marteaux, Lebon*, p. 169.

¹⁵⁰⁶ Cass. soc., 19 mars 2013, *Mme Abibouraguimane c/ CPAM de Seine-Saint-Denis*, n° 12-11.690, *Bull.*, V, n° 76.

¹⁵⁰⁷ Cass. soc. 19 mars 2013, *Mme Laaouej c/ Association Baby-Loup*, n° 11-28.845, *Bull.*, V, n° 75.

420. Dans l'affaire *CPAM de Seine-Saint-Denis*, c'est en se fondant sur le critère du *service public* que la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré qu'une interdiction du port de signes religieux pouvait être édictée par le règlement intérieur d'une personne privée en charge d'une mission de service public. En l'espèce, bien que la Caisse primaire d'assurance maladie et son personnel soient soumis au droit privé, lequel ne connaît pas l'exigence de laïcité, l'employeur poursuit ici une mission de service public entraînant l'application du principe de neutralité à ses salariés sans qu'aucune stipulation contractuelle en ce sens ne soit nécessaire. Par ailleurs, la Chambre sociale a considéré que l'obligation de neutralité dans le service public s'imposait « *peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public* ». À l'instar du régime prévalant pour les agents publics, c'est donc bien le critère de la « *participation* » au service public qui fonde l'application des obligations du service public. Entendue ainsi, l'exigence de neutralité doit s'appliquer à *tous* les salariés affectés au service public, mais *uniquement* à eux¹⁵⁰⁸. On ne saurait en effet appliquer à l'ensemble du personnel les sujétions propres au fonctionnement du service public s'il ne s'agit là que d'un secteur d'activité parmi d'autres de l'entreprise¹⁵⁰⁹.

430. Dans l'affaire *Baby-Loup*, c'est également en application du critère du *service public* que la Chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé que la crèche Baby-Loup ne pouvait édicter une telle interdiction dans son règlement intérieur¹⁵¹⁰. En l'espèce, c'est parce que la crèche privée était dépourvue de la qualité de gestionnaire d'un service public qu'elle ne pouvait exiger de ses salariés une neutralité religieuse. On rappellera que pour être qualifiée de service public, l'activité doit, d'une part, avoir été créée par une autorité publique qui en contrôle la gestion et, d'autre part, avoir pour finalité de concourir directement à la satisfaction de l'intérêt général¹⁵¹¹. Lorsque l'activité n'a pas été créée à l'initiative de l'autorité publique – comme c'était le cas de la crèche Baby-Loup – elle peut être qualifiée de

¹⁵⁰⁸ En ce sens, Ph. AZOUAOU, « Les obligations du fonctionnaire imposées au salarié », *CSBP*, 2014, n° 269, p. 719. L'auteur se fonde en effet sur la décision rendue par le 8 octobre 2014 (n° 13-13.792) dans laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation énonce que la législation en matière de droit de grève dans les services publics ne s'applique « *au sein d'une entreprise privée gérant un service public, qu'aux seuls personnels affectés à cette activité de service public* ».

¹⁵⁰⁹ Ph. AZOUAOU, « Les obligations du fonctionnaire imposées au salarié », *CSBP*, 2014, n° 269, p. 721.

¹⁵¹⁰ Cass. soc., 19 mars 2013, *Mme Laaouej c/ Association Baby-Loup*, n° 11-28.845, *Bull.*, V, n° 75.

¹⁵¹¹ CE, section, 28 juin 1963, *Narcy*, n° 4383, *Lebon*, p. 401. La jouissance par la personne privée de prérogatives de puissance publique n'est plus un critère impératif d'identification depuis 2007 (CE, section, 22 février 2007, *APREI*, *Lebon*, p. 92, concl. VÉROT). Ce contrôle peut prendre diverses formes telles que l'approbation par les pouvoirs publics des décisions les plus importantes intéressant le service public, le contrôle sur le choix ou la nomination des dirigeants de la personne publique etc. (Cf. C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Lexisnexis, 2^{ème} éd. 2015, pp. 334 et s).

service public si « *une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* »¹⁵¹². Or, la crèche, bien qu'elle fût une association reconnue d'utilité publique, ne réunissait pas les deux critères cumulatifs dégagés par le juge administratif. C'est précisément ce que faisait valoir la salariée licenciée au soutien de son pourvoi à l'encontre de l'arrêt confirmatif rendu le 27 octobre 2011 par lequel la cour d'appel de Versailles avait considéré, pour juger le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, que la crèche, « *financée à plus de 80 % par des fonds publics* », poursuivait une activité de service public. En se limitant à ce seul constat, les juges du fond n'avaient que très imparfaitement appliqué le raisonnement élaboré par le juge administratif en la matière¹⁵¹³. En censurant ce raisonnement aux vises de l'article L. 1121-1 du Code du travail et de l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale s'est appropriée la salutaire distinction que le Conseil d'État avait pris soin de dégager entre les activités de service public et les simples activités d'intérêt général¹⁵¹⁴, seules les premières devant obéir à un régime exorbitant du droit commun.

Si l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁵¹⁵, saisie en raison de la résistance menée par la cour d'appel de renvoi¹⁵¹⁶, a censuré la décision de la Chambre sociale, elle n'est nullement revenue sur cette appréciation. En effet, à ce stade de la procédure, l'inexistence d'une mission de service public n'était plus en débat et c'est sur le seul contrôle de proportionnalité que la Chambre sociale a été désavouée. L'Assemblée plénière a en effet considéré que la restriction à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses contenue par le règlement intérieur de la crèche Baby-Loup était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, conformément aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail¹⁵¹⁷.

¹⁵¹² CE, 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 284736.

¹⁵¹³ Pour une critique du raisonnement tenu par les juges du fond dans cette affaire : H. BOUALILI, « Laïcité et port du foulard islamique au travail, Conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010 », *Dr. soc.*, 2011, pp. 779-788.

¹⁵¹⁴ CE, section, 22 février 2007, *APREI, Lebon*, p. 92, concl. VÉROT ; CE, 5 octobre 2007, *Sté UGC-Ciné-cité, Lebon*, p. 418 ; TC, 14 novembre 2011, *Sté BLV Consulting group*, n° C-3804.

¹⁵¹⁵ Cass. ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. ass. plén.*, n° 1.

¹⁵¹⁶ CA, Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981. Voir égal. J.-E. RAY, « À propos d'une rébellion (Cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, Baby-Loup », *Dr. soc.*, 2014, p. 4.

¹⁵¹⁷ Cass. ass., 25 juin 2014, n° 13-28.369, *Bull. ass. plén.*, n° 1 : « Ayant relevé que le règlement intérieur de l'association Baby-Loup, tel qu'amendé en 2003, disposait que "le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de

431. Bilan de section. Les interactions entre les deux ordres de juridiction ont atténué les rigueurs inhérentes au dualisme juridictionnel. Depuis la décision *SCEA du Chêneau*, le juge prud'homal peut écarter – et non annuler – une disposition statutaire ou assimilée dont l'illégalité est manifeste en raison d'une violation du droit de l'Union européenne ou d'une jurisprudence établie du juge administratif. Cette nouvelle clé de répartition impose un dialogue des juges qui, au-delà des questions de compétences, impose une convergence de fond des Hautes juridictions. Dans ces conditions, les impératifs du service public, tels que la neutralité religieuse, peuvent tout à fait être appliqué par le juge judiciaire à des salariés de droit privé, dès lorsqu'ils participent à la réalisation d'une mission de service public. Plus largement, les nombreux principes généraux du droit dégagés par le juge administratif pourront sans nul doute enrichir la jurisprudence du juge judiciaire.

SECTION 2. LA THÉORIE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, INSTRUMENT DE L'HARMONISATION DES RÉGIMES DE TRAVAIL

432. La reconnaissance de l'existence de principes généraux du droit dépourvus de base textuelle. Alors que le principe selon lequel les textes spéciaux régissant l'administration doivent être interprétés et appliqués « *en les conciliant avec les principes généraux du droit* » a été dégagé par le Tribunal des conflits dès 1873, le même jour que l'arrêt *Blanco*¹⁵¹⁸, ce n'est qu'en 1945 que le Conseil d'État a officiellement consacré l'existence de « *principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte* »¹⁵¹⁹. L'intervention du juge administratif a ici été provoquée par la mise en cause de l'État de droit, d'abord sous le Régime de Vichy de 1940 à 1944, puis lors de la Libération¹⁵²⁰.

433. La soumission de l'administration aux principes généraux du droit. Ces règles fondamentales non écrites font aujourd'hui partie intégrante de notre système juridique et ont

neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche», la cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché. »

¹⁵¹⁸ TC, 8 février 1873, *Dugave et Bransiet, Lebon*, p. 70.

¹⁵¹⁹ CE, ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres, Lebon*, p. 213, *D.*, 1946, p. 158, note G. MORANGE, *EDCE*, 1947, n° 1, p. 48, concl. R. ODENT, *S.*, 1946.3.1, desquels il ressort qu'une sanction disciplinaire ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense.

¹⁵²⁰ B. GENNEVOIS « Principes généraux du droit » – octobre 2010 (mise à jour : octobre 2014), *Encycl. Dalloz Cont. Adm.*

déjà fait l'objet de nombreuses études¹⁵²¹. Sans préjudice de la question – débattue – de leur valeur juridique¹⁵²², le caractère contraignant de ces principes n'est plus remis en cause. Leur méconnaissance par les autorités administratives constitue en effet une violation de la loi qui justifie la censure de l'acte¹⁵²³ et engage la responsabilité de la puissance publique¹⁵²⁴.

434. Une harmonisation des régimes de travail, sous réserve des nécessités du service public. L'avènement des principes généraux du droit, et particulièrement ceux qui ont été directement inspirés du droit du travail, a engendré une certaine harmonisation des régimes de travail en vigueur au sein des secteurs privé et public. Si l'influence du droit privé du travail est considérable, elle n'est pas exclusive. Mû par des considérations d'équité et de prééminence du droit, le juge administratif a dégagé en fonction de ses besoins des principes généraux aussi bien issus du droit constitutionnel que du droit du travail ou du droit de la fonction publique (§ 1). Pour autant, le particularisme lié à la poursuite d'une mission de service public peut faire obstacle à la reconnaissance ou à l'application d'un principe général du droit du travail, de sorte qu'on ne saurait ici prétendre à une unité du droit social transcendant les catégorisations de travailleurs (§ 2).

§ 1. La recherche d'une protection équitable des personnels des services publics

435. Des principes guidés par une recherche d'équité. Se rattachant au fond éthique, à la racine de notre système juridique¹⁵²⁵, les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif sont l'expression de « valeurs idéales supérieures »¹⁵²⁶. Il s'agit de principes « jusqu'alors latents dans la conscience juridique et présentant un caractère suffisant

¹⁵²¹ Voir not. M. LETOURNEUR, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE, 1951, p. 19 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Préf. de J. RIVERO, Éd. Sirey, 1954 ; R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *D.*, 1966, chron. 99 ; MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA*, 1976, p. 596 ; B. JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, n° 33, p. 46 ; B. GENNEVOIS « Principes généraux du droit » – octobre 2010 (mise à jour : octobre 2014), *Encycl. Dalloz Cont. Adm.* ; J.-F. LACHAUME, « Les non-principes généraux du droit », in *Les mutations contemporaines du droit public*, *Mél. JEANNEAU*, Dalloz, 2002, p. 161 ; F. MODERNE, « Actualités des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998, p. 495 et « Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722 ; J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003.

¹⁵²² Sur cette question débattue, voir not. R. CHAPUS, « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chron. 99 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 2^e éd., 1975, tome 2, spéc. pp. 343-344.

¹⁵²³ CE, section, 10 févr. 1950, *Sornin de Leysat, Lebon*, p. 101.

¹⁵²⁴ CE, section, 9 mars 1951, *Sté des concerts du conservatoire, Lebon*, p. 151, *GAJA*, 17^{ème} éd., n° 65.

¹⁵²⁵ J. RIVERO, *Droit administratif*, préface de J. WALINE, rééd. Dalloz, 2011 (1^{ère} éd. 1960), pp. 63-64.

¹⁵²⁶ D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° principes.

d'abstraction et de généralité »¹⁵²⁷ que le juge souhaite propulser au premier rang¹⁵²⁸ « *pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens* »¹⁵²⁹. En effet, comme l'intérêt général ou le bien commun, l'équité constitue une notion fondamentale dans la culture du juge administratif¹⁵³⁰. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Cames*¹⁵³¹, le commissaire du Gouvernement ROMIEU exigeait ainsi du juge administratif qu'il examine « *directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience et conformément aux principes de l'équité, quels sont les droits et obligations respectifs de l'État et de ses ouvriers* »¹⁵³².

À cet égard, les personnels des services publics ne pouvaient rester à l'écart des évolutions de la société, traduites pour l'essentiel par l'expansion d'un État social de droit et par les valeurs de justice sociale ou d'équité émergentes au sein des sociétés industrialisées contemporaines¹⁵³³. La démarche du juge administratif a ainsi été marquée par l'idée, communément admise au tournant du 20^{ème} siècle, selon laquelle le progrès social doit bénéficier à tous les travailleurs, y compris ceux du secteur public¹⁵³⁴. La reconnaissance de principes généraux du droit au profit de ces derniers a ainsi permis de pallier les lacunes des

¹⁵²⁷ D. LABETOULLE, concl. sur les trois arrêts de section : CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou*, n° 36851 ; CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Dupuy*, n° 36852 ; CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Eyda*, n° 86853, *Lebon*, pp. 52 et s.

¹⁵²⁸ Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005, spéc. pp. 23-24 : « *l'appellation de principe est au fond un moyen rhétorique de souligner l'importance de la norme et qu'elle est parfois utilisée à des fins pratiques pour propulser au premier rang ce qui, intellectuellement ou moralement, ne méritait pas d'y figurer... On s'explique ainsi que nul n'ait pu fournir le critère de la distinction entre le principe et la règle ordinaire, celle-ci relevant largement de l'intuition.* »

¹⁵²⁹ T. BOUFFANDEAU, Président de la section du contentieux, lors de son allocution sur « Les progrès de la jurisprudence du Conseil d'État » à l'occasion du cent-cinquantième du Conseil d'État en juin 1950, propos cités par M. LETOURNEUR, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, EDCE, 1951, p. 19.

¹⁵³⁰ M. COMBARNOUS, « L'Équité et le juge administratif », *Justices*, 1998, n° 9, p. 77. La notion d'équité joue un rôle important mais ne peut être considérée comme suffisante. Le juge administratif doit encore dégager un principe général du droit cohérent avec l'environnement juridique et qui satisfasse à un certain nombre d'exigences, ce qui explique que le juge ait reconnu en certaines règles du Code du travail des principes généraux et non en d'autres (pp. 83-84).

¹⁵³¹ CE, 21 juin 1895, *Lebon*, p. 509, par lequel le Conseil d'État a jugé l'État responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa participation au service public.

¹⁵³² J. ROMIEU, concl. sur CE, 21 juin 1895, *S.*, 1897, n° 3, p. 33.

¹⁵³³ F. MODERNE, « Le recours par le juge administratif aux "principes dont s'inspire le code civil" », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges D. LABETOULLE*, Dalloz, 2007, pp. 641-661, spéc. p. 645 ; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Préf. J. RIVERO, éd. Sirey, 1954, spéc. pp. 123 et s.

¹⁵³⁴ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Préf. J. RIVERO, Éd. Recueil Sirey, 1954, spéc. p. 123 et s. L'auteur dégage ici plusieurs modes d'élaboration des principes généraux du droit par le juge administratif. Plus largement, le Conseil d'État « *ne crée pas* [les principes généraux du droit] ; *il les dégage, il les constate dans un certain climat juridique résultant à la fois de notre tradition et de la situation actuelle au point de vue politique, social, institutionnel* » (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, éd. Sirey, 1956, spéc. p. 386).

régimes insuffisamment protecteurs des agents non titulaires de la fonction publique¹⁵³⁵, cette « troisième catégorie de travailleurs demeurés à l'écart des grands courants législatifs qui ont fait progresser et les garanties des fonctionnaires et la protection des salariés, et démunis de certains droits sociaux considérés comme élémentaires »¹⁵³⁶ ou encore, dans certains cas, des salariés des entreprises publiques soumises à statut règlementaire du personnel.

Le juge administratif s'est particulièrement efforcé de protéger le personnel des services publics de l'arbitraire administratif, de l'abus du pouvoir hiérarchique ou du pouvoir de sanction de l'employeur public. L'origine jurisprudentielle des principes généraux du droit leur confère un caractère nécessairement évolutif et rend tout inventaire inévitablement provisoire. Dans ces conditions, notre étude ne saurait prétendre à l'exhaustivité en ce domaine. En outre, devant la jurisprudence pléthorique des juges du fond en la matière, nous avons fait le choix de privilégier l'étude de la seule jurisprudence du Conseil d'État, qui fait autorité en la matière.

436. Une politique jurisprudentielle inspirée de sources diverses. Les principes généraux du droit du travail sont avant tout les instruments d'une politique jurisprudentielle menée avec pragmatisme. Le Conseil d'État les reconnaît en fonction de ses besoins, du contrôle qu'il souhaite exercer sur les actes pris par l'autorité administrative, des vides juridiques existant en matière de garanties sociales essentielles et des impératifs du service public, au hasard des espèces et des circonstances¹⁵³⁷. À cette fin, le juge administratif s'inspire de sources diverses incluant le corpus constitutionnel, le statut de la fonction publique ou encore, et surtout, le Code du travail.

Des principes inspirés du droit public. Celui-ci a dégagé au profit des agents non titulaires divers principes généraux du droit public tels que la communication du dossier en cas de licenciement¹⁵³⁸, la reconstruction de leur situation règlementaire ou statutaire en cas d'annulation du licenciement¹⁵³⁹, l'interdiction faite aux agents publics de se faire directement

¹⁵³⁵ A. ONDUA, « Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges J.-F. LACHAUME*, Dalloz, 2007, p. 777 ; J.-M. AUBY, « L'évolution des sources du droit de la fonction publique », *AJDA*, 1984, p. 246 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, n° 30, pp. 44-45.

¹⁵³⁶ Concl. S. GRÉVISSE sur CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet, Lebon*, pp. 409-410.

¹⁵³⁷ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., 2017, Thémis droit PUF, p. 189, n°595.

¹⁵³⁸ Droit à communication du dossier en cas de licenciement pour motif disciplinaire : CE, 24 février 1975, *Dulieu, Lebon*, p. 152, *Rev. Adm.*, 175, p. 129 et CE, 8 avril 1961, *Houille, Lebon*, p. 217, *AJDA*, 1961.562 ou pour des motifs tenant à leur personne : CE, 11 février 1972, *Chardonnet, RDP*, 1972, p. 1311.

¹⁵³⁹ CE, 1^{er} juin 1956, *Leroux, Lebon*, p. 697 ; CE, 8 février 1961, *Rousset, Lebon*, p. 85.

et personnellement rémunérer par les usagers du service public¹⁵⁴⁰, l'impartialité qui s'impose aux membres des organismes administratifs¹⁵⁴¹ ou encore l'obligation de protection des agents à la charge des collectivités publiques¹⁵⁴².

Des principes constitutionnels. Dans un même temps, le juge administratif a fait bénéficier les agents non titulaires de principes généraux du droit directement issus des principes constitutionnels, tels que l'égalité dans l'accès aux emplois publics qui exclut notamment toute discrimination fondée sur les opinions politiques ou religieuses¹⁵⁴³ ou encore l'égalité des sexes¹⁵⁴⁴. Ces mêmes normes constitutionnelles ont parallèlement été utilisées par le juge judiciaire, amplifiant d'autant le mouvement d'harmonisation des régimes de travail au sein des secteurs privé et public.

Des principes inspirés de règles communes au droit du travail et au droit de la fonction publique. Le Conseil d'État s'est explicitement inspiré de règles communes au droit du travail et au droit de la fonction publique. Il en va ainsi du principe général du droit selon lequel, lorsque l'incapacité physique définitive d'un agent non titulaire à occuper son emploi a été médicalement constatée, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement¹⁵⁴⁵. Le juge a logiquement tiré de ce principe l'obligation pour l'employeur d'inviter l'intéressé à formuler une demande de reclassement¹⁵⁴⁶.

Des principes inspirés du droit du travail. Enfin, on ne peut dénier au Code du travail une fonction de référentiel depuis le célèbre arrêt *Dame Peynet* ayant consacré l'interdiction de licencier une femme enceinte employée dans un service public¹⁵⁴⁷ en l'absence de faute

¹⁵⁴⁰ CE, 21 février 1936, *Société anonyme Les armateurs français*, *Rec.*, p. 226.

¹⁵⁴¹ CE, 1^{er} avril 1998, *MM. Iguacel et Comets*, *Cah. Fonc. Publ.*, 1998, p. 27, s'agissant d'une commission administrative paritaire.

¹⁵⁴² CE, 16 octobre 1970, *Époux Martin*, *JCP*, 1971, II, 16577, concl. BRAIBANT.

¹⁵⁴³ CE, 28 mai 1954, *Barel et autres*, *Lebon*, p. 308, concl. M. LETOURNEUR, *D.*, 1954, p. 594, note G. MORANGE, *DA*, 954, p. 149, concl., note C. EISENMANN, *RDP*, 1954, p. 509, concl., note M. WALINE, *S*, 1954, n° 3, p. 97, note A. MATHIOT.

¹⁵⁴⁴ CE, 22 avril 1960, *Dame Legrand*, *Lebon*, p. 261. Le principe d'égalité entre les sexes a ensuite été appliqué aux salariés des entreprises publiques à statut : CE, 6 février 1981, *Demoiselle Baudet*, *Lebon*, p. 53.

¹⁵⁴⁵ CE, 17 mai 2013, *Mme B.*, n° 355524 ; CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, *Lebon*, p. 319, *AJDA*, 2002, p. 1294, concl. D. PIVETEAU, *Dr. ouvr.*, 2003, p. 23, note F. HÉAS.

¹⁵⁴⁶ CE, 26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi (ANPE)*, n° 276863, *T. Lebon*, pp. 665-902.

¹⁵⁴⁷ CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, *Lebon*, p. 406, concl. Mme GRÉVISSE, *AJDA*, 1973, p. 587, chron. FRANC et BOYON, *JCP*, 1974, II, 17957, note Y. SAINT-JOURS ; CE, 20 mars 1987, *Commune de Bonneval*, *Lebon*, p. 99. Ce principe est également applicable au licenciement d'une stagiaire en cours de stage même si le licenciement prend effet à l'expiration du congé de maternité : CE, 9 juillet 1997, *Centre*

grave¹⁵⁴⁸. Depuis, de très nombreux principes généraux du droit tirés de dispositions du Code du travail ont été identifiés par le Conseil d'État au profit, selon les espèces, d'agents publics non titulaires ou de salariés d'entreprises soumises à statut réglementaire du personnel.

Illustrations. Ainsi en va-t-il de l'interdiction pour une collectivité locale de rémunérer un agent non titulaire en deçà du Smic¹⁵⁴⁹, de la prohibition des mesures discriminatoires à l'encontre d'agents grévistes¹⁵⁵⁰, du droit à un entretien préalable à toute sanction supérieure à l'avertissement et au blâme¹⁵⁵¹, du principe prohibant toute résiliation ou non-renouvellement d'un contrat de travail en raison de considérations liées au sexe ou la situation de famille¹⁵⁵². Ont également été érigées au rang de principe général du droit les règles issues du Code du travail instaurant la prohibition des sanctions pécuniaires¹⁵⁵³, l'interdiction des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux à l'égard des grévistes¹⁵⁵⁴, la tenue d'un entretien préalable au prononcé d'une sanction disciplinaire¹⁵⁵⁵, le principe subordonnant la modification des éléments essentiels du contrat de travail à l'accord des deux parties au sein des entreprises à statut¹⁵⁵⁶, le principe reconnaissant la représentativité des syndicats¹⁵⁵⁷, le principe selon lequel une convention collective de travail ne saurait contenir

hospitalier de Draguignan, Lebon, p. 913, Dr. adm., 1997, n° 288 ; D., 1999, somm. p. 48, obs. P. BON et D. DE BÉCHILLON.

¹⁵⁴⁸ CE, 27 janvier 1989, *Centre hospitalier de Rambouillet c/ Mme Carluer, Lebon, p. 36, p. 553, note S. SALON.*

¹⁵⁴⁹ CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, Lebon, p. 152, concl. LABETOULLE, pp. 152-156 ; AJDA, 1982, p. 440.*

¹⁵⁵⁰ CE, 12 novembre 1990, *Malher, Lebon, p. 321 ; AJDA, 1991, p. 332, note HECTARD-THÉRON ; D., 1992, somm. 159, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.*

¹⁵⁵¹ CE, 28 juillet 1993, *Fédérations nationales des tabacs et allumettes FO et CGT, Lebon, p. 573 ; concl. LE CHATELIER, CJEG, 1993, p. 509 ; AJDA, 1993, p. 739, Ch. MAUGÜÉ et L. TOUVET, p. 682 ; Dr. ouvr., 1994, p. 85, note F. SARAMITO.*

¹⁵⁵² CE, 27 mars 2000, *M^{lle} Brodbeck, Lebon, p. 129.*

¹⁵⁵³ CE, 1er juillet 1988, *Billard et Volle, n° 66405, Lebon, p. 268 ; D., 1990, p. 140, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT, GADT, 4^{ème} éd., 2008, n° 8-9.*

¹⁵⁵⁴ CE, 12 novembre 1990, *Malher, Lebon, p. 321 ; AJDA, 1991, p. 332, note M. HÉCQUARD-THÉRON ; D., 1992, somm. 159, obs. D. CHELLE et X. PRÉTOT.*

¹⁵⁵⁵ CE, 28 juillet 1993, *Fédérations FO et CGT des tabacs et allumettes, Lebon, p. 573 ; concl. LE CHATELIER, CJEG, 1993, p. 509 ; AJDA, 1993, p. 739, Ch. MAUGÜÉ et L. TOUVET, p. 682 ; Dr. ouvr., 1994, p. 85, note F. SARAMITO.*

¹⁵⁵⁶ CE, 29 juin 2001, *Berton, n° 222600, Lebon p. 296, Dr. soc., 2001, p. 948, concl. S. BOISSARD ; Dr. ouvr., 2001, p. 484, note F. SARAMITO.*

¹⁵⁵⁷ CE, 12 novembre 1997, *Union des travailleurs de l'énergie, Union générale des travailleurs de la Guadeloupe, AJDA, 1998, p. 87. Le juge a précisé que « le principe de représentativité, principe général du droit applicable à l'ensemble des relations collectives de travail, notamment dans la fonction publique et dans les entreprises publiques à statut, impose au pouvoir réglementaire, lorsqu'il crée une instance de concertation composée de représentants du personnel désignés par les organisations syndicales en fonction de leur représentativité, d'apprécier celle-ci au niveau où l'instance concernée est appelée à siéger » (CE, 11 février 2013, *Fédération FO de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services, AJDA, 2013, p. 1253, note AUBIN).**

des dispositions moins favorables que celles du Code du travail¹⁵⁵⁸, le principe selon lequel le licenciement d'un agent public non titulaire ne peut être tenu pour accompli pendant la période où l'agent se trouve en congé maladie¹⁵⁵⁹ ou encore le principe selon lequel les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur doivent, dès lors qu'ils résultent d'une sujétion particulière, être supportés par ce dernier¹⁵⁶⁰.

Une qualification discutable des principes généraux du droit inspiré du Code du travail.

Certains auteurs ont pu regretter la spécialisation progressive des principes généraux, dits de « *seconde génération* » car dégagés plus tardivement¹⁵⁶¹. En effet, ces derniers présentent pour la plupart un moindre degré de généralité et d'abstraction qui fait douter de leur qualité même de principe¹⁵⁶². Aussi est-il tentant de voir dans les principes généraux du droit du travail, qui ne s'appliquent que dans le domaine du travail subordonné, une « *sous-catégorie* » des principes généraux du droit¹⁵⁶³, lesquels sont pour leur part transversaux et ont *a priori* comme champ d'application l'ensemble des branches du droit français. En ce sens, la législation du travail, technique et très précise dans sa formulation, cadre mal avec la notion de principe général du droit qui implique en elle-même une idée de permanence et un certain degré de généralité¹⁵⁶⁴. Toutefois, il faut bien admettre que la reconnaissance de principes excessivement larges risquerait d'installer le juge dans un rôle de quasi-législateur qui n'est pas non plus souhaitable¹⁵⁶⁵.

437. Une harmonisation des régimes de travail au sein des secteurs public et privé.

Lorsqu'il dégage un principe général du droit du travail, le juge administratif ne recherche pas, par des moyens détournés, l'application aux agents du service public du Code du travail

¹⁵⁵⁸ CE, ass., 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail, Lebon*, p. 356, *Dr. adm.*, 1994, n° 554, *JCP*, 1995. I. 3837, obs. E. PICARD.

¹⁵⁵⁹ CE, 12 juin 1987, *Ministre de l'Éducation nationale, Lebon*, p. 789.

¹⁵⁶⁰ CE, 17 juin 2014, *ERDF et GDF*, n° 368867, *T. Lebon*.

¹⁵⁶¹ B. JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, n° 33, p. 33 ; D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et accession du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *Act. Jur.*, 1980, p. 632 ; S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *Act. Jur.*, 1981, p. 115 ; J. MEKHANTAR, « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques », *AJFP*, 2000, n° 6, pp. 21-33.

¹⁵⁶² En ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 96 ; J.-B. AUBY, note sous l'arrêt *Aragnou, D.*, 1983, p. 8.

¹⁵⁶³ J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Dalloz, 6-9, p. 46.

¹⁵⁶⁴ B. GENNEVOIS « Principes généraux du droit » – octobre 2010 (mise à jour : octobre 2014), *Encycl. Dalloz Cont. Adm.*, spéc. n° 1015.

¹⁵⁶⁵ J. MEKHANTAR, « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques », *AJFP*, 2000, n° 6, pp. 21-33.

en dehors de ses champs d'application. Ceux-ci sont désormais bien établis¹⁵⁶⁶. Il est acquis que, sauf disposition spéciale du Code du travail, seuls les principes généraux du droit du travail sont applicables aux agents publics non titulaires. C'est sans doute la raison pour laquelle le juge administratif utilise l'expression de « *principe général dont s'inspire le Code du travail* » par laquelle il entend souligner l'antériorité du principe sur la règle contenue dans le Code du travail¹⁵⁶⁷. Cette subtilité terminologique lui permet ainsi de s'affranchir de la lettre de la loi et des interprétations qu'en donne le juge judiciaire¹⁵⁶⁸, quand bien même les problématiques seraient similaires, pour ne retenir que « *l'esprit du texte* »¹⁵⁶⁹. C'est donc au prix d'un artifice quelque peu hypocrite que le Conseil d'État permet aux avancées sociales du secteur privé de pénétrer le service public. Mais si la règle issue du droit privé paraît bien adaptée au contentieux opposant l'agent à son employeur public, il n'est en effet nul besoin pour le juge d'en inventer une nouvelle.

La théorie jurisprudentielle des principes généraux du droit tend, d'une part, à pallier les lacunes des régimes juridiques insuffisamment protecteurs des personnels des services publics et, d'autre part, à harmoniser les conditions de travail entre les agents titulaires et non titulaires au sein même du droit de la fonction publique mais également entre les travailleurs employés dans les secteurs public et privé, sous réserve du particularisme lié à la poursuite d'une mission de service public. Pour autant, il ne s'agit pas là de viser l'unité du droit social « *au-delà des distinctions juridiques* », ainsi qu'en appelait de ses vœux Suzanne GRÉVISSE¹⁵⁷⁰. Le juge administratif est sensible aux impératifs liés à la poursuite d'une mission de service public qui font obstacle à une unité parfaite du droit du travail subordonné.

§ 2. Le maintien d'un particularisme du service public

438. *Le particularisme du service public, obstacle à l'unicité du droit social.* On ne saurait prétendre à une assimilation totale des conditions de travail au sein des secteurs privé et

¹⁵⁶⁶ Depuis la recodification de 2008. Dans sa version antérieure (1973), le Code du travail ne disposait pas de champ d'application général mais ne limitait pas non plus son application au travailleur partie à un contrat de droit privé (Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1).

¹⁵⁶⁷ A. ONDUA, « Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique, in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges J.-F. LACHAUME*, Dalloz, 2007, p. 777.

¹⁵⁶⁸ J.-D. COMBREXELLE, « Application du principe dont s'inspire l'article 1326 du Code civil à un contrat administratif » (concl. sur CE, section, 18 juin 1996, *Krief*), *JCP G*, 1996. II. 227004 : « *Le recours à la technique particulière des principes dont s'inspirent certaines dispositions du Code civil, en matière de garantie décennale, vous permet de transposer une forme de garantie particulière propre au Code civil tout en n'étant pas lié par la lettre de la loi civile ni par les interprétations qu'en donne le juge judiciaire* ».

¹⁵⁶⁹ N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, p. 475.

¹⁵⁷⁰ Concl. sur CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet, Lebon*, p. 406.

public. D'une part, le Conseil d'État veille à ne pas accorder la valeur de principe général du droit à des règles fondamentalement contraires aux intérêts du service. D'autre part, même consacré, le principe général du droit du travail doit être écarté lorsqu'il est incompatible avec les « *nécessités du service public* ».

439. Le rejet de règles issues du Code du travail jugées contraires aux impératifs du service public. Le Conseil d'État a écarté de nombreuses règles issues du Code du travail, soit que la reconnaissance d'un principe ait été considérée comme inopportune, soit qu'il eût été inapplicable en pratique¹⁵⁷¹. Le juge administratif a ainsi rejeté l'existence d'un prétendu principe visant à reconnaître à un agent public non titulaire le droit à une indemnité compensatrice de congés payés lorsqu'il cesse ses fonctions avant d'avoir pu bénéficier de ses congés¹⁵⁷² ou encore d'un prétendu principe visant à ouvrir à des agents non titulaires des établissements publics communaux à caractère administratif le droit au bénéfice d'une indemnité compensatrice de l'inexécution du délai de préavis en cas de licenciement¹⁵⁷³.

Surtout, il apparaît que le juge administratif a été conduit à refuser la consécration de certains principes au regard de l'*intérêt du service public* et notamment de son équilibre budgétaire. Le Conseil d'État a ainsi écarté, au nom de l'impératif de continuité du service, l'interdiction de recourir à des travailleurs temporaires en vue de remplacer des salariés ou des agents en grève du nombre des principes généraux du droit¹⁵⁷⁴. L'impératif de bon fonctionnement du service a également poussé le Conseil d'État à rejeter la qualification de principe général du droit aux règles du Code du travail qui auraient conduit à prohiber le licenciement d'un agent en congé maladie¹⁵⁷⁵, à interdire à l'autorité publique de mettre fin à la période d'essai d'un agent contractuel alors que celui-ci se trouve en congé maladie du fait d'un accident du travail¹⁵⁷⁶, à accorder un droit acquis au maintien des avantages accordés au bénéficiaire des agents des

¹⁵⁷¹ Pour une typologie des hypothèses de refus de consécration de principes généraux du droit, voir J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003, pp. 461 et s.

¹⁵⁷² CE, 4 mars 1977, *Chambre des métiers de la Charente-Maritime*, n° 98166, *Lebon*, p. 123 ; CE, 3 décembre 1980, *Association nationale des enseignants vacataires de l'enseignement supérieur*, n° 15035, *T. Lebon*, p. 584 ; CE, 6 mars 1981, *M. Aurélien Briant*, n° 13882, *Lebon*, p. 22 ; CE, 15 juin 1990, *M. Le Coz*, n° 82111.

¹⁵⁷³ CE, 12 avril 1995, *M. Alexandre*, n° 106391, *Lebon*, p. 164.

¹⁵⁷⁴ TA Strasbourg, 24 mars 1977, *Syndicat CFDT des P. et T. du Haut-Rhin*, *Lebon*, p. 568, jugement censuré par CE, ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des P. et T. du Haut-Rhin*, n° 07636, *Lebon*, p. 30.

¹⁵⁷⁵ CE, 22 octobre 1993, *Chambre de commerce et d'industrie de Digne et des Alpes-de-Haute-Provence c/ M. Charles Alfred*, n° 122191, *T. Lebon*, p. 579, *JCP*, 1993, IV, 331.

¹⁵⁷⁶ CE, 2 février 1983, *Agence nationale pour l'emploi c/ Mme Masson*, n° 22750, *T. Lebon*, p. 604.

services publics tout au long de leur carrière¹⁵⁷⁷, ou encore à imposer un délai de prescription des fautes commises par un agent public¹⁵⁷⁸.

Il semble que ce soit également en raison des conséquences potentiellement néfastes ou imprévisibles sur le bon fonctionnement du service public que le Conseil d'État a rejeté la proposition de son commissaire du Gouvernement S. GRÉVISSE de reconnaître, sauf nécessités du service, un principe général d'équivalence des droits entre agents publics et salariés soumis au Code du travail¹⁵⁷⁹, de même qu'il a refusé de consacrer un principe d'équivalence entre les agents publics titulaires et non titulaires¹⁵⁸⁰.

Ces nombreux rejets illustrent la maîtrise que le Conseil d'État souhaite conserver sur la notion de principe général du droit, lequel doit en tout état de cause demeurer compatible avec l'intérêt du service public.

440. La non-application du principe général du droit incompatible avec les nécessités du service public. Une fois qu'un principe général du droit du travail a été consacré par le juge, encore faut-il qu'il puisse s'appliquer effectivement au sein d'un service donné, c'est-à-dire que son application ne soit pas *incompatible* avec les nécessités de la mission de service public poursuivie. Autrement dit, le juge administratif admet une dérogation au principe général qu'il a lui-même dégagé dès lors que cette dérogation est justifiée par les exigences du service public en cause, dont il contrôle tant la réalité que la pertinence¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁷ CE, ass., 1^{er} juin 1973, *Syndicat national des personnels navigants commerciaux*, Lebon, p. 388, JCP, 1974, II, 17779, concl. VUGHT ; CE, 20 juillet 1988, *Gloria*, Lebon, p. 299.

¹⁵⁷⁸ CE, 14 juin 1991, *Aliquot*, RJS, 11/91, n° 1210. On précisera à cet égard que la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 impose désormais un délai de prescription de trois ans au sein de la fonction publique, ce délai commençant à courir à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles d'une sanction (contre un délai de deux mois au sein du secteur privé, en application de l'article L. 1332-4 du Code du travail).

¹⁵⁷⁹ S. GRÉVISSE, concl. sur CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, Lebon, pp. 406-421, spéc. p. 416.

¹⁵⁸⁰ CE, avis, 30 janvier 1997, *Régime juridique des agents non titulaires de l'État*, n° 359964.

¹⁵⁸¹ Voir notamment, CE, 17 juin 2014, n° 368867 : « Qu'il résulte du principe général dont s'inspirent les dispositions précitées, applicable aux entreprises dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public qui leur est confiée, que les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur doivent, dès lors qu'ils résultent d'une sujétion particulière, être supportés par ce dernier » ; CE, 28 juillet 1993, *Fédérations FO et CGT des tabacs et allumettes*, n° 72462 et 72776, T. Lebon : « Compte tenu de l'objet de la société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, les nécessités du service ne sont pas au nombre de celles qui permettent de justifier légalement qu'il soit porté atteinte au caractère annuel du congé. » Dans cette espèce, le décret mis en cause impliquait que certains salariés puissent être privés de leur congé « en raison des nécessités de l'entreprise ».

Aussi, par l'arrêt *Berton*¹⁵⁸², le Conseil d'État a consacré le « *principe général du droit dont s'inspirent les articles 1134*¹⁵⁸³ *du Code civil et L. 121-1*¹⁵⁸⁴ *du Code du travail* » selon lequel toute modification des termes d'un contrat de travail doit recueillir l'accord tant de l'employeur que du salarié. Mais la Haute Juridiction l'a immédiatement tempéré en énonçant qu'« *il convient cependant, d'une part, d'appliquer, au cas par cas, ce principe en tenant compte de l'économie générale du statut, et notamment des limitations qu'il peut apporter à la possibilité pour l'employeur de mettre fin au contrat et, d'autre part, de réserver les hypothèses dans lesquelles les nécessités du service public confié à l'entreprise ou à l'établissement feraient obstacle à son application* ». Dans ses conclusions sur l'arrêt, le commissaire du Gouvernement Sophie BOISSARD¹⁵⁸⁵ avait d'ailleurs retenu que « *les nécessités du service public pourraient justifier l'accroissement du pouvoir de direction de l'employeur qui aurait ainsi le pouvoir de modifier unilatéralement certaines clauses du contrat de travail des agents statutaires* ».

Malgré ces précautions, le principe de mutabilité du statut réglementaire et celui de l'immutabilité du contrat nous semblent bien difficile à concilier en pratique¹⁵⁸⁶. En outre, si ce principe a été dégagé à l'égard des salariés des entreprises à statut, lesquels sont liés à leur employeur par un contrat de travail de droit privé, il nous semble que rien n'interdit qu'il soit également applicable aux agents contractuels de droit public et ce d'autant plus qu'ils ne bénéficient pour leur part d'aucune protection d'emploi¹⁵⁸⁷. Quoiqu'il en soit, le principe ainsi dégagé affaiblit considérablement la logique statutaire au sein des entreprises à statut et potentiellement au sein de la fonction publique.

En tout état de cause, le Conseil d'État suit le même raisonnement s'agissant des principes généraux du droit de la fonction publique. Il a ainsi jugé qu'« *eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service, le gouvernement a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre agents d'un même corps, prévoir que le montant de "l'indemnité spécifique de*

¹⁵⁸² CE, 29 juin 2001, *Berton*, n° 222600, *Lebon* p. 296, *Dr. soc.*, 2001, p. 948, concl. S. BOISSARD ; *Dr. ouvr.*, 2001, p. 484, note F. SARAMITO.

¹⁵⁸³ Devenu l'article 1193 du Code civil.

¹⁵⁸⁴ Devenu L. 1221-1 du Code du travail.

¹⁵⁸⁵ S. BOISSARD, « Modification du contrat et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », *Dr. soc.*, 2001, p. 948.

¹⁵⁸⁶ En ce sens, Ch.-A. GARBAR, « Les relations du travail dans les entreprises publiques à statut peuvent-elles servir de modèle à la Fonction publique ? », *Rev. adm.*, 2004, p. 189.

¹⁵⁸⁷ Voir contra. Ch.-A. GARBAR, « Le droit social vu du droit public : un lieu d'hybridation », *SSL*, 2002, suppl. n° 1095, 40.

service” – qui est distincte du traitement – varierait selon les départements et chercher ainsi à remédier par cette incitation financière aux déséquilibres constatés dans les demandes d’affectation et les vacances d’emplois »¹⁵⁸⁸.

441. Plus généralement, un auteur avait proposé de reconnaître un principe général tenant à « *l’intérêt du service* »¹⁵⁸⁹. Cette notion, qui présentait les principales caractéristiques d’un véritable principe général du droit, à savoir la permanence et la généralité, aurait en effet vocation à s’appliquer à de nombreuses hypothèses, notamment pour permettre à un chef de service d’édicter « *toutes mesures utiles pour préserver le bon fonctionnement du service* », et à neutraliser ainsi nombre de principes généraux du droit. Cette proposition n’a jamais été reprise par la juridiction administrative. En ce sens, comme l’a suggéré J.-M. MAILLOT, la réserve des nécessités du service doit plutôt être considérée comme un « *concept directeur* », qui ne constitue pas « *une norme à part entière* » mais qui sert « *à confronter une règle de droit existante à la préoccupation essentielle qu’est la primauté du bon fonctionnement du service public sur toutes autres exigences* »¹⁵⁹⁰.

Pour autant, malgré la prévalence théorique accordée aux nécessités du service public, elles n’ont encore jamais, à notre connaissance, permis d’écarter l’application d’un principe général du droit du travail. Il faut en conclure, d’une part et comme exposé précédemment, que la Haute juridiction préfère s’abstenir de consacrer un principe général du droit lorsque celui-ci est susceptible d’être très régulièrement écarté au profit d’impératifs du service public et, d’autre part, que lorsque le Conseil d’État juge bon de faire prévaloir le statut réglementaire sur une règle issue du Code du travail, il s’abstient de qualifier cette dernière de principe général du droit du travail¹⁵⁹¹.

442. La justification de la prévalence des nécessités du service public. Le tempérament apporté par le juge administratif à sa propre construction jurisprudentielle se justifie tant par des considérations juridiques que par des considérations d’opportunité.

¹⁵⁸⁸ CE, section, 11 juillet 2001, n° 220062 et 220108, *Lebon*.

¹⁵⁸⁹ A. BALDOUS, « L’intérêt du service dans le droit de la fonction publique », *RDP*, 1985, pp. 913-980, spéc. pp. 959 et s., cité par J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003, spéc. p. 454.

¹⁵⁹⁰ J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003, p. 454.

¹⁵⁹¹ Par exemple, la Haute juridiction a justifié la contrariété des clauses couperet à différentes règles du Code du travail par l’existence d’exigences particulières du service public, sans dégager de principe général du droit prohibant une discrimination en raison de l’âge : CE, 27 mars 1985, *Bourhis et autres*, n° 38361, *Lebon*, p. 91, (Air France), CE, 22 février 1989, *Roussel*, n° 69332, *Lebon*, p. 450 (SNCF).

Une première justification tient à des considérations liées à la hiérarchie des normes. En effet, les principes généraux du droit reconnus par le Conseil d'État n'ont pas tous la même valeur juridique. Certes, les principes visés par le Préambule de 1946¹⁵⁹² ont acquis valeur constitutionnelle¹⁵⁹³, mais leur application ne saurait avoir pour effet de vider de leur substance « *les principes constitutionnels propres aux services publics* »¹⁵⁹⁴, au nombre desquels on trouve le principe de continuité¹⁵⁹⁵ et son accessoire désigné comme le « *principe de la protection de la maîtrise publique des services publics* »¹⁵⁹⁶. Pour le reste, les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif sont dotés d'une valeur supra-décrétale et infra-législative, de sorte que s'ils s'imposent aux actes administratifs, ils ne sauraient en revanche faire obstacle aux principes généraux du service public.

Une seconde justification tient aux champs d'application du Code du travail, lesquels sont précisément établis depuis la recodification opérée en 2008¹⁵⁹⁷. Dès lors, si le juge administratif peut s'inspirer de valeurs issues du droit privé, il ne saurait faire prévaloir le Code du travail sur le statut réglementaire en dehors de son périmètre d'application. À cet égard, on rappellera que, sauf disposition expresse, les agents de la fonction publique ne sont pas soumis au Code du travail. Quant aux salariés des entreprises publiques à statut, ils y sont soumis dans des proportions variables, et fréquemment sous réserve des dispositions du statut réglementaire portant sur le même objet. Il n'appartient donc pas au juge de transgresser ces frontières légales en faisant prévaloir une norme dont le législateur aurait expressément exclu l'application. Plus encore, une application pure et simple du Code du travail reviendrait tout simplement à « *anéantir le statut, le jeter aux oubliettes* »¹⁵⁹⁸. On peinerait alors à légitimer l'existence d'un statut réglementaire du personnel exorbitant du droit commun, composé de sujétions et de contreparties pour former un tout cohérent, si celui-ci devait être écarté au profit de règles issues du Code du travail dès lors qu'elles seraient plus favorables au

¹⁵⁹² Principalement le principe de non-discrimination, la liberté syndicale, le droit de grève ou encore le droit de participation englobant un droit à la négociation collective (voir not. Conseil constit., 28 décembre 2006, n° 2006-545, DC, comm. A. LYON-CAEN, *RDT*, 2007, p. 84).

¹⁵⁹³ Conseil constit., 16 juillet 1979, *Liberté d'association*, n° 71-44, DC.

¹⁵⁹⁴ Conseil constit., 31 juill. 2003, *Archéologie préventive*, II, n° 2003-480, DC.

¹⁵⁹⁵ Conseil constit., 25 juillet 1979, *Loi relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, n° 79-105, DC, cons. 1 ; 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217, DC, cons. 78 ; 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, n° 2007-556, DC, cons. 10.

¹⁵⁹⁶ N. FOULQUIER et F. ROLIN « Constitution et service public », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37.

¹⁵⁹⁷ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁵⁹⁸ J.-F. LACHAUME, « *La prohibition, par un principe général du droit, des sanctions pécuniaires dans le secteur public* », *Dr. soc.*, 1989, p. 513.

requérant. Pour autant, malgré une justification théorique convaincante, la notion de « *nécessités du service public* » souffre de contours incertains qui ne facilitent pas leur application concrète.

443. Les contours incertains de la notion de « *nécessités du service public* ». La prudence dont fait preuve le juge administratif pourrait s'expliquer par la difficulté à appréhender les contours de telles nécessités qui, faute de définition, demeurent flous¹⁵⁹⁹. La proposition de S. GRÉVISSE souffrait du même écueil puisqu'elle préconisait, au nom de l'unité du droit social, l'application directe des dispositions du Code du travail, sans passer par le truchement des principes généraux du droit, lorsqu'aucune règle du droit public ne s'y opposait et que les nécessités du service public n'y faisaient pas obstacle¹⁶⁰⁰. Aussi cette proposition n'avait-elle que l'apparence de la simplicité. Elle aurait plongé gestionnaires et personnels des services publics dans une plus grande imprévisibilité encore et aurait sans aucun doute généré un contentieux abondant tant les contours des *nécessités du service public* sont incertains¹⁶⁰¹. Parce qu'elles varient en fonction du service en cause, de ses conditions de réalisation ou encore des fonctions exercées par le personnel, l'appréciation des nécessités du service public laisse une large marge de manœuvre au juge administratif.

444. Le rôle normatif du juge administratif en l'absence d'ensemble législatif cohérent. La théorie des principes généraux du droit illustre le pouvoir normatif du juge. En effet, sans préjudice de la question de savoir si la jurisprudence constitue ou non une source du droit¹⁶⁰², on se bornera à constater l'existence de règles jurisprudentielles s'imposant à l'administration et ses personnels, et donc l'existence d'un pouvoir normatif¹⁶⁰³. Afin d'éviter une contradiction trop flagrante avec l'article 5 du Code civil, le juge administratif recourt à une fiction selon laquelle il ne serait pas « *le concepteur des principes généraux mais seulement*

¹⁵⁹⁹ M. LOMBARD, « L'application du Code du travail aux "entreprises à statut" », *AJDA*, 1991, p. 602 ; J. PERTEK, note sous CE, ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, *Rev. Adm.*, 1988, p. 138.

¹⁶⁰⁰ Concl. sur CE, *Dame Peynet*, précité.

¹⁶⁰¹ Il suffit pour s'en convaincre de regarder le contentieux pré-*Berkani* relatif à la nature publique ou privée du contrat de travail des agents en fonction de leur participation à la mission de service public de leur employeur.

¹⁶⁰² O. DUPEYROUX, « La jurisprudence source abusive du droit », in *Mélanges MAURY*, 1960, t. 2, p. 349 ; M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du Droit public : études en l'honneur de G. SCELLE*, 1950, t. 2, p. 613 ; D. DE BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ*, 2006, p. 29.

¹⁶⁰³ Que l'on approuve ou que l'on conteste ce pouvoir, il serait bien irréaliste de réfuter son existence (en ce sens, O. DUPEYROUX, « La jurisprudence source abusive du droit », in *Mélanges MAURY*, 1960, t. 2, p. 349 ; D. DE BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ*, 2006, p. 29).

l'accoucheur »¹⁶⁰⁴. Se bornant à révéler leur préexistence dans l'ordre juridique¹⁶⁰⁵, le juge ne serait alors qu'un simple interprète dépourvu de rôle créateur.

Bien qu'il comporte le risque d'empiètement sur les attributions législatives, ce pouvoir créateur de droit semble correspondre à la façon dont le Conseil d'État conçoit son rôle et sa fonction juridictionnelle. La marge de manœuvre qu'il s'octroie dans l'élaboration du droit positif est d'autant plus grande que le silence du législateur quant aux notions de base du droit administratif lui a laissé une grande latitude¹⁶⁰⁶.

Parmi les nombreux facteurs qui ont conduit à l'avènement de la théorie jurisprudentielle des principes généraux du droit se retrouve ainsi « *l'insuffisance caractérisée de la loi en matière administrative et la part importante qui revient de ce fait au juge dans l'élaboration de la règle de droit* »¹⁶⁰⁷. L'office normatif du juge administratif résulterait alors de la volonté même du législateur qui s'abstient de légiférer, déléguant ainsi implicitement son pouvoir au juge. Certes, le Conseil d'État se montre prudent dans l'exercice de sa compétence et se garde de développer outre mesure un système qui pourrait être taxé d'arbitraire¹⁶⁰⁸, mais la « découverte » de principes généraux du droit hors de toute base textuelle en fait un « *juge qui gouverne* » au sens de RIVERO¹⁶⁰⁹. À cet égard, la détermination des régimes de travail au sein des services publics dépasse l'office du juge et nécessite une réponse législative ou du moins règlementaire¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, 7^{ème} éd., 2017, PUF, p. 187, n° 591.

¹⁶⁰⁵ D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, v° Principes.

¹⁶⁰⁶ B. GENNEVOIS, « Principes généraux du droit » – octobre 2010 (mise à jour : octobre 2014), *Encycl. Dalloz Cont. Adm.* ; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence source abusive du droit », in *Mélanges MAURY*, 1960, tome 2, p. 349.

¹⁶⁰⁷ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Préf. de J. RIVERO, éd. Sirey, 1954, p. 1.

¹⁶⁰⁸ B. GENNEVOIS « Principes généraux du droit » – octobre 2010 (mise à jour : octobre 2014), *Encycl. Dalloz Cont. Adm.* La crainte d'arbitraire ne serait pas fondée car la Haute juridiction aurait le souci de ne faire application d'un principe général que pour autant que son existence peut se déduire de la législation existante et repose sur un large consensus.

¹⁶⁰⁹ Le « *juge qui gouverne* » selon J. RIVERO est celui qui s'efforce « *d'affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendants de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte, la philosophie politique de la Nation, et dont, en se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif* ». (« Le juge administratif français : Un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron. p. 21).

¹⁶¹⁰ Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le législateur « *fixe les règles concernant [...] la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* » et « *détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ». On rappellera que l'article 37 confère au pouvoir règlementaire toute compétence « *pour les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi* ».

De surcroît, la liste des principes généraux du droit est toujours susceptible d'évolution. Et les revirements de jurisprudence, dès lors qu'ils sont rétroactifs, s'accommodent mal des exigences de prévisibilité et de sécurité juridique¹⁶¹¹. Or, si l'on ne peut nier les efforts déployés par le juge administratif pour préserver une certaine cohérence juridique dans un système où s'affrontent les impératifs du service public et les intérêts des personnels, il s'est montré, avec le temps, plus enclin à importer au sein des services publics des garanties propres à la logique contractuelle prévalant au sein du secteur privé (par exemple : le principe de l'intangibilité des contrats) en dehors de toute orientation d'ensemble¹⁶¹². Lorsque le juge choisit de révéler tel ou tel principe général inspiré du droit du travail, il privilégie, en effet, une « *tactique au coup par coup là où une solution globale s'impose* »¹⁶¹³.

445. Bilan de section : la nécessité d'une intervention législative globale. Le recours ponctuel aux dispositions du Code du travail par le juge administratif présente des limites et interroge sur la faisabilité et l'opportunité de réaliser l'unité du droit du travail subordonné.

Tout d'abord, si mouvement d'uniformisation du droit social il y a, celui-ci devrait aller dans un sens comme dans l'autre¹⁶¹⁴. Autrement dit, si les agents de droit public peuvent bénéficier de principes généraux du droit du travail, les contractuels de droit privé employés par les personnes publiques devraient quant à eux pouvoir bénéficier des principes généraux du droit de la fonction publique. Les principes généraux du droit de la fonction publique devraient ainsi trouver à s'appliquer à tous les personnels employés dans le cadre d'un service public, c'est-à-dire également à l'égard des agents contractuels de droit privé qui, bien qu'ils relèvent du droit privé, se voient tout de même appliquer les sujétions du service public¹⁶¹⁵. Il en va

¹⁶¹¹ C'est pourquoi en cas de revirement de jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'Homme impose aux Cours suprêmes des États membres le devoir de justifier de façon substantielle les raisons du revirement en fournissant au requérant des explications détaillées : CEDH, 5^{ème} section, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ l'ancienne République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03, (§ 38) ; CEDH, 18 décembre 2008, 5^{ème} section, *Unédic c/ France*, req. n° 20153/04.

¹⁶¹² D. LINOTTE avait d'ailleurs annoncé « *le déclin du pouvoir jurisprudentiel* » à l'arrivée de ces principes généraux du droit très spécialisés (« Déclin du pouvoir jurisprudentiel et accession du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *Act. Jur.*, 1980, p. 632).

¹⁶¹³ Y. SAINT-JOURS, « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Tendances du droit du travail français contemporain : mélanges G.H. CAMERLYNCK*, 1978, p. 231. F. ZAPATA évoque quant à lui « *un travail prétorien conduit "à l'aveugle"*, c'est-à-dire dans le silence des textes » (« Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public », *Dr. soc.*, 1996, pp. 697-704, spéc. p. 704).

¹⁶¹⁴ En ce sens, J. MEKHANTAR, « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques », *AJFP*, 2000, n° 6, pp. 21-33.

¹⁶¹⁵ Les salariés travaillant dans un service public sont soumis aux grands principes du service public, tels que le principe de continuité ou de neutralité et de laïcité. Ils peuvent ainsi relever de la législation encadrant le droit de grève dans le service public et doivent respecter une stricte neutralité religieuse (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, *Bull.*, 2013, V, n° 76).

ainsi, par exemple, de la protection fonctionnelle dont bénéficient les agents publics titulaires et non titulaires¹⁶¹⁶, et qui, inconnue du Code du travail, ne bénéficie pas aux contractuels de droit privé employés par l'administration. Ces derniers nous semblent alors tenu de se prévaloir de la qualité de « collaborateur occasionnel du service public » avant d'en réclamer le bénéfice¹⁶¹⁷. À cet égard, on regrettera que la loi du 20 avril 2016¹⁶¹⁸, qui a élargi le champ des bénéficiaires de la protection fonctionnelle aux conjoints, concubins, partenaires pacsés, enfants et ascendants directs de l'agent public, ait omis de tenir compte de la situation de ces contractuels.

Tout aussi nécessaire qu'elle ait été, l'œuvre du juge administratif en la matière a procédé d'une démarche ponctuelle, dépourvue de construction législative d'ensemble. À l'instar de la situation qui prévaut en matière de grève dans les services publics¹⁶¹⁹, on peut se demander si le juge administratif, lorsqu'il recourt aux principes généraux du droit du travail, n'encourage pas en réalité l'inertie du législateur en le déchargeant de l'élaboration d'un régime juridique cohérent et global de nature à encadrer le travail au sein des services publics et, plus largement, au sein du secteur public.

Plus de quarante ans après la « découverte » des principes généraux du droit du travail par le juge administratif, le temps semble venu pour le législateur de dégager un *socle* commun à l'ensemble du travail subordonné, garant non seulement des droits sociaux essentiels, mais aussi de la prise en compte des impératifs du service public, ce qui nécessite avant tout de les inventorier et ne saurait échapper à une remise en question générale des activités qualifiées de service public.

¹⁶¹⁶ Les agents publics bénéficient de la protection de l'administration contre les attaques dont ils font l'objet dans l'exercice de leurs fonctions, en cas de poursuites pénales à l'occasion de faits commis dans l'exercice de leurs fonctions et d'une garantie de l'administration en cas de condamnation civile prononcée à raison d'une faute de service (article 11 de la Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui s'applique depuis la loi du 16 décembre 1996 autant aux fonctionnaires qu'aux agents publics non titulaires).

¹⁶¹⁷ Voir not. CE, 13 janvier 2017, n° 386799, *Lebon* : « Il résulte d'un principe général du droit que, lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité dont il dépend de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet. Ce principe général du droit s'étend à toute personne à laquelle la qualité de collaborateur occasionnel du service public est reconnue ».

¹⁶¹⁸ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016.

¹⁶¹⁹ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

CONCLUSION DE CHAPITRE

446. Le dialogue des juges a sans aucun doute contribué à l'harmonisation des relations professionnelles entre le secteur public et le secteur privé.

Si le juge administratif a élaboré un droit autonome des relations de travail au sein du secteur public, il fait régulièrement application de règles du Code du travail au travers de principes généraux du droit du travail qu'il dégage au compte-gouttes, sous réserve de leur compatibilité avec des nécessités du service public, elles-mêmes identifiées au cas par cas. À cette occasion, le juge administratif a bouleversé la logique statutaire en privilégiant une approche contractuelle de la relation de travail, sous la réserve, certes, de « *nécessités du service public* », dont la teneur ne peut toutefois être véritablement identifiée.

Parrallèlement, le juge judiciaire s'approprie les lois fondamentales du service public dégagées par le juge administratif, telles que la neutralité religieuse, et les applique aux organismes de droit privé et à leurs salariés lorsqu'ils sont chargés d'une mission de service public.

Néanmoins, le dialogue des juges ne permet pas de surmonter toute complexité inhérente au dualisme juridictionnel. Au sein des entreprises à statut, le critère de répartition des compétences tenant à l'acte « *touchant à l'organisation du service public* » est suffisamment malléable pour être source d'incertitudes et de contentieux. Une telle complexité peut être atténuée par la simplification apportée par le Tribunal des conflits depuis sa décision *SCEA du Chéneau* du 17 octobre 2011. Toutefois, la nouvelle clé de répartition des compétences juridictionnelles qui en résulte impose une véritable convergence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, tant sur l'aménagement des compétences de chaque ordre que sur le fond du droit, nécessaire à l'application uniforme, exempte de dénaturation, des concepts juridiques transitant entre les juges - tels que celui de service public. Pour être efficace, cette nouvelle clé de répartition exige donc l'examen et la connaissance réciproque des jurisprudences de chacun des deux ordres juridictionnels.

En matière sociale, cette convergence interroge donc sur l'existence de deux ordres juridictionnels autonomes, dont le bien-fondé est régulièrement remis en cause, ainsi que l'illustre la tribune du 25 juillet 2017 du Premier président de la Cour de cassation Bertrand

LOUVEL¹⁶²⁰. Cette convergence invite ainsi à reconsidérer la proposition formulée par Pierre LAROQUE d'une juridiction sociale autonome, indépendante de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif¹⁶²¹.

¹⁶²⁰ B. LOUVEL, tribune du 25 juillet 2017, « Pour l'unité de juridiction », disponible sur le site de la Cour de cassation.

¹⁶²¹ P. LAROQUE, « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.*, 1945, p. 272.

CHAPITRE 3. LA PROPAGATION D'UNE LOGIQUE ISSUE DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL AU SEIN DE LA FONCTION PUBLIQUE

447. La logique capitaliste sur laquelle repose le secteur privé véhicule un certain nombre de valeurs ou d'impératifs, dont le premier est sans aucun doute l'exigence de performance des acteurs économiques, impliquant une flexibilité du personnel au regard de l'activité de l'entreprise. Le droit du travail, qui traduit le rapport des forces en présence au gré de la conjoncture sociale¹⁶²², est naturellement sous-tendu par ces valeurs, ces forces qui lui sont inhérentes bien qu'elles soient parfois dépourvues d'expression juridique directe. Cette logique économique, propre au secteur privé, s'enracine progressivement au cœur même de la fonction publique.

Dès 1989, le Professeur AUBY présageait que « *la fonction publique n'échappera pas, c'est maintenant certain, à une grande confrontation avec la gestion sociale privée, et elle ne pourra pas se protéger de la mise à plat qui va lui être imposée en s'abritant derrière les grands mythes fondateurs – le statut général, comme symbole de progrès social, le service public, comme justification du particularisme de la fonction publique – , dont la force de persuasion paraît bien affaiblie* »¹⁶²³. Les évolutions législatives récentes permettent de mesurer l'étendue de cette confrontation¹⁶²⁴. Bien qu'une « *mise à plat* » n'ait pas encore eu lieu, le mimétisme du droit de la fonction publique à l'égard du droit du travail a été identifié dès 1989¹⁶²⁵. Plus récemment, on peut mesurer l'influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique au travers de deux exemples : l'encadrement du dialogue social au sein de la fonction publique (**section 1**) et l'importation de modes de gestion du personnel issus du monde de l'entreprise (**section 2**).

¹⁶²² G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvr.*, 2004, pp. 49-56, spéc. p. 49.

¹⁶²³ J.-B. AUBY, « Réflexions sur les rapports du droit de la fonction publique et du droit du travail au travers du cas du secteur hospitalier », *Dr. soc.*, 1989, p. 153, spéc. p. 160.

¹⁶²⁴ La plupart des évolutions législatives jusqu'à l'alternance politique de 2012 reposaient nettement sur la volonté de modifier substantiellement le compromis de 1946 et de banaliser la situation des agents publics en s'inspirant notamment, dans une optique de modernisation, du droit du travail. À l'inverse, le quinquennat qui a suivi s'est davantage caractérisé par une forme de *statu quo* des réformes précédentes, ou comme s'inscrivant dans l'héritage de 1946 s'agissant de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (en ce sens, F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, n° 17, p. 31).

¹⁶²⁵ A. SUPIOT, « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.*, 1989, p. 777.

SECTION 1. L'IMPORTATION D'UNE CONCEPTION DU DIALOGUE SOCIAL ISSUE DU SECTEUR PRIVÉ

448. La reconnaissance du droit à la négociation collective des fonctionnaires a été tardive. Alors que l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 instituait un droit de participation à la détermination des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise au bénéfice de tous les travailleurs, ce n'est qu'en 1983 que le législateur a reconnu aux organisations syndicales de fonctionnaires la possibilité de « *conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations* » et « *débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* »¹⁶²⁶. La formulation reste ambiguë. Aujourd'hui encore, l'introduction de la négociation collective au sein de la fonction publique n'est pas totalement assumée.

En effet, la logique statutaire s'oppose par principe à l'idée de négociation. La condition des agents publics est fixée unilatéralement par les autorités détentrices du pouvoir législatif et réglementaire¹⁶²⁷. Dans ces conditions, accorder un droit à la négociation collective à ces mêmes agents publics ne peut qu'entraîner ambiguïté et perplexité.

Pour autant, initiée par le protocole Oudinot du 2 juin 1958, la pratique de la négociation au sein des fonctions publiques n'a jamais cessé de prendre de l'ampleur et ses thèmes ont sans cesse été élargis (résorption de l'emploi précaire, formation professionnelle etc.). Si les dernières réformes ne sont pas toutes issues d'un protocole d'accord¹⁶²⁸, elles ont toutes fait l'objet d'un processus de concertation¹⁶²⁹. Une fois n'est pas coutume, on observera ici l'importation dans le secteur privé d'une pratique issue du droit de la fonction publique¹⁶³⁰

¹⁶²⁶ Article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁶²⁷ Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁶²⁸ Voir not. loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique qui concrétise l'accord conclu le 25 janvier 2006 entre l'État et trois organisations syndicales représentatives de la fonction publique sur l'amélioration des déroulements de carrière des fonctionnaires, la prise en compte de l'expérience professionnelle et la formation ou encore la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 issue des accords de Bercy signés en 2008 entre le ministre du Budget, le secrétaire d'État chargé de la fonction publique et six des huit organisations syndicales de fonctionnaires représentatives.

¹⁶²⁹ Cf. not. loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

¹⁶³⁰ La procédure TOUTEE a été instaurée en 1964. Si elle a été abandonnée quatre ans plus tard (cf. G. ROCHECORBON, « Feu la procédure TOUTEE », *Dr. soc.*, 1968, p. 578), pour autant, la pratique de la concertation est restée.

puisque la loi du 31 janvier 2007 a imposé une obligation similaire à l'article premier du Code du travail¹⁶³¹.

449. Face au constat d'une négociation sociale dans la fonction publique demeurant « *rare et pauvre, notamment au regard de l'intensité des négociations dans le secteur privé* »¹⁶³², le législateur s'est inspiré du modèle du secteur privé (§ 1). L'influence travailliste de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale¹⁶³³ sur la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique¹⁶³⁴ est manifeste. Pour autant, le modèle de la fonction publique n'est pas entièrement assimilé à celui de l'entreprise. La permanence du principe statutaire s'oppose encore catégoriquement à la reconnaissance d'une valeur juridique contraignante des accords collectifs (§ 2). Une telle reconnaissance serait particulièrement symptomatique de l'avancée des techniques du droit privé dans l'emploi public, officialisant les deux facettes de l'administration : d'un côté, la puissance publique qui impose et, de l'autre, la partie au contrat qui négocie. C'est pourquoi certains auteurs ont pu écrire que « *la loi du 5 juillet 2010 prend acte, d'une certaine manière, de l'épuisement d'un modèle de relations sociales mais n'ose jeter les fondements solides de ce qui pourrait être un nouveau modèle* »¹⁶³⁵.

§ 1. Un encadrement juridique de la négociation collective influencé par le modèle du secteur privé

450. Bien que la loi du 5 juillet 2010 soit présentée comme la déclinaison des accords de Bercy du 2 juin 2008¹⁶³⁶, tout comme la loi du 20 août 2008 est présentée comme la déclinaison de la Position Commune du 10 avril 2008¹⁶³⁷, on ne peut feindre d'ignorer que

¹⁶³¹ L'article premier du Code du travail pose une obligation préalable de concertation à laquelle est soumis tout projet de réforme envisagé par le gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle.

¹⁶³² CE, *Rapport public pour l'année 2003 (Perspectives pour la fonction publique)*, EDCE, 2003, n° 54, p. 333.

¹⁶³³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁶³⁴ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

¹⁶³⁵ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Dr. adm.*, nov. 2010, étude 20.

¹⁶³⁶ Exposé des motifs, loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

¹⁶³⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

« la dynamique trouve sa source dans la sphère privée : la loi du 5 juillet 2010 est illisible si abstraction est faite de la loi du 20 août 2008 »¹⁶³⁸.

Les enjeux de la réforme étaient d'ailleurs sensiblement les mêmes d'un secteur à l'autre. Ainsi peut-on lire dans l'exposé des motifs de la loi du 5 juillet 2010 que les négociations ayant donné lieu aux accords de Bercy « ont pu être menées conjointement et en cohérence avec les négociations du secteur privé qui ont donné lieu successivement à la "position commune sur la représentativité" du 10 avril 2008, puis à la promulgation de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Les évolutions en cours dans le secteur public et le secteur privé obéissent à des objectifs similaires : fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes et promouvoir la négociation dans une logique d'autonomie des acteurs. » Aussi, comme dans le secteur privé, la démocratie sociale dans la fonction publique doit s'articuler autour de « deux principes clés » : un dialogue social « plus large et plus efficace » (A) et des acteurs « plus légitimes et plus responsables » (B).

A) La recherche d'un dialogue social plus efficace

451. Le paritarisme, fruit du compromis de 1946. La réforme du 5 juillet 2010 a ébranlé la spécificité du modèle des relations sociales issu du compromis de 1946. En échange de l'adoption d'un statut du personnel de caractère réglementaire, le modèle de la fonction publique jusqu'alors autoritaire a intégré une certaine logique participative. Les fonctionnaires ont obtenu, outre le droit de se syndiquer, le droit de collaborer à l'organisation et à la gestion des services par le biais d'organes consultatifs composés de manière paritaire, avec un nombre égal de représentants de l'administration et de ses agents – les commissions paritaires et les comités techniques paritaires. La consultation préalable des institutions paritaires a pour objet d'établir un contrôle *a priori* sur les décisions de l'autorité hiérarchique, d'éviter les décisions hâtives, arbitraires ou insuffisamment soucieuses des conditions de travail des agents. Comme dans le secteur privé, ces institutions sont des lieux, certes dépourvus de pouvoir de décision, mais permettant d'instituer un dialogue. Sur ce point, le paritarisme de la fonction publique présentait la particularité d'être intrinsèquement intégré aux services, à la différence du secteur privé dans lequel le paritarisme demeure en principe extérieur à l'entreprise (ex : négociation de branche, composition des conseils de prud'hommes).

¹⁶³⁸ Y. STRUILLLOU, « Droit du travail – droit public : des interactions aux effets paradoxaux », *SSL*, 2011, supp. n° 13 consacré aux paradoxes du droit du travail.

En ce sens, le principe du paritarisme des organes consultatifs de gestion de la fonction publique ne doit pas être confondu avec la concertation à laquelle se livrent les autorités publiques et les organisations syndicales avant la mise en œuvre d'un projet de modification du statut ou plus généralement d'une politique. La concertation se distingue d'une part, de la consultation en ce qu'elle comporte l'idée d'un engagement moral de la part des parties prenantes à la discussion et, d'autre part, de la négociation collective puisque la partie syndicale ne dispose d'aucun pouvoir de décision en raison du caractère réglementaire de la fonction publique¹⁶³⁹.

L'organisation paritaire des organes consultatifs a fini par essuyer des critiques de l'ensemble des acteurs. Tandis que les représentants de l'administration déploraient le caractère formaliste et peu constructif des débats au sein des comités techniques paritaires, ces institutions ne jouant plus leur rôle de prévention des conflits sociaux, les organisations syndicales déploraient quant à elles l'écart croissant entre un cadre juridique inchangé et une pratique de la négociation sur des sujets divers¹⁶⁴⁰.

452. *L'abandon quasi général du paritarisme au sein des organes consultatifs.* C'est dans ce contexte que la loi du 5 juillet 2010 a largement abandonné le principe du paritarisme au sein des trois fonctions publiques au profit d'un système de représentation élue.

Seules les commissions administratives paritaires (CAP) ont conservé leur caractère paritaire. Elles sont censées représenter une garantie pour les agents contre l'arbitraire des chefs de service puisqu'elles se prononcent, à titre consultatif, sur toutes les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires (titularisation, promotion, détachement, notation etc.). Chaque commission, créée au niveau d'un corps de fonctionnaires ou d'emploi au sein des trois fonctions publiques, comprend en nombre égal des représentants de l'administration et des représentants du personnel.

¹⁶³⁹ Sur ces différentes notions, voir Y. SAINT-JOURS, « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. soc.*, 1975, pp. 227-238.

¹⁶⁴⁰ Voir not. Y. STRUILLLOU, « Droit du travail – droit public : des interactions aux effets paradoxaux », *SSL*, 2011, supp. n° 13 ; Rapport du député P. MOREL-À-L'HUISSIER sur le projet de loi relatif à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique ; J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, janvier 2002, La documentation française, p. 21 : « L'observation des réalités actuelles du dialogue social montre à travers la grande diversité des trois fonctions publiques que le cadre fixé par le statut général a vieilli : le fonctionnement des instances consultatives cède souvent à la tentation d'un formalisme peu productif, la participation et l'expression directe des agents se développent, la question des relations entre dialogue social et dialogue avec les usagers est ouvertement posée, enfin le développement d'une logique de négociation, mieux adaptée à l'évolution des relations sociales dans notre société, rencontre des obstacles liés au contexte juridique et culturel propre à la fonction publique. »

Tel n'est pas le cas des comités techniques, organes consultatifs créés au niveau des différentes structures administratives et compétents sur des questions d'ordre général – notamment s'agissant de l'organisation et du fonctionnement du service¹⁶⁴¹. Ces comités comprennent des représentants de l'administration et des représentants du personnel élus au scrutin de liste avec représentation proportionnelle et dont le nombre de sièges varie en fonction des effectifs de la structure, sur le modèle du comité d'entreprise. Au sein de la fonction publique de l'État, seuls les représentants du personnel sont appelés à prendre part aux votes¹⁶⁴². Au sein de la fonction publique territoriale, l'avis du comité est rendu lorsqu'ont été recueillis, d'une part, l'avis des représentants du personnel et, d'autre part, seulement si une délibération le prévoit, l'avis des représentants de la collectivité ou de l'établissement¹⁶⁴³.

En outre, la loi du 5 juillet 2010 a transformé les comités d'hygiène et de sécurité (CHS) prévalant jusqu'alors dans la fonction publique de l'État¹⁶⁴⁴ et dans la fonction publique territoriale¹⁶⁴⁵ en comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), sur le modèle institué par le Code du travail – jusqu'à l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁶⁴⁶ ayant créé une nouvelle instance de représentation, le Comité social et économique, lequel comporte, sous certaines conditions, une commission dite « Santé, sécurité et conditions de travail ». Par ailleurs, les règles du Code du travail en la matière sont directement applicables au sein de la fonction publique hospitalière¹⁶⁴⁷. Comme leur nom l'indique, ces comités ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et à la sécurité des agents dans leur travail, à l'amélioration des conditions de travail et au respect de la réglementation, notamment par le biais d'avis consultatifs. Le législateur n'a pas fait le choix de maintenir le caractère paritaire de l'institution. Aussi, dans la fonction publique territoriale, si le CHSCT

¹⁶⁴¹ Voir respectivement pour les trois fonctions publiques, l'article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, tel que modifié par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 et les articles 10 et s. du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État (FPE) ainsi que les articles 32 et s. de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, tels que modifiés par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 (FPT). Au sein de la fonction publique hospitalière (FPH), les comités sont dénommés « comités techniques d'établissement » et jouissent de prérogatives plus larges (articles L. 6144-3, L. 6144-4 et R. 6144-40 et s. du Code de la santé publique).

¹⁶⁴² Article 15 de la loi du 11 janvier 1984, précitée.

¹⁶⁴³ Article 32 de la loi du 26 janvier 1984, précitée.

¹⁶⁴⁴ Article 10 de la loi du 5 juillet 2010, précitée.

¹⁶⁴⁵ Article 18 de la loi du 5 juillet 2010, précitée.

¹⁶⁴⁶ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n°0223 du 23 septembre 2017.

¹⁶⁴⁷ Article R. 4615-1 et s. du Code du travail.

comprend des représentants de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par l'autorité territoriale auprès de laquelle il est placé ainsi que des représentants désignés par les organisations syndicales, il est précisé que le nombre de représentants de la collectivité ou de l'établissement ne peut excéder le nombre de représentants désignés par les organisations syndicales¹⁶⁴⁸. Rien n'interdit donc qu'il y soit inférieur. Au sein de la fonction publique de l'État, le CHSCT comprend, outre la ou les autorités auprès desquelles ils sont placés, le responsable ayant autorité en matière de gestion des ressources humaines ainsi que des représentants du personnel dont le nombre est fixé en fonction de l'effectif ou de la nature des risques professionnels¹⁶⁴⁹. Sur le modèle du Code du travail, le paritarisme de l'institution n'a pas non plus été retenu au sein de la fonction publique hospitalière, le nombre de représentants du personnel étant fixé en fonction des effectifs¹⁶⁵⁰.

De même, le paritarisme a été supprimé des Conseils supérieurs des trois fonctions publiques, dont le rôle est d'assurer la participation des agents à la détermination de leurs conditions de travail en favorisant la concertation entre employeurs publics et représentants syndicaux. Le Conseil supérieur est un organe national consultatif, principalement chargé de rendre des avis sur toute question d'ordre général intéressant les fonctionnaires ou la fonction publique concernée¹⁶⁵¹.

Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE) comprenait classiquement en nombre égal des représentants de l'administration et des représentants des organisations syndicales de fonctionnaires de l'État. Depuis la loi du 5 juillet 2010 et son décret d'application du 16 février 2012¹⁶⁵², il est composé de quatre représentants de l'administration¹⁶⁵³ et de vingt membres désignés par les organisations syndicales de

¹⁶⁴⁸ Article 28 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale, tel que modifié par le décret n° 2012-170 du 3 février 2012.

¹⁶⁴⁹ Article 39 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, tel que modifié par le décret n° 2011-774 du 28 juin 2011.

¹⁶⁵⁰ Article R. 4615-9 et s. du Code du travail.

¹⁶⁵¹ Article 1^{er} du décret n° 2012-225 du 16 février 2012 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, *JORF* n° 0041 du 17 février 2012 ; Article 9 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010 ; Articles 12 et 14 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

¹⁶⁵² Décret du 16 février 2012 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, précité.

¹⁶⁵³ Arrêté du 23 février 2012 portant nomination au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, *JORF* du 26 février 2012. Sont membres de droit, sans pouvoir prendre part au vote, le directeur général de l'administration et de la fonction publique, un membre du Conseil d'État et un membre de la Cour des comptes.

fonctionnaires¹⁶⁵⁴. Les sièges des représentants syndicaux sont attribués proportionnellement au nombre de voix obtenues par chaque organisation lors des dernières élections des comités techniques¹⁶⁵⁵. Seuls ces derniers prennent désormais part aux votes, sauf lorsque le Conseil siège en tant qu'organe supérieur de recours en matière disciplinaire, d'avancement et en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle¹⁶⁵⁶.

Le caractère paritaire a également été supprimé au sein du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT). S'il est composé de vingt membres titulaires élus en qualité de représentants des collectivités territoriales et de vingt membres titulaires désignés en qualité de représentants du personnel par les organisations syndicales de fonctionnaires territoriaux, il est toutefois présidé par un représentant des collectivités territoriales, élu en son sein et les sièges attribués aux syndicats sont répartis entre eux proportionnellement aux voix obtenues lors des dernières élections des comités techniques¹⁶⁵⁷. À la différence des règles prévalant au sein du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État, l'avis du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale est rendu lorsqu'ont été recueillis à la fois l'avis des représentants des organisations syndicales et l'avis des employeurs territoriaux¹⁶⁵⁸.

Le caractère paritaire a également été supprimé au sein Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière (CSFPH), lequel est désormais présidé par un conseiller d'État qui ne prend pas part aux votes. Outre son président, le Conseil est composé de trente-deux membres titulaires, dont vingt représentants des organisations syndicales représentatives des agents hospitaliers, trois représentants des employeurs publics territoriaux, sept représentants des employeurs publics hospitaliers, le directeur général de l'offre de soins (ou son représentant) ainsi que le directeur général de la cohésion sociale (ou son représentant), ces deux derniers n'ayant pas voix délibérative¹⁶⁵⁹. À l'instar des règles prévalant dans les autres Conseils supérieurs, les sièges attribués aux organisations syndicales sont répartis entre elles selon le

¹⁶⁵⁴ Article 5 du décret du 16 février 2012, précité. À ces membres s'ajoutent deux suppléants par titulaire.

¹⁶⁵⁵ Article 5 du décret du 16 février 2012, précité.

¹⁶⁵⁶ Articles 4 et 15 du décret du 16 février 2012, précité.

¹⁶⁵⁷ Article 8 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010 et article 2 du décret n° 2016-1280 du 29 septembre 2016 modifiant le décret n° 84-346 du 10 mai 1984 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, *JORF* n° 0228 du 30 septembre 2016. À ces membres s'ajoutent deux suppléants par titulaire.

¹⁶⁵⁸ Article 9 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, précitée, tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010.

¹⁶⁵⁹ Articles 1^{er} et 2 du décret n° 2012-739 du 9 mai 2012 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière et à l'Observatoire national des emplois et des métiers de la fonction publique hospitalière, *JORF* n° 0109 du 10 mai 2012. Aux membres titulaires s'ajoutent deux suppléants par titulaire.

score électoral obtenu aux élections des comités techniques d'établissement et des comités consultatifs nationaux¹⁶⁶⁰.

Afin d'éviter les consultations redondantes de chaque Conseil supérieur sectoriel, la loi du 5 juillet 2010 a également créé un Conseil commun de la fonction publique, organe consultatif principalement chargé de rendre des avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou le cas échéant de décret portant sur une question transversale aux trois fonctions publiques¹⁶⁶¹. Logiquement, le choix du paritarisme n'a pas été retenu. Le Conseil commun est composé de trois collèges : celui des représentants des organisations syndicales de fonctionnaires (trente membres), celui des représentants des employeurs territoriaux et de leurs établissements publics (dix membres) et celui des représentants des employeurs hospitaliers (cinq membres). Siègent également en qualité de membres de droit sans prendre part aux votes, certains représentants d'administration dont le Président du CSFPH¹⁶⁶².

453. En définitive, l'abandon quasi général du paritarisme comme fondement de la démocratie sociale, laquelle pré-supposait que personnels et dirigeants ne s'affrontent pas mais collaborent pour trouver des solutions en conformité avec l'intérêt général, constitue un premier coup porté au compromis de 1946. En effet, cela revient à admettre que les intérêts respectifs des agents et des employeurs peuvent diverger. Comme dans le secteur privé, la négociation apparaît alors l'outil le mieux adapté au dialogue social. La modification de la composition et du mode de délibération des organismes consultatifs traduit un alignement indéniable sur les règles de participation qui sont celles du secteur privé depuis 1945. Cet alignement remet en cause le point d'équilibre entre la parole de l'employeur et celle des

¹⁶⁶⁰ Article 2 du décret du 9 mai 2012, précité.

¹⁶⁶¹ Articles 1 à 3 du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012 relatif au Conseil commun de la fonction publique.

¹⁶⁶² Article 4 du décret du 30 janvier 2012, précité. Il s'agit là du directeur général de l'administration et de la fonction publique ou son représentant ; d'un membre du Conseil d'État et un membre de la Cour des comptes ayant au moins rang, respectivement, de conseiller d'État et de conseiller maître ; du directeur général des collectivités locales ou son représentant ; du directeur général de l'offre de soins ou son représentant ; du directeur du budget ou son représentant. En outre, d'autres représentants des administrations de l'État et de ses établissements publics, des employeurs territoriaux et de leurs établissements publics ou des employeurs hospitaliers peuvent également assister le président du Conseil commun, à la demande de ce dernier, en tant qu'ils sont particulièrement concernés par les questions à l'ordre du jour, sans prendre part au vote.

agents¹⁶⁶³ : comme dans l'entreprise, le pouvoir décisionnaire appartient, *in fine*, aux organes de décision, c'est-à-dire à l'employeur.

454. Une ouverture des champs de la négociation. Jusqu'alors, le statut cantonnait la négociation aux seuls sujets portant sur les rémunérations, les conditions et l'organisation du travail¹⁶⁶⁴. La loi du 5 juillet 2010 a intégré la notion de pouvoir d'achat au sein des questions de rémunération et a élargi les champs de la négociation aux sept thèmes suivants : conditions et organisation du travail et du télétravail ; déroulement des carrières et promotion professionnelle ; formation professionnelle et continue ; action sociale et protection sociale complémentaire ; hygiène, sécurité et santé au travail ; insertion professionnelle des personnes handicapées ; égalité professionnelle entre les hommes et les femmes¹⁶⁶⁵. Malgré les apparences, il ne s'agit pas là d'une innovation majeure, la loi s'étant contentée de prendre acte des pratiques antérieures de négociations.

Le législateur n'a donc pas suivi l'auteur du *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique* qui recommandait d'élargir le champ ouvert à la négociation et à la convention à « *toutes questions concernant la situation matérielle et morale des fonctionnaires et des agents publics* »¹⁶⁶⁶. Cette réticence à admettre le principe d'une négociation libre s'explique sans doute par le fait que le statut est supposé recouvrir l'ensemble de la condition juridique du fonctionnaire.

455. Une négociation à la discrétion de l'administration. Surtout, l'initiative de la négociation demeure entre les mains de l'autorité administrative¹⁶⁶⁷. Le législateur n'a pas suivi les accords de Bercy sur ce point et s'est abstenu de mettre à la charge de l'administration une obligation annuelle de négocier telle qu'imposée par le Code du travail. Cette réticence s'explique aisément par la prééminence du principe hiérarchique dans la fonction publique. L'auteur du *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique* avait néanmoins proposé d'instaurer une telle obligation selon un calendrier plutôt souple, en tenant compte des spécificités des administrations concernées¹⁶⁶⁸. Cette abstention du législateur est dommageable. Comme l'avaient remarqué certains auteurs, « *l'effet positif de*

¹⁶⁶³ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Dr. adm.*, nov. 2010, étude 20.

¹⁶⁶⁴ Ancien art. 8, al. 2, de la loi du 13 juillet 1983.

¹⁶⁶⁵ Titre I^{er}, art. 8 bis-II.

¹⁶⁶⁶ J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, p. 81.

¹⁶⁶⁷ Article 8 bis de la loi du 13 juillet 1983.

¹⁶⁶⁸ J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, pp. 81-83 et p. 101.

*la loi Auroux [loi du 13 décembre 1982 ayant instauré une telle obligation dans le secteur privé] est d'avoir sorti le principe même de la négociation du pouvoir unilatéral de l'employeur ; les parties restent libres de définir le contenu et l'issue de la négociation, mais son principe ne se négocie pas »*¹⁶⁶⁹.

Le législateur s'est également abstenu d'encadrer les modalités de préparation et de conduite des négociations (calendrier, contenu des documents à transmettre aux syndicats...), sur le modèle de la négociation obligatoire en entreprise. Selon la circulaire ministérielle du 22 juin 2011, cette absence de formalisme présente l'avantage « *de laisser la plus grande souplesse à l'administration* » pour déterminer, « *après concertation avec les partenaires sociaux* », les conditions « *les plus propices à la conduite de négociations fructueuses et à la recherche du compromis* ». Maîtresse du jeu, l'administration doit néanmoins avoir le souci d'élaborer une négociation tenant compte des « *conditions concrètes de dialogue qui se sont établies dans les différentes administrations, selon des cultures et des traditions qui leur sont propres* »¹⁶⁷⁰. Le législateur n'a pas non plus repris l'exigence de loyauté dans le choix des interlocuteurs telle que résultant de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁶⁷¹ mais qui pourrait très bien être reprise par le Conseil d'État. Ici encore, l'influence du droit privé du travail n'est pas suffisante à contraindre l'administration dans la même mesure que l'employeur privé. En effet, ce dernier est tenu, pour atteindre la souplesse qu'il souhaite, de parvenir à un accord d'adaptation avec les syndicats¹⁶⁷².

456. La recherche d'une légitimité des accords collectifs. La négociation doit être menée au niveau le plus « *pertinent* » et le plus « *légitime* », dans la fonction publique comme dans l'entreprise. Sur ce point, la loi du 5 juillet 2010 avait dépassé la logique issue de la loi du 20 août 2008 en instaurant un principe majoritaire : « *Un accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % du nombre des voix lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié.* »¹⁶⁷³ En effet, pour le secteur privé, la loi du 20 août 2008 s'était bornée à retenir, comme condition de validité de l'accord collectif, l'obtention d'une simple majorité

¹⁶⁶⁹ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Dr. adm.*, nov. 2010, étude 20.

¹⁶⁷⁰ Circulaire ministérielle du 22 juin 2011 relative à la négociation dans la fonction publique.

¹⁶⁷¹ Cass. soc., 26 mars 2002, *Sanofi*, n° 00-17.231, *Bull.*, V, n° 107 ; Cass. soc., 17 septembre 2003, *Féd. Nat. des ind. de la chimie*, n° 01-10.706, *Bull.*, V, n° 240.

¹⁶⁷² Articles L. 2242-10 et L. 2242-11 du Code du travail.

¹⁶⁷³ Articles 8 bis - IV de la loi du 13 juillet 1983, tel que résultant de la loi du 5 juillet 2010.

d'engagement (30 % des suffrages exprimés et en l'absence d'une majorité d'opposition fixée à 50 % des suffrages exprimés). Sur ce point, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 puis l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 ont parachevé l'harmonisation du droit applicable aux secteurs public et privé en instaurant progressivement le principe de l'accord majoritaire au sein des entreprises privées. À compter du 1^{er} janvier 2017, les accords relatifs à la durée du travail, aux repos et aux congés – puis dès le 1^{er} mai 2018 pour tous les autres accords – ne demeureront valables qu'à la condition d'être signés par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles (c'est-à-dire ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors desdites élections) et ce, quel que soit le nombre de votants. À cet égard, la loi du 5 juillet 2010 offre un panel de négociateurs bien plus large puisque les suffrages obtenus par tous les syndicats ayant un siège au moins¹⁶⁷⁴ peuvent être comptabilisés pour atteindre la barre des 50 %.

Le contre-exemple de l'accord AP-HP du 27 octobre 2015. Dans ces conditions, on s'interroge sur la portée de l'accord relatif à l'organisation et au temps de travail signé le 27 octobre 2015 entre la direction générale de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP) et la CFDT AP-HP. En effet, il semblerait que, dans la mesure où la CFDT ne représentait pas à elle seule 50 % des voix aux élections professionnelles, la direction et le syndicat aient choisi de contourner la difficulté en signant un avenant à l'accord relatif aux 35 heures signé en 2002 dont la CFDT était signataire aux côtés d'autres organisations syndicales (CFTC, CFE-CGC, UNSA), lesquelles ne sont plus représentatives. Certes, la loi du 5 juillet 2010 ne prévoit pas les conditions de validité d'un avenant, mais au regard de la jurisprudence développée par la Chambre sociale¹⁶⁷⁵, il semble que l'accord de révision, en tant qu'accord collectif, est bel et bien soumis aux règles de l'accord majoritaire. Par ailleurs, l'esprit de la loi du 5 juillet 2010 visant à accroître la légitimité des négociateurs, s'oppose à la reconnaissance d'un avenant qui ne serait approuvé que par des syndicats minoritaires. La

¹⁶⁷⁴ Article 8 bis, III, de la loi du 13 juillet 1983.

¹⁶⁷⁵ En l'absence de clause de révision, la Cour de cassation considère qu'il résulte de l'article L. 2261-7 que, d'une part, le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision et que, d'autre part, les organisations syndicales signataires sont seules habilitées pour signer l'avenant de révision selon les règles applicables à chaque niveau de négociation, c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} janvier 2017 si une majorité d'engagement (30 % des suffrages exprimés) est réunie et en l'absence d'opposition majoritaire (Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42.481, *Bull.*, V, n° 224).

conclusion de ce type d'accord contrevenant directement à l'esprit de la loi et remettant en cause la légitimité du dialogue social est regrettable.

B) La recherche d'acteurs plus légitimes et plus responsables

457. Une légitimité fondée sur le score électoral. Sur le modèle de l'entreprise, la loi du 5 juillet 2010 a imposé le principe de l'élection directe comme mode de légitimité des instances représentatives suivant un cycle électoral de quatre ans. Tout comme la loi du 20 août 2008 dans le secteur privé, la loi du 5 juillet 2010 a ainsi mis fin à la présomption irréfragable de représentativité des organisations syndicales historiques, lesquelles bénéficiaient jusqu'alors d'un monopole de présentation des candidats aux élections professionnelles et de désignation des représentants dans certains organes de participation. Dans la logique d'une représentativité réelle, toutes les organisations syndicales de fonctionnaires, représentatives ou non, peuvent dorénavant présenter des listes au premier tour des élections professionnelles organisées dans les fonctions publiques sous réserve de satisfaire aux critères d'ancienneté de deux ans à compter de la date du dépôt légal des statuts, du respect des valeurs républicaines et d'indépendance¹⁶⁷⁶, ou d'être affiliées à une union de syndicats de fonctionnaires remplissant ces conditions ; le législateur reprenant ainsi certains des critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail.

Comme dans le secteur privé, le score électoral conditionne l'accès des organisations syndicales à la table des négociations. Toutefois, la qualité d'organisation représentative n'est pas subordonnée à l'obtention d'un pourcentage minimal de suffrages exprimés lors des élections mais à l'obtention d'un siège dans les organismes consultatifs¹⁶⁷⁷. Par ailleurs, il est pour le moins étonnant que certains critères de représentativité – la transparence financière, l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ainsi que les effectifs d'adhérents et les cotisations – posés à l'article L. 2121-1 du Code du travail n'aient pas été repris à l'égard des syndicats de fonctionnaires. Aucun de ces critères ne traduit pourtant une

¹⁶⁷⁶ Article 9 bis de la loi du 13 juillet 1983, tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010.

¹⁶⁷⁷ Article 1^{er}, III de la loi du 5 juillet 2010 créant l'article 8 bis au sein de la loi du 13 juillet 1983. Comme l'observent E. MARC et Y. STRUILLLOU, les négociateurs des accords de Bercy ont sur ce point été plus prudents que leurs homologues de la Position commune ayant précédé la loi du 20 août 2008.

spécificité incompatible avec la vie syndicale dans l'administration ou le droit de la fonction publique¹⁶⁷⁸.

458. La légitimité des instances représentatives passe également par un accès généralisé à la qualité d'électeur. Les comités techniques de la fonction publique de l'État sont désormais élus directement par les agents publics, qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels. On regrettera que la réforme n'ait pas pris en compte la situation spécifique mais croissante des contractuels de droit privé. En effet, la Cour de cassation juge que l'agent public mis à la disposition d'un organisme de droit privé pour accomplir un travail pour le compte de celui-ci et sous sa direction, est lié à cet organisme par un contrat de travail. Il en découle que l'agent est électeur et éligible aux élections professionnelles se déroulant dans l'entreprise¹⁶⁷⁹. Il est donc regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de définir les règles générales visant à encadrer la représentation collective au sein des entités administratives employant simultanément des agents publics et des salariés¹⁶⁸⁰.

459. Par ailleurs, la loi du 5 juillet 2010 désigne comme titulaires du droit à la négociation collective les syndicats de fonctionnaires et n'a pas prévu, à la différence des règles prévalant au sein de l'entreprise, de procédure de négociation dérogatoire par le biais d'agents mandatés. Cela peut sans doute s'expliquer par la présence et la puissance des syndicats dans l'ensemble des fonctions publiques qui rendent inutile la mise en place d'une telle procédure de substitution.

S'agissant des acteurs patronaux de la négociation, il est difficile de fondre entièrement la situation de la fonction publique dans la logique d'un dialogue social construit à l'image du secteur privé. D'une part, s'agissant de la fonction publique territoriale, l'absence d'entité nationale regroupant les 48 000 employeurs publics¹⁶⁸¹ empêche toute négociation « *de branche* ». D'autre part, s'agissant de la fonction publique d'État, l'interlocuteur patronal qui n'est autre que l'État employeur, ne peut que difficilement se séparer de sa qualité d'État puissance publique. À la différence de l'employeur privé, qui est réputé agir dans l'intérêt de l'entreprise, l'État doit ménager les intérêts particuliers de l'activité en cause et l'intérêt

¹⁶⁷⁸ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Dr. adm.*, nov. 2010, étude 20.

¹⁶⁷⁹ Cass. soc., 20 juin 2012, n° 11-20.145, *Bull.*, V, n° 191.

¹⁶⁸⁰ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁶⁸¹ *Bulletin d'information statistique de la direction générale des collectivités locales*, n° 107, déc. 2015. Ces employeurs territoriaux englobent les collectivités territoriales *stricto sensu* (communes, départements et régions) et leurs établissements associés ainsi que d'autres établissements publics locaux.

général. Plus largement, la puissance publique que représente l'administration fait obstacle au caractère impératif des conventions collectives conclues dans le secteur privé.

§ 2. Le principe statutaire, obstacle à la normativité des accords collectifs au sein de la fonction publique

460. Des accords collectifs dépourvus de force obligatoire. Le statut de la fonction publique repose sur l'idée que le travail du fonctionnaire, parce qu'il est mû par l'intérêt général, n'est pas un métier comme les autres et doit préserver en toutes circonstances les principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité du service public. En conséquence, l'administration doit pouvoir à tout moment et de façon unilatérale, modifier la situation de ses agents. En ce sens, la situation statutaire et réglementaire dans laquelle est placé le fonctionnaire¹⁶⁸² s'oppose en principe à ce que celui-ci puisse s'organiser pour défendre ses intérêts et négocier sa condition avec son employeur public. Il découle de cette situation réglementaire que toute modification du statut modifie automatiquement la situation de chacun d'entre eux. En droit du travail au contraire, le « *statut collectif* » ne s'incorpore pas au contrat de travail, qu'il s'agisse d'un accord collectif¹⁶⁸³, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur¹⁶⁸⁴. D'ailleurs, si les institutions de la fonction publique ont très rapidement adopté le processus de la *concertation* entre partenaires sociaux au plan interministériel ou à l'échelon ministériel¹⁶⁸⁵, c'est bien parce qu'*in fine*, la prise de décision reste entre les mains du gouvernement. Le Conseil d'État a toujours refusé de reconnaître aux accords, constats ou autres protocoles issus de la concertation une portée normative et les a assimilés à de simples « *déclarations d'intention dépourvues de valeur juridique et de force contraignante* »¹⁶⁸⁶, ni invocables¹⁶⁸⁷ et ni susceptibles de recours devant le juge administratif¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸² Article 4 du Statut général de la fonction publique (Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

¹⁶⁸³ Bien qu'un accord collectif puisse « primer » sur le contrat individuel de travail (voir, s'agissant des accords collectifs visant à répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, les articles L. 2254-2 et s. du Code du travail).

¹⁶⁸⁴ Cass. soc., 13 mars 2001, *EDF-GDF*, n° 99-40 678, *Bull.*, V, n° 94.

¹⁶⁸⁵ Par exemple, concernant l'évolution générale des rémunérations (accords DURAFOR 1990), la formation professionnelle (1992, 1996), l'hygiène et la sécurité (1994), l'emploi précaire (1996, 2000).

¹⁶⁸⁶ CE, 27 octobre 1989, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, n° 102.990, *Lebon*, p. 833 ; CE, 1^{er} février 1999, n° 197516, *Association syndicale des contractuels du ministère de l'industrie, RFDA*, 1999, p. 226, note C. MONIOLLE ; CE, 13 octobre 2004, n° 256489 ; CE, 24 mai 2006, n° 277120. Ce qui signifie évidemment qu'un accord collectif ne peut en aucun cas déroger au statut de la fonction publique.

¹⁶⁸⁷ CE, ass., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale [CFDT]*, n°s 76767 et 76768, *Lebon*, p. 247 ; CE, 27 juin 1997, *Union des personnels de surveillance d'encadrement pénitentiaire et*

Malgré son inspiration travailliste, la loi du 5 juillet 2010 a conservé cet état du droit. L'exposé des motifs indique précisément que « *la fonction publique de statut et de carrière conserve ses spécificités, notamment l'absence d'impact juridique d'un accord conclu dans son champ sur les dispositifs légaux et réglementaires* ». Sur cette base, le Conseil d'État a toutefois jugé par un arrêt du 22 mai 2013, après avoir rappelé qu'un protocole d'accord est dépourvu de portée juridique, que le refus de l'administration de prendre en compte l'opposition d'une organisation syndicale à un protocole d'accord est un acte faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹⁶⁸⁹. Cette solution s'inscrit parfaitement dans l'objectif de légitimation et de responsabilisation des acteurs du dialogue social fixé par la loi.

461. Le législateur s'est donc contenté de reconnaître aux fonctionnaires un droit procédural à la négociation, sans aller jusqu'à lui accorder le droit substantiel de négocier collectivement¹⁶⁹⁰. Dans ces conditions, l'instauration de conditions de validité d'un acte dépourvu de tout effet juridique a de quoi laisser perplexe. Dans le secteur privé, l'instauration par la loi du 20 août 2008 de nouvelles conditions de représentativité syndicale et de validité des accords collectifs procédait de la recherche d'une légitimité des acteurs du dialogue social et des accords collectifs déterminant le statut collectif des salariés. Ce souci a été partagé par le législateur de 2010 puisque l'exposé des motifs de la loi du 5 juillet 2010 énonce que les conditions de validité des accords « *permettront de donner tout son sens à la signature dans une logique de responsabilisation de l'ensemble des acteurs parties prenantes tout en définissant des règles claires qui s'imposeront à tous dans le champ spécifique de la négociation* ». Dès lors, la responsabilisation des acteurs apparaît singulièrement limitée en l'absence de portée normative de l'accord conclu.

postulants association des premiers surveillants, n° 158740 ; CE, 6 novembre 1998, n° 185332, à propos du protocole d'accord DURAFOR.

¹⁶⁸⁸ CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, n° 279877, *Lebon*, p. 298 ; *AJDA*, 2006, p. 1304, à propos de la « *charte du dialogue social à la direction générale des impôts* » qualifiée de « *simple relevé de conclusions, établi à l'issue de négociations [...] et destiné à orienter le comportement des partenaires sociaux dans leurs relations réciproques* ».

¹⁶⁸⁹ CE, 22 mai 2013, *Fédération Interco CFDT et autres*.

¹⁶⁹⁰ Y. FERKANE, « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, Collection L'Unité du droit, Vol. 1, p. 129. Plus précisément, l'auteur opère deux distinctions : d'une part, entre droit substantiel (le droit de négocier collectivement) et droit procédural (le droit qui régit le processus de la négociation collective) et, d'autre part, entre le processus (la négociation collective) et son aboutissement (l'accord collectif), (Y. FERKANE, *L'accord collectif de travail, Étude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, 2017, spéc. p. 308).

Le choix – « *de ne rien faire... ou presque* »¹⁶⁹¹ – du législateur est d’autant plus frappant que certaines pistes avaient été explorées. Jacques FOURNIER proposait ainsi de développer une procédure d’homologation par le pouvoir réglementaire des conventions régulièrement conclues¹⁶⁹², proposition qui avait d’ailleurs suscité la faveur de différentes organisations syndicales¹⁶⁹³ et avait été peu ou prou reprise par le rapport de Jean-Ludovic SILICANI¹⁶⁹⁴. Le rapport public du Conseil d’État pour l’année 2003 proposait quant à lui de faire coexister statut et contrat soit par une voie « *maximaliste* » (c’est-à-dire le basculement d’un grand nombre d’agents d’un régime statutaire et réglementaire à un régime de conventions collectives et de contrat de travail), soit par une voie « *minimaliste* » (c’est-à-dire qui consisterait à prévoir, dans le respect du régime statutaire et réglementaire et en complément des dispositions réglementaires classiques, un droit d’origine conventionnelle consistant à développer *via* l’homologation des accords collectifs, des « *actes réglementaires à élaboration contractuelle* ») ou enfin par une voie « *intermédiaire* » (dans laquelle les fonctionnaires conserveraient le bénéfice du statut s’agissant du déroulement de carrière lié à des grades mais seraient soumis à des conventions collectives pour « *la détermination des règles de gestion fonctionnelle* »)¹⁶⁹⁵.

462. Finalement, cette reconnaissance en demi-teinte peut tout simplement s’expliquer par la volonté du législateur de laisser « *le temps aux esprits de s’habituer à ce qui pourrait être dans un plus ou moins proche avenir une nouvelle source du droit de la fonction publique* »¹⁶⁹⁶. En effet, la reconnaissance d’une valeur normative des accords soulève de nombreuses questions susceptibles de remettre en cause certains piliers du droit de la fonction publique.

Tout d’abord, derrière le principe statutaire se dressent ceux de l’adaptabilité et de la continuité du service public. À cet égard, reconnaître aux fonctionnaires un droit substantiel à la négociation collective ne risquerait-il pas de porter préjudice à l’intérêt général dont l’administration se porte garante ? En fin de compte, les notions de puissance publique et de

¹⁶⁹¹ F. MELLERAY, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 2045.

¹⁶⁹² J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, pp. 86-92.

¹⁶⁹³ En ce sens, voir les observations sur le rapport de la CFDT (p. 111), de la CFTC (p. 117) et de l’UNSA (p. 144). En sens contraire, voir les critiques de la CGT (p. 124-125) et de la FSU (p. 140-141).

¹⁶⁹⁴ J.-L. SILICANI, *Livre blanc sur l’avenir de la fonction publique*, 2007, *La doc. fr.*, p. 116.

¹⁶⁹⁵ CE, Rapport public pour l’année 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, 2003, n° 54, pp. 334 et s.

¹⁶⁹⁶ D. JEAN-PIERRE, « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCPA*, 2010, n° 2284.

service public semblent encore s'opposer à ce que « *l'État puisse discuter d'égal à égal avec ses agents des conditions d'emploi* »¹⁶⁹⁷. Reconnaître une négociation entre parties égales laisserait supposer, au mieux, que l'intérêt général possède la même valeur que les intérêts particuliers du personnel et au pire que l'intérêt général n'a pas sa place dans la réglementation du travail de service public, ce qui contredirait alors l'existence d'un droit statutaire exorbitant du droit commun. Les intérêts particuliers des personnels se distinguant de l'intérêt général, négociation collective et impératifs du service public seraient-ils par principe conciliables ? C'est bien parce que le travail au sein du service public est destiné à l'accomplissement de l'intérêt général que les revendications collectives des personnels ne peuvent avoir la même force que dans une entreprise privée. Dans ces conditions, on s'interroge sur la place qui doit revenir aux revendications du personnel au sein du service public. Comme l'observait le Conseil d'État dans son rapport public pour 2003, « *en l'espèce, il n'y a pas des partenaires qui doivent en commun régler les problèmes qui se posent en engageant leur signature, sauf à échouer ensemble dans leur mission ; il y a d'un côté un partenaire, la puissance publique, sur laquelle repose la totalité de la responsabilité, et qui est censée disposer de tous les moyens nécessaires pour l'assumer, et de l'autre des partenaires qui le savent et qui peuvent se contenter de contester et de marquer leur distance vis-à-vis de ce qui ne marche pas dans la fonction publique, y compris dans les domaines où ils ont pourtant une responsabilité objective évidente, comme celui des affectations. Par là même, cette situation est une des causes de la rigidité du système de fonction publique, en le privant de la souplesse et de la dynamique des mécanismes contractuels* »¹⁶⁹⁸.

À cet égard, la reconnaissance d'une valeur juridique contraignante des accords collectifs conclus au sein de la fonction publique reviendrait à imposer à l'administration deux faces difficilement conciliables : d'un côté la puissance publique qui contraint et de l'autre celle qui contracte, qui négocie et se soumet à la loi des parties. Néanmoins, il nous semble que même « rabaissée » au rang de partie au contrat, l'administration pourrait probablement faire jouer la théorie de l'imprévision, entendue au sens du droit administratif, pour modifier le contenu de l'accord en cas de nécessités du service public – par exemple en cas de dégradation des finances publiques.

¹⁶⁹⁷ Y. FAGON, député-rapporteur du texte sur le statut général en 1946 devant l'Assemblée nationale Constituante (JOAN du 17 septembre 1946, p. 627).

¹⁶⁹⁸ CE, Rapport public pour l'année 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, 2003, n° 54, pp. 333-334.

463. Une solution pourrait alors venir de la remise en cause du principe hiérarchique lui-même au profit d'un contrat collectif de fonction publique. En effet, lorsque le principe du caractère réglementaire du régime des agents publics a été posé, celui-ci couvrait à peine plus de 500 000 agents alors qu'ils étaient 5,448 millions fin 2014¹⁶⁹⁹. Dans ces conditions, la détermination des règles applicables aux agents publics par la seule loi ou par un décret en Conseil d'État peut entraîner une trop grande centralisation, une lenteur d'adaptation et un frein aux expérimentations¹⁷⁰⁰.

Par ailleurs, il nous semble que la question de l'articulation entre le statut et la norme conventionnelle ne poserait pas en elle-même de difficulté insurmontable. Le législateur a déjà réglé cette question au sein des entreprises à statut puisque l'article L. 2233-2 du Code du travail dispose que « *des conventions ou accords d'entreprises peuvent compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut* », ce dont il faut déduire qu'un accord collectif ne peut jamais contredire le statut réglementaire¹⁷⁰¹. Cette articulation serait tout à fait transposable au droit de la fonction publique. La prééminence de la loi s'opposerait alors à ce que les accords modifient la condition statutaire du fonctionnaire sans que la loi elle-même ne l'y autorise, sur le modèle de la distinction à l'œuvre en droit du travail entre l'ordre public absolu et l'ordre public social.

Le rapport FOURNIER proposait également deux solutions alternatives¹⁷⁰². Dans l'hypothèse d'une soumission des agents publics au régime des conventions collectives prévu par le droit du travail, la loi pourrait définir le champ d'application de la convention qui serait substituée au statut (thèmes de négociation et personnels concernés). Dans l'hypothèse du maintien d'un régime exorbitant du droit commun applicable aux agents publics, le rapport FOURNIER proposait sous certaines réserves d'instaurer une procédure d'homologation des conventions régulièrement conclues. C'est d'ailleurs le système existant s'agissant des conventions d'assurance chômage, qui bien qu'ayant la nature d'un acte de droit privé¹⁷⁰³, ne produisent

¹⁶⁹⁹ Ministère de la fonction publique, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, 2016, V° « Faits et chiffres, l'essentiel sur l'état de la fonction publique ».

¹⁷⁰⁰ En ce sens, M. POCHARD, *Les 100 mots de la fonction publique*, n° 97, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 2011.

¹⁷⁰¹ Voir not. M. LOMBARD, « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *AJDA*, 1991, p. 605.

¹⁷⁰² J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, janvier 2002, *La doc. fr.*, pp. 86-92.

¹⁷⁰³ CE, 29 juillet 1994, *Assemblée nationale et fédérale d'associations de sous-officiers de carrière de l'armée française*, n° 118327, *Lebon*, p. 389.

leurs effets juridiques qu'après homologation par décret pris en Conseil d'État¹⁷⁰⁴. Toutefois, si cette procédure semble adaptée s'agissant des accords négociés au niveau ministériel, elle paraît source de lenteur et de complexité s'agissant des négociations déconcentrées.

À cet égard, la décentralisation de la négociation à tous les niveaux de décision pertinents est-elle susceptible d'entrer en contradiction avec le principe d'égalité de traitement entre les agents, lequel est aussi bien reconnu par le Conseil constitutionnel¹⁷⁰⁵ que par le Conseil d'État¹⁷⁰⁶ ? La réponse semble négative¹⁷⁰⁷. Le Conseil constitutionnel admet la validité des différences de traitement opérées entre « *candidats ou agents se trouvant dans des situations différentes dès lors que cette différence de situation présente un caractère objectif et qu'elle est motivée par l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public* »¹⁷⁰⁸ tandis que le Conseil d'État admet qu'une indemnité de service puisse varier selon des critères géographiques si cela contribue à la réalisation de l'intérêt général¹⁷⁰⁹.

En réalité, la difficulté concerne surtout l'articulation entre les accords conclus à des niveaux différents. Le législateur a posé la règle selon laquelle « *une négociation dont l'objet est de mettre en œuvre à un niveau inférieur un accord conclu au niveau supérieur ne peut que préciser ce dernier ou en améliorer l'économie générale dans le respect de ses stipulations essentielles* »¹⁷¹⁰. On ne peut que regretter l'imprécision de telles dispositions.

L'« *amélioration de l'économie générale* » et le caractère « *essentiel* » de stipulations conventionnelles peuvent être diversement interprétés. Seule une application au cas par cas, et donc dotée d'une grande insécurité juridique, semble envisageable. La circulaire du 22 juin 2011 légitime d'ailleurs cette casuistique par la volonté de « *laisser une certaine souplesse dans la négociation, à chaque niveau, si les parties concluent à un bénéfice mutuel [afin de] permettre notamment d'adapter les moyens mis en œuvre dans la poursuite d'un objectif particulier* »¹⁷¹¹.

¹⁷⁰⁴ Articles L. 5422-20 et s. du Code du travail.

¹⁷⁰⁵ Conseil constit., 15 juillet 1976, n° 76-67, DC.

¹⁷⁰⁶ CE, 13 mai 1960, *Molina et Guidoux, Lebon*, p. 324 (reconnaissant au principe d'égalité de traitement entre les agents la valeur d'un principe général du droit).

¹⁷⁰⁷ En ce sens, Y. FERKANE, « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, coll. L'Unité du droit, Vol. 1, spéc. p. 133.

¹⁷⁰⁸ Conseil constit., 16 juillet 2009, n° 2009-584, DC.

¹⁷⁰⁹ CE, 11 juillet 2001, *Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard, Lebon*, p. 339.

¹⁷¹⁰ Article 8 bis, III, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1983.

¹⁷¹¹ La circulaire apporte un exemple : « *Si un accord national, par exemple en faveur de l'amélioration de l'insertion professionnelle des personnes handicapées ou en faveur de l'égalité professionnelle entre*

Dans la mesure où la négociation doit avoir lieu à tous les niveaux de décision « pertinents », sur l'un des différents thèmes prévus par la loi, se pose tout de même la question du sort des accords conclus à un niveau inférieur mais ne visant pas à la mise en œuvre d'un accord conclu à un niveau supérieur. En cas de conflit, faudra-t-il appliquer le principe hiérarchique, quitte à contredire le principe de proximité, ou le principe de faveur, quitte à bouleverser l'équilibre financier ou l'organisation du travail des services concernés ? On s'interroge alors sur la place accordée au principe de faveur. Doit-on considérer que ce principe, qualifié par le juge administratif de principe général du droit du travail¹⁷¹², a vocation à s'appliquer dans la fonction publique ? Au contraire, doit-on considérer que les nécessités du service public doivent être prises en compte pour apprécier l'étendue des « *stipulations essentielles* » de l'accord conclu au niveau supérieur ?

464. En définitive, la loi du 5 juillet 2010 a acté l'existence d'un droit procédural de négocier, sans reconnaître l'effectivité du droit de conclure des accords collectifs. Ce compromis se comprend dans le cadre du régime statutaire actuel. En effet, la reconnaissance de la valeur juridique des accords collectifs aurait abouti à un basculement du « statutaire » vers le « tout contractuel », autrement dit au passage d'une fonction publique de carrière à une fonction publique d'emploi, ce que les forces syndicales n'auraient sans doute pas accepté¹⁷¹³.

Enfin, il ne s'agit pas de dénier toute qualité à la négociation collective dépourvue de caractère contraignant. Assurément, elle a d'autres vertus : le dialogue social « *permet d'être entendu, écouté et le rituel qui l'accompagne, la "forme" du discours, désamorce bien des*

hommes et femmes, était conclu, dans le cas de son application à un service territorial déjà très sensibilisé à cette question, celui-ci serait susceptible d'adapter les mesures nationales ou de négocier la mise en œuvre de mesures différentes, en fonction des actions qu'il a déjà mises en place, afin de rechercher une plus grande efficacité. En revanche, il ne pourrait se satisfaire des "bons résultats" qu'il obtiendrait déjà pour se dispenser de mettre en œuvre l'accord dont la stipulation est, dans les exemples donnés, d'intensifier les politiques en faveur de l'insertion professionnelle des personnes handicapées ou de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. »

¹⁷¹² CE, 8 juillet 1994, *Confédération générale du travail*, n° 105471.

¹⁷¹³ Y. STRUILLOU, « Droit du travail – droit public : des interactions aux effets paradoxaux », *SSL*, 2011, supp. n° 13.

conflits »¹⁷¹⁴. Ces accords possèdent de plus une certaine valeur morale et politique¹⁷¹⁵ puisqu'aucun gouvernement n'a pris le risque de ne pas respecter un tel accord¹⁷¹⁶.

Le compromis ainsi trouvé par le législateur pose toutefois la question de sa conformité avec les normes constitutionnelles et supranationales.

464. Sur la constitutionnalité du dispositif. Le droit à la négociation collective tel qu'il est reconnu aux fonctionnaires apparaît pour le moins inachevé puisque la négociation collective ainsi mise en œuvre n'a d'autre finalité qu'elle-même. Or, la négociation collective est une forme, parmi d'autres, de participation¹⁷¹⁷, laquelle est protégée par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 applicable aux salariés comme aux fonctionnaires¹⁷¹⁸. Dans ces conditions, peut-on réellement considérer que les agents publics bénéficient du droit de participation alors qu'aucune valeur juridique n'est conférée au fruit de ladite participation ?

Dans la mesure où le huitième alinéa du Préambule ne consacre pas un droit précis particulièrement aisé à identifier¹⁷¹⁹, doit-on considérer que l'effectivité du principe implique de donner un caractère contraignant aux fruits de cette participation, c'est-à-dire aux accords collectifs en découlant ? Si l'on part du principe que le droit substantiel de négociation collective s'entend comme un processus de création de normes¹⁷²⁰ et non comme le seul droit de dialoguer et d'interagir – ce qui dans ce cas ne relèverait que de la simple liberté d'expression – alors la reconnaissance d'un seul droit procédural apparaît insuffisante. Pour autant, il convient de rappeler que le droit de participation n'est pas illimité et peut se heurter à l'impératif – lui aussi constitutionnel – du bon fonctionnement du service public. En ce sens, le cantonnement du premier à un seul droit procédural peut permettre de concilier ces impératifs potentiellement divergents.

¹⁷¹⁴ A. PIROVANO, « Introduction générale », *Changement social et droit négocié, De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, (dir.) A. PIROVANO, Economica, 1988, p. 5.

¹⁷¹⁵ J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, janvier 2002, *La doc. fr.*, p. 20.

¹⁷¹⁶ Sauf circonstances exceptionnelles, telles que celles qui ont entraîné le vote de la loi portant blocage des salaires, en 1982, dans le secteur privé, comme dans la fonction publique : voir CE, *Rapport public l'année 2003, Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, 2003, n° 54, p. 333.

¹⁷¹⁷ M.-L. MORIN, *Le droit à la négociation collective. Principe général du droit*, LGDJ, 1994, pp. 634-637.

¹⁷¹⁸ Conseil constit., 20 juillet 1977, *Obligation de service des fonctionnaires*, n° 77-83.

¹⁷¹⁹ V. OGIER-BERNAUD, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 124.

¹⁷²⁰ En ce sens, M.-L. MORIN définit la négociation collective comme « un processus conventionnel normatif » dont l'objet et la fonction sont de définir les droits individuels et les droits collectifs des travailleurs (*Le droit à la négociation collective. Principe général du droit*, LGDJ, 1994, pp. 7-10).

465. La conformité du dispositif aux normes internationales. À notre sens, les sources internationales du droit du travail ne sont pas de nature à imposer un « vrai » droit à la négociation au profit des fonctionnaires.

Écartons d'emblée le droit de l'Organisation Internationale du Travail puisque la France n'a ratifié ni la convention n° 151 de 1978 relative aux relations de travail dans la fonction publique, ni la convention n° 154 de 1981. En 2011, le gouvernement français a justifié ce choix en indiquant concernant la convention n° 151, que l'État employeur ne peut pas recourir à des procédures telles que la médiation, la conciliation ou l'arbitrage pour régler des différends survenant à propos de la détermination des conditions statutaires et réglementaires aux fonctionnaires et concernant la convention n° 154, que si le principe de la négociation est consacré par le statut général de la fonction publique et les conditions de validité des accords fixés par la loi, les accords collectifs ne peuvent pas créer d'effets juridiques¹⁷²¹. Ce dernier argument ne paraît toutefois pas très convaincant puisque les conventions n° 151 et n° 154 appliquent un principe d'effectivité, c'est-à-dire qu'il suffit que le contenu de l'accord soit appliqué dans la pratique, peu important la valeur juridique de celui-ci¹⁷²².

466. Peut-on alors utilement invoquer l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? C'est par l'arrêt de Grande Chambre *Demir et Baykara* du 12 novembre 2008¹⁷²³ que la Cour européenne des droits de l'Homme a accepté d'inclure le droit de négociation collective parmi les droits inhérents à la liberté syndicale protégée par l'article 11 de la convention et a reconnu aux fonctionnaires le bénéfice, « *comme les autres travailleurs* », du « *droit de mener des négociations collectives* ». Pour en arriver à cette solution, la Cour européenne des droits de l'Homme a mobilisé les divers instruments suivants : la Charte sociale européenne (articles 5 et 6, pourtant non ratifiés par la Turquie) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 28), les conventions de l'OIT n° 87 sur la

¹⁷²¹ Études d'ensemble relatives aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique : La négociation collective dans la fonction publique : un chemin à suivre (Rapport III (1B)), Conférence internationale du travail, 102^{ème} session, 2013, BIT, Genève, 1^{ère} éd., § 512.

¹⁷²² A. ODERO, Coordinateur de la négociation collective au BIT, « Une perspective particulière de l'OIT : la négociation collective dans la fonction publique », *Les cahiers de la fonction publique*, suppl. n° 340, 2014, pp. 21-25.

¹⁷²³ CEDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, *AJDA*, 2007, p. 902, chron. J.-F. FLAUSSI ; *D.*, 2007.410, note J.-F. RENUCCI et C. BÎRSANV. Voir égal. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH. 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*) », *D.*, 2009.739 ; H. TISSANDIER, « Pas de liberté syndicale sans droit à la négociation collective », *RJS*, 3/2009, p. 195 ; F. SUDRE, « Syndicats : l'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP S*, 2009, p. 14 ; N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 288.

liberté syndicale, n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective et n° 151 sur les relations de travail dans la fonction publique, toutes trois ratifiées par la Turquie.

Au cas présent, même à considérer que la convention n° 151 de l'OIT puisse être invoquée devant la Cour européenne alors même qu'elle n'a pas été ratifiée par la France, l'ensemble des instruments juridiques susvisés concerne le *processus de négociation* et non la conclusion effective d'un accord collectif dotée d'une valeur juridique contraignante. L'exemple des *gentleman's agreement* pencherait même pour le caractère facultatif d'un tel effet juridique dès lors que le droit à la négociation collective est reconnu.

La construction progressive du droit de la négociation collective dans la fonction publique illustre bien les nombreuses interactions et la porosité des frontières entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. Les spécificités du premier expliquent toutefois le caractère inachevé de la transposition en son sein de la conception du dialogue social propre au secteur privé. Ce caractère inachevé se retrouve plus globalement dans la gestion des ressources humaines au sein de la fonction publique.

SECTION 2. L'INFLUENCE DES MÉTHODES DE GESTION DU PERSONNEL ISSUES DU MONDE DE L'ENTREPRISE

467. *L'utilisation de règles de gestion privée des effectifs au sein de l'action publique n'est pas un phénomène nouveau.* La Première Guerre mondiale a favorisé l'émergence d'un débat économique entre les partisans d'un « *désencombrement* » de l'État, militant pour un transfert au secteur privé de ses activités, et les partisans d'une « *industrialisation* », favorables à la prise en charge de l'industrialisation par un service public industriel et commercial¹⁷²⁴. Ce débat a trouvé un écho juridique en 1921 par la reconnaissance explicite par l'arrêt *Bac d'Eloka* de l'existence d'une gestion privée comme mode de gestion de l'action publique. Par cet arrêt, le Tribunal des conflits a officiellement distingué entre deux catégories de service public : ceux à gestion publique et ceux à gestion privée. C'est précisément parce que ces derniers fonctionnent dans des conditions analogues à celles des entreprises privées qu'ils sont soumis au droit privé et donc à l'ordre judiciaire.

¹⁷²⁴ L. MORGANA, « Un précurseur du New Public Management : Henri Fayol (1841-1925) », *Gestion et management public* 2012/2 (Volume 1/n° 2), pp. 4-21 (DOI 10.3917/gmp.002.0004).

468. La nature même du lien de fonction publique a été débattue. Alors même que le Tribunal des conflits excluait tout lien contractuel¹⁷²⁵, le Conseil d'État a reconnu par l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909¹⁷²⁶ l'existence d'un « *contrat de droit public* » liant les agents préposés au service public à l'administration, que le commissaire du Gouvernement TARDIEU qualifiait dans ses conclusions de « *contrat de fonction publique* ». Reconnaissance somme toute éphémère puisque le Conseil d'État a abandonné toute référence au contrat dès l'arrêt *Tichit* du 1^{er} mars 1912¹⁷²⁷ pour le rejeter définitivement en 1937¹⁷²⁸. Par la suite, si un tel lien contractuel a été revendiqué par les organisations de fonctionnaires durant toute la troisième République, son caractère réglementaire a finalement été accepté lors du compromis de 1946 en échange d'une reconnaissance du droit syndical¹⁷²⁹. Dans ces conditions, il est frappant de constater qu'un mouvement perçu comme une « privatisation du service public » oppose désormais les partisans d'une « modernisation » de la fonction publique par l'introduction de mécanismes contractuels¹⁷³⁰ aux tenants d'un maintien statutaire au nom de la « défense du service public ».

469. La pénétration du thème de l'efficacité au sein de l'administration : l'essor des doctrines du New Public Management. Les mérites de la gestion privée ont largement été vantés à partir des années 1980, alors que les théories du *New Public Management* connaissent un essor considérable au sein des pays de l'OCDE. Au Royaume-Uni, aux États-Unis ou encore en Italie, les actions de « *conduite du changement* » engagées ont été fondées sur une critique radicale de la gestion publique et sur le recours systématique aux méthodes de management en vigueur dans le monde de l'entreprise¹⁷³¹. L'ensemble des doctrines du *New Public Management* relève de l'idée principale que « *les méthodes de*

¹⁷²⁵ TC, 27 décembre 1879, *Guidet*, Sirey, 1881, 3, 76 ; TC, 7 août 1880, *Le Goff*, Sirey, 1882, 3, 11.

¹⁷²⁶ CE, 17 août 1909, *Winkell*, p. 826, concl. TARDIEU, *D.*, 1911.3.17. Le Conseil d'État a jugé qu'« *en se mettant en grève, les agents préposés au service public se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui le lie à l'administration* ».

¹⁷²⁷ CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, Sirey, 1913-3.137.

¹⁷²⁸ CE, 22 octobre 1937, *Mademoiselle Minaire*, *Lebon*, p. 243.

¹⁷²⁹ Depuis 1946, le statut général énonce sans ambiguïté que « *le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire* » (article 4).

¹⁷³⁰ Par exemple, la loi du 26 juillet 2005 pérennise le recours au contrat en imposant la reconduction pour une durée indéterminée des CDD successifs au-delà de 6 ans ; voir égal. la proposition n° 13 du *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction publique* visant à faciliter le passage réciproque pour les agents entre statut et contrat (J.-L. SILICANI, *La doc. fr.*, 2007, p. 116) ; voir égal. la proposition de M. POCHARD de la reconnaissance d'un contrat collectif (*Les 100 mots de la fonction publique*, n° 97, coll. *Que sais-je ?* 1^{ère} éd. 2011 et, du même auteur, « *La récente loi de modernisation de la fonction publique va-t-elle dans le bon sens ?* », *JCPA*, 2007.2070).

¹⁷³¹ B. PÊCHEUR, « *La fonction publique : entre le "big bang" et le statu quo ?* », *Pouvoirs*, 2006, n° 117, 93-105.

management du secteur privé, supérieures à celles du secteur public, peuvent lui être transposées. Le secteur public est jugé inefficace, excessivement bureaucratique, rigide, coûteux, centré sur son propre développement (effet Léviathan), non innovant et ayant une hiérarchie trop centralisée »¹⁷³². Autrement dit, ces doctrines présupposent que « *management public et management privé sont fondamentalement similaires* »¹⁷³³. Dans cette perspective, le New public management s'intéresse à « *l'accroissement des capacités managériales par la mise en œuvre de techniques de management issues du secteur privé et tend ainsi à mettre l'accent sur l'aspect managérial, au détriment de l'aspect politique* ». Autrement dit, « *en tant qu'idéologie [il] s'intéresse davantage à la manière dont le gouvernement accomplit ses tâches, qu'à ce que ces tâches devraient être.* »¹⁷³⁴ Dans ces conditions, un ébranlement, ou du moins une évolution, des conditions de travail des agents du service public était inéluctable.

Si l'administration française de type bureaucratique¹⁷³⁵ a été moins réceptive aux théories du *New Public Management* que d'autres pays de l'OCDE, elle n'y a pas pour autant échappé. Dès 1988, une approche managériale fut privilégiée avec la politique du *Renouveau du service public* du premier ministre Michel ROCARD fondée sur quatre axes : une politique de relations du travail rénovée, une politique de développement des responsabilités, un devoir d'évaluation des politiques publiques, une politique d'accueil et de service à l'égard des usagers¹⁷³⁶. Dans cette optique, la Réforme de l'État opérée au tournant du 21^{ème} siècle a largement amplifié les tendances à la remise en cause du modèle français d'administration. La

¹⁷³² A. AMAR et L. BERTHIER, « Le nouveau management public : avantages et limites », in *Gestion et management publics, Revue du RECEMAP*, décembre 2007. Plus précisément, Ph. BEZES a défini le New Public Management comme un assemblage de « *diagnostics des problèmes, des images et des valeurs (impératif d'efficacité, de transparence, de redevabilité, etc.), des normes générales d'action (changer l'organisation, développer un gouvernement par la performance, réformer la procédure budgétaire etc.) et des instruments (raisonnements micro-économiques, contractualisation, indicateurs de performance, enveloppe globale, standards de qualité pour les usagers, création d'agences, etc.)* » (Ph. BEZES, *Réinventer l'État*, PUF, 2009, spéc. p. 37).

¹⁷³³ B. G. PETERS, « Nouveau management public (New Public Management) », in (dir.) L. BOUSSAGUET, Sophie JACQUOT, P. RAVINET, *Dictionnaire des politiques publiques*, 2014, Presses de Sciences Po « Références », p. 398.

¹⁷³⁴ B. G. PETERS, « Nouveau management public (New Public Management) », précité.

¹⁷³⁵ Sur la formation du modèle bureaucratique français, voir P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration*, 1968, PUF, Coll. Thémis, spéc. pp. 491-556. Le terme « *bureaucratie* » traduit l'idée que l'Administration représente dans la vie sociale une puissance autonome (spéc. p. 493). Plus largement, sur les ressorts et les modalités de la bureaucratie, au sens de l'organisation et instrument de la domination de l'État comme des entreprises de type capitaliste, voir M. WEBER, *La domination*, La Découverte, coll. Politique et sociétés, éd. 2013, spéc. pp. 43-118.

¹⁷³⁶ Circulaire du 23 février 1989, *JORF*, 24 février 1989, p. 2526-2529.

loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1^{er} août 2001¹⁷³⁷ a transformé en profondeur les règles d'allocation, de gestion et de contrôle des crédits budgétaires par les ministères en mettant fin aux modalités de type bureaucratique mises en place par l'ordonnance du 2 janvier 1959¹⁷³⁸ pour imposer un pilotage stratégique des administrations organisé autour d'objectifs, de mesure des performances et de contrôle à distance par le biais d'indicateurs et de techniques de contrôle de gestion. En cela, elle accentue le processus de rationalisation néo-managériale et renforce considérablement la domination des instruments et des principes du *New Public Management* en France¹⁷³⁹. De même, lancée en 2007, la révision générale des politiques publiques (RGPP) avait pour objectif de « *passer au crible toutes les missions de l'État pour adapter les politiques menées aux besoins des citoyens, valoriser le potentiel humain de l'administration, dégager des marges de manœuvre pour financer les nouvelles politiques dont la France a besoin* »¹⁷⁴⁰.

470. L'influence croissante des doctrines affiliées au *New Public Management* s'est logiquement répercutée sur le régime de travail applicable aux fonctionnaires. La gestion des personnels dans la fonction publique avait longtemps été cantonnée à une gestion très administrative, mécanique et égalitariste, sans doute favorisée par l'importance des effectifs. La « *nouvelle GRH* » de la fonction publique vise à dépasser les seules activités de paye et de recrutement pour intégrer les notions de compétences, de formation et de « *management* ». La fonction stratégique de la GRH est renforcée par le développement du concept de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) devant amener l'administration à procéder à un examen comparatif entre ses futurs besoins et les moyens disponibles¹⁷⁴¹.

Les évolutions récentes du droit de la fonction publique ont en commun deux objectifs : celui d'assurer une certaine flexibilité de l'emploi public et celui d'accroître l'individualisation du déroulement de carrière des fonctionnaires¹⁷⁴², qu'il s'agisse de la valorisation d'une mobilité effective des agents (§ 1) ou de l'amélioration de la performance par une prise en compte croissante du mérite (§ 2). Même si le régime mis en place tient compte des spécificités du

¹⁷³⁷ Voir sur ce thème, Ph. BEZES, *Réinventer l'État*, PUF, 2009, spéc. les développements relatifs aux « perspectives sur les chantiers en cours de la Réforme de l'État (1998-2007) », pp. 446-459.

¹⁷³⁸ Budget de moyens, contrôle *a priori* etc.

¹⁷³⁹ Ph. BEZES, *Réinventer l'État*, PUF, 2009, précité, p. 451.

¹⁷⁴⁰ Direction générale de la modernisation de l'État, « La RGPP en pratique », *Bulletin*, sept. 2008, p. 1.

¹⁷⁴¹ Sur les composantes de cette nouvelle gestion des ressources humaines et son impact sur le droit de la fonction publique, voir C. MONIOLLE, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

¹⁷⁴² E. AUBIN, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

droit de la fonction publique, les valeurs issues du secteur privé ont sensiblement pénétré le droit de la fonction publique.

§ 1. La recherche d'une mobilité effective du fonctionnaire

471. La prise de conscience de la nécessité d'introduire une mobilité *effective* au sein des carrières de la fonction publique ne s'est traduite en termes juridiques que très progressivement¹⁷⁴³. En 2006, la sous-mobilité chronique des personnels de la fonction publique contrariait la bonne mise en œuvre de la RGPP qui devait permettre de « *supprimer ou de fusionner près de cinquante directions ou structures équivalentes dans les administrations centrales* »¹⁷⁴⁴. Une telle restructuration n'était pas envisageable sans modifier les règles relatives à la mobilité et au reclassement des fonctionnaires dans d'autres corps, cadres d'emplois, fonctions publiques ou même entreprises privées¹⁷⁴⁵.

Dès lors, l'impératif de mobilité, même lorsque celle-ci est drapée des atours du volontariat et justifiée par les aspirations individuelles fort légitimes des personnels, répond avant tout à un besoin de flexibilisation de la fonction publique, tributaire à la fois de l'état des finances publiques du pays et du principe d'adaptation du service public. La Cour des comptes attribue d'ailleurs à l'insuffisante mobilité des fonctionnaires une grande part de responsabilité dans l'augmentation des effectifs, alors que son redéploiement pourrait répondre à la croissance de certains besoins du public¹⁷⁴⁶.

La recherche d'une mobilité dans la fonction publique semble donc en premier lieu dictée par les impératifs budgétaires et, en second lieu, garante de l'attractivité de la fonction publique de carrière¹⁷⁴⁷. Le 19 septembre 2007, dans son discours sur le projet de modernisation de la

¹⁷⁴³ Par exemple, la réforme des retraites en 2003 a ouvert aux membres des corps enseignants des possibilités de mobilité dans la fonction publique de l'État ou territoriale. Cantonnée à une seule catégorie de personnel, cette ouverture a pu être perçue comme l'« *occasion manquée* » d'une véritable réforme de la mobilité dans la fonction publique (En ce sens, M.-Ch. DE MONTECLER, « Mobilité dans la fonction publique : l'occasion manquée », *AJDA*, 2003, p. 1081).

¹⁷⁴⁴ Compte-rendu n° 94 de la commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée nationale du mardi 17 juin 2008, p. 3.

¹⁷⁴⁵ S. BAZILE, « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *AJFP*, 2010, p. 116.

¹⁷⁴⁶ Cour des comptes, « Enquête sur les enjeux et les leviers de la maîtrise de la masse salariale de l'État », *Rapport remis à la commission des finances du Sénat*, juillet 2015, spéc. pp. 64 à 70. Dans le même sens, Cour des comptes, *Rapport public thématique, « L'organisation territoriale de l'État »*, La Documentation française, juillet 2013, spéc. p. 24.

¹⁷⁴⁷ Voir not. les propositions de J.-L. SILICANI qui en faisait une condition pour attirer les talents (*Livre blanc sur l'avenir de la Fonction publique* remis au Président de la République par J.-L. SILICANI, La Documentation française, 2007, pp. 95 et s.).

fonction publique, le président de la République de l'époque Nicolas SARKOZY avait ainsi déclaré : « *L'administration ne doit plus pouvoir s'opposer à la mobilité d'un agent qui souhaite aller vers un autre emploi, dans une autre administration ou dans le secteur privé. [...] Il faut faire circuler les hommes, les idées, les compétences. C'est une idée totalement étrangère à notre tradition administrative, à son organisation verticale, à sa gestion par corps, à ses cloisonnements statutaires catastrophiques. [...] Il faut aller au bout de cette mutation, de cette ouverture. Je suis favorable à ce que l'on ouvre à tous les fonctionnaires la possibilité de quitter la fonction publique contre un pécule, comme on l'a fait dans le passé dans certains secteurs de l'État pour en accélérer la transformation et permettre la promotion de ceux qui sont en dessous, et qui vont passer leur carrière à attendre si l'on ne fait rien. Ainsi le fonctionnaire aurait droit, à l'intérieur du service public ou à l'extérieur, à une seconde carrière.* »¹⁷⁴⁸ C'est donc en s'inspirant de formules expérimentées par le secteur privé qu'a été adoptée une succession de lois visant à faciliter la mobilité professionnelle tant à l'intérieur (A) qu'à l'extérieur de la fonction publique (B).

A) La recherche d'une mobilité effective à l'intérieur de la fonction publique

472. Une sous-mobilité chronique. L'élévation de la mobilité par le Statut au rang de *garantie fondamentale de la carrière du fonctionnaire*¹⁷⁴⁹ n'a pas empêché un phénomène de « *sous-mobilité* »¹⁷⁵⁰ des agents publics, causée notamment par un lourd formalisme et par les obstacles parfois dressés tant par l'autorité hiérarchique d'origine que par celle d'accueil¹⁷⁵¹. Le Conseil d'État n'a pas manqué de pointer le décalage existant entre les atouts théoriques du statut de la fonction publique et la pratique découlant du fait que le statut produirait lui-même les conditions de ses dérives¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁸ N. SARKOZY, discours à l'Institut régional d'administration de Nantes le 19 septembre 2007.

¹⁷⁴⁹ Article 13 du titre I^{er} du Statut général de 1983.

¹⁷⁵⁰ Expression empruntée à S. FRATACCI, « La gestion des ressources humaines dans l'administration », *AJFP*, 2000, p. 6.

¹⁷⁵¹ Sur les causes du cantonnement de la mobilité des fonctionnaires « *au champ de la rhétorique* », Voir not. E. MATUTANO, « La mobilité d'emploi dans les fonctions publiques : entre textes incitateurs et pratiques restrictives », *AJFP*, 2009, p. 19.

¹⁷⁵² Rapport public du Conseil d'État pour l'année 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, 2003, n° 54, p. 263 : « *Si le statut n'interdit pas [...] les formes de gestion vertueuses, il n'empêche pas non plus les autres, et on peut se demander au contraire s'il ne les encourage pas peu ou prou* », ou encore : « *On s'est interrogé, à propos des explications susceptibles d'être apportées aux difficultés de la gestion quotidienne des agents publics, sur le point de savoir si ces difficultés provenaient de la pratique des gestionnaires, par manque de discernement ou de courage, ou du cadre juridique dans lequel s'inscrit cette pratique, pour conclure que, si le statut général actuel ne compromettrait pas a priori une gestion performante des ressources humaines, il devait être constaté que son application avait, sur certains points,*

En théorie, le système de fonction publique de carrière devrait favoriser la mobilité, qu'elle soit géographique ou fonctionnelle. Les fonctionnaires sont recrutés et promus par la voie des concours, lesquels donnent accès à des grades, avant de donner accès à des emplois. Un type d'emploi peut être pourvu par des titulaires de grades différents tandis que le titulaire d'un grade donné peut exercer successivement les différents emplois correspondant à son grade. Le fonctionnaire bénéficie de son grade et d'une garantie d'emploi, en échange de quoi, il est placé dans une situation réglementaire qui laisse à l'administration la disposition de l'emploi, celle-ci devant pouvoir affecter le fonctionnaire au poste où il sera le plus utile. On pourrait donc *a priori* croire que la mobilité est inhérente à la qualité de fonctionnaire puisque ces derniers sont placés dans une position réglementaire, à l'inverse des salariés qui bénéficient en principe de l'intangibilité du contrat. L'exigence de mobilité apparaîtrait alors comme la contrepartie de la sécurité de l'emploi. Il semble toutefois exister un certain décalage entre le statut et sa mise en œuvre : si l'agent est *de jure* titulaire d'un grade, il est souvent *de facto* titulaire de son emploi¹⁷⁵³.

Plus encore, l'organisation en corps de la fonction publique constitue un frein à la mobilité puisque, d'une part, l'agent titulaire d'un grade ne peut en principe accéder qu'aux emplois correspondant à son grade et, d'autre part, le passage d'un corps à un autre implique en principe un détachement. Surtout, la rémunération indemnitaire constitue un frein à la mobilité effective des agents puisqu'elle demeure liée à l'appartenance à un corps et peut être sensiblement réduite en cas de mobilité.

473. À ce stade, il est nécessaire d'explicitier une distinction – inconnue du droit du travail¹⁷⁵⁴ – entre d'une part, la *mise à disposition*, par laquelle l'agent, tout en étant rémunéré par son administration de rattachement, est mis au service d'une autre autorité et, d'autre part, le

conduit à des habitudes contestables, mais cela, vraisemblablement aussi, dans une certaine mesure, parce que sa conception et sa lettre s'y prêtaient. » (Rapport, p. 303).

¹⁷⁵³ A. TAILLEFAIT, « Mobilité professionnelle et fonction publique », *JCP A*, 2013, n° 29, p. 2216. D'après les chiffres annoncés par le Ministère de la fonction publique pour l'année 2016 : « *En définissant la mobilité comme le fait de changer d'employeur, de zone d'emploi ou de statut (ou situation d'emploi), parmi les agents employés dans la fonction publique en 2013 et 2014, 8,5 % sont mobiles en 2014 ; 4 % ont changé d'employeur public (dont 0,6 % de versant) ; 3,9 % de zone d'emploi ; 3,2 % de statut ou de situation d'emploi ; 0,9 % des fonctionnaires civils ont changé de catégorie hiérarchique en 2013.* » (Chiffres-clés 2016 de la DGAFP). Voir égal. les critiques formulées par la Cour des comptes, qui met en valeur la faiblesse des mutations dans l'intérêt du service en contradiction avec la distinction entre le grade et l'emploi (« Enquête sur les enjeux et les leviers de la maîtrise de la masse salariale de l'État », *Rapport remis à la commission des finances du Sénat*, juillet 2015).

¹⁷⁵⁴ Voir not. N. MIHMAN, « Analyse du détachement et de la mise à disposition en droit du travail (Des apports possibles du droit des fonctions publiques) », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, coll. L'Unité du droit, Vol. 1, 2012, pp. 121-128.

détachement, qui permet à un agent, tout en continuant d'appartenir à son corps d'origine et d'y dérouler sa carrière, d'être placé sous l'autorité d'un autre gestionnaire et d'être géré par lui selon ses propres règles. Ces deux formes de mobilité ne doivent pas être confondues non plus avec la *mise en disponibilité*, par laquelle l'agent conserve la possibilité d'un retour au sein de son corps d'origine mais y perd tout son déroulement de carrière¹⁷⁵⁵.

474. Une modernisation de la gestion de l'emploi au sein de la fonction publique. Comme dans le secteur privé, une mobilité effective des agents ne pouvait donc se concevoir sans la création au sein de la fonction publique d'une réelle gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Celle-ci instaure une logique d'optimisation des ressources par rapport aux besoins qui oblige l'administration à déterminer une stratégie préalable d'action publique, dont découlera ensuite la détermination de besoins futurs et des moyens disponibles¹⁷⁵⁶. La rationalisation de l'emploi public s'effectue donc par les procédés déjà éprouvés par le secteur privé. Désormais dotées d'un répertoire des métiers et de conseillers mobilité¹⁷⁵⁷, les gestions des ressources humaines des fonctions publiques reposent sur une approche fonctionnelle basée sur les métiers et non plus sur le grade¹⁷⁵⁸.

Aussi les modalités de mise à disposition des fonctionnaires, dont les nombreuses rigidités et dérives avaient été pointées du doigt par l'Inspection générale des finances¹⁷⁵⁹, ont-elles été modernisées par la loi du 2 février 2007¹⁷⁶⁰. Le législateur a créé un encadrement juridique commun aux trois fonctions publiques¹⁷⁶¹ et allégé les conditions de mise à disposition des fonctionnaires par l'abandon des conditions restrictives antérieurement en vigueur : la nécessité du service¹⁷⁶², l'obligation d'effectuer son service dans une autre administration, le

¹⁷⁵⁵ Pour une synthèse de ces différentes notions, voir M. POCHARD, *Les 100 mots de la fonction publique*, Que sais-je ? PUF, 1^{ère} éd., 2011, not. p. 80.

¹⁷⁵⁶ En ce sens, C. MONIOLLE, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010.234.

¹⁷⁵⁷ C'est également dans le cadre d'une GPEC renouvelée qu'a vu le jour, entre autres, la « Bourse interministérielle de l'emploi public », sorte de grand marché de l'emploi public.

¹⁷⁵⁸ Cette approche fonctionnelle a été consacrée par la création du « Grade à accès fonctionnel » (GRAF) par la loi du 5 juillet 2010. Il s'agit là de subordonner l'avancement de certains fonctionnaires de catégorie A « à l'occupation préalable de certains emplois ou à l'exercice préalable de certaines fonctions correspondant à un niveau particulièrement élevé de responsabilité ». Voir not. D. JEAN-PIERRE, « La quête du "GRAF" », *JCPA*, 2010, p. 2301.

¹⁷⁵⁹ Rapport remis en novembre 2004 aux ministres des finances et de la fonction publique par l'Inspection générale des finances.

¹⁷⁶⁰ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

¹⁷⁶¹ Articles 10, 14 et 15 de la loi du 2 février 2007.

¹⁷⁶² Malléable, la notion favorisait le contentieux, tant concernant la décision de mettre à disposition que celle d'y mettre un terme. Sur ce point, voir B. GAEL, « Modernisation de la fonction publique et mobilité : la réforme des mises à dispositions », *AFJP*, 2007, p. 324.

niveau des fonctions hiérarchiques et l'adoption d'un arrêté. Certaines garanties ont été pérennisées, telles que l'accord du fonctionnaire ou la conclusion d'une convention entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil, ou encore généralisées, telle l'obligation de rembourser le coût des mises à disposition entrantes et sortantes, c'est-à-dire de celles impliquant des tiers de l'administration¹⁷⁶³.

Le décret du 15 avril 2008, dit « *décret PNA* », a en outre élargi, mais seulement dans la fonction publique de l'État, les possibilités d'affectation des membres d'un corps, quel que soit le ministère gestionnaire, à l'ensemble des emplois des autres ministères et établissements publics, dont les fonctions correspondent aux missions qu'ils ont vocation à accomplir. Il permet donc, dans certains cas, une mobilité, sans que le recours à un détachement ou à une mise à disposition soit nécessaire.

475. La réforme emblématique a été opérée par la loi du 3 août 2009¹⁷⁶⁴ relative à la mobilité et aux parcours professionnels. Un certain nombre d'obstacles significatifs à la mobilité *intra* et *inter* fonction publique ont été levés. Une mobilité choisie et non pénalisante a été favorisée par la garantie d'un droit à l'avancement le plus favorable dans l'administration d'accueil et la généralisation de l'ouverture des corps et des cadres d'emplois au détachement suivi, le cas échéant, d'une intégration, ou par la voie de l'intégration directe¹⁷⁶⁵. Le législateur a également reconnu au fonctionnaire un « *droit au départ* » auquel l'administration ne peut s'opposer qu'en raison de nécessités de service¹⁷⁶⁶, appréciation qui sera soumise au contrôle du juge. Avec l'accord d'une administration pour l'accueillir, un agent ne peut plus voir son administration de départ s'opposer à son départ, sous réserve d'un préavis maximal de trois mois. Au-delà de deux mois, le silence de l'administration de départ vaut acceptation.

Par ailleurs, la loi du 3 août 2009 a ouvert tous les corps et cadres d'emplois de la fonction publique au détachement et à l'intégration. En principe, un fonctionnaire peut solliciter un détachement dans tous les corps et cadres d'emplois comparables à celui auquel il appartient sans que l'administration ne puisse lui opposer les statuts particuliers de ces corps ou cadres d'emplois. De même, le fonctionnaire détaché pendant cinq ans bénéficie d'un droit à

¹⁷⁶³ À l'exception des mises à disposition auprès d'organisations internationales. Le caractère obligatoire du remboursement permet notamment de sécuriser le dispositif de la mise à disposition au regard de la prohibition des aides d'État illégales.

¹⁷⁶⁴ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, dont les conditions sont précisées par le décret n° 2010-467 du 7 mai 2010.

¹⁷⁶⁵ Article 13 bis, titre 1^{er} du Statut général.

¹⁷⁶⁶ Article 14, titre 1^{er} du Statut général.

intégration dans le corps ou cadre d'emplois d'accueil. Surtout, l'intégration directe facilite le changement de carrière qui devient possible sans passer par un détachement. L'article 13 bis du titre premier du statut général dispose en effet désormais que « *le détachement ou l'intégration directe s'effectue entre corps et cadres appartenant à la même catégorie et de niveau comparable, apprécié au regard des conditions de recrutement ou de la nature des missions* », de sorte que les statuts particuliers ne peuvent plus retenir des règles plus sélectives en matière de détachement.

476. Un droit à la formation professionnelle tout au long de la vie. De la formation continue du fonctionnaire dépend l'effectivité de sa mobilité fonctionnelle, voire géographique. À cet égard, il a été reconnu aux fonctionnaires « *un droit à la formation professionnelle tout au long de la vie* » dont les objectifs sont notamment, comme dans le secteur privé, « *de favoriser leur développement professionnel et personnel, faciliter leur parcours professionnel, leur mobilité et leur promotion ainsi que l'accès aux différents niveaux de qualification professionnelle existants* »¹⁷⁶⁷. À l'instar du salarié, l'agent public dispose désormais d'un compte personnel d'activité ayant pour objet de l'informer des droits à formation qu'il a acquis et de les faire valoir auprès de son employeur, que celui-ci soit une personne publique ou privée¹⁷⁶⁸. On observera ici la transcription directe au sein du droit de la fonction publique d'un dispositif issu du droit privé du travail.

477. La mobilité du fonctionnaire en cas de suppression de l'emploi occupé. La mobilité « choisie » peut aussi se transformer en mobilité « contrainte »¹⁷⁶⁹. Pour compenser les effets des restructurations, peuvent bénéficier d'un complément indemnitaire d'accompagnement les fonctionnaires de l'État qui, à la suite de la suppression de leur emploi, font l'objet soit d'une mutation, soit d'un détachement ou d'une intégration directe dans un autre corps ou cadre d'emplois des fonctions publiques de l'État, territoriale ou hospitalière¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁷ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017 portant diverses dispositions relatives au compte personnel d'activité, à la formation et à la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique (JORF du 20 janvier 2017), prise en application de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF du 9 août 2016).

¹⁷⁶⁸ Article 44 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n° 0184 du 9 août 2016.

¹⁷⁶⁹ Selon l'expression du Professeur AUBIN (« De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », AJDA, 2011, p. 2406).

¹⁷⁷⁰ Décret n° 2014-507 du 19 mai 2014 modifiant le décret n° 2008-368 du 17 avril 2008. Ce complément indemnitaire à la charge de l'administration d'origine est égal à la différence entre le montant mensuel moyen des primes et indemnités perçus par l'agent pendant les douze mois précédant sa mutation et le montant mensuel moyen des primes liées à l'emploi d'accueil.

La plus grande innovation de la loi du 3 août 2009 a sans doute été la création au sein de la fonction publique de l'État d'un dispositif pudiquement nommé « *situation de réorientation professionnelle* » et rapidement supprimé¹⁷⁷¹. Créé pour les besoins de la politique de révision générale des politiques publiques, ce dispositif constituait un réel changement de paradigme en remettant en cause le principe d'une garantie illimitée de l'emploi au sein de la fonction publique. Il s'agissait là d'encadrer l'éviction de l'agent de l'État qui, suite à la suppression de son poste dans le cadre d'une restructuration, avait successivement refusé trois offres d'emploi public fermes et précises (lesquelles devaient correspondre à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenir compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel)¹⁷⁷². L'obligation de reclassement mise à la charge de la collectivité publique était plus légère que celle imposée par le Code du travail, en vertu de quoi il appartient à l'employeur de démontrer l'impossibilité du reclassement, sans que les refus d'affectation du salarié ne puissent en eux-mêmes l'en décharger. L'éviction du fonctionnaire pouvait déboucher sur une mise en disponibilité pour une durée indéterminée ou à la mise à la retraite d'office de l'agent.

On s'en doute, ce dispositif avait été diversement accueilli¹⁷⁷³. Il faut reconnaître l'ambiguïté de l'objectif poursuivi, dont on ne percevait pas très bien s'il s'agissait d'accompagner le fonctionnaire de l'État dont l'emploi allait être supprimé afin de faciliter son accès à un nouveau poste ou au contraire de faciliter son éviction, en contradiction plus ou moins assumée avec le système de carrière de la fonction publique¹⁷⁷⁴. En outre, le dispositif, dans sa mise à œuvre, pouvait être interprété négativement comme un alignement symbolique de la situation du fonctionnaire réorienté sur celle du salarié involontairement privé d'emploi. En effet, le projet personnalisé d'évolution professionnelle (PPEP) conclu entre l'agent et l'administration n'était pas sans rappeler le projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE) conclu entre Pôle emploi et le salarié involontairement privé d'emploi¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷¹ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016.

¹⁷⁷² Article 44 bis à 44 quinquies, loi du 11 janvier 1984 ; décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010.

¹⁷⁷³ Voir not. E. MARC, « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, 2011, p. 162, E. AUBIN, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406 ; O. DORD, « La loi Mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels », *AJDA*, 2010, p. 193 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228.

¹⁷⁷⁴ En ce sens, O. DORD, « La loi Mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels », *AJDA*, 2010, p. 193.

¹⁷⁷⁵ Article L. 5411-6-1 du Code du travail.

478. C'est sans doute parce que ce dispositif s'avérait socialement délicat, heurtant les mentalités habituées au principe d'une garantie illimitée d'emploi, qu'il n'a en réalité jamais été appliqué par les gestionnaires du service public. Aux termes de l'étude d'impact de la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires du 20 avril 2016, qui a supprimé la situation de réorientation professionnelle, ce dispositif « *lourd et complexe du point de vue des services, mais également source d'insécurité professionnelle pour les agents, n'a dans la réalité pas été utilisé par les administrations : les résultats d'une enquête conduite en 2012 par la DGFAP auprès des différents départements ministériels n'a en effet montré qu'un seul cas de recours, au ministère de la défense, sans que le processus ne soit d'ailleurs mené jusqu'à son terme* »¹⁷⁷⁶.

La loi du 20 avril 2016 a en revanche créé une « *mutation prioritaire sur zone géographique* » dénuée de tout caractère contraignant pour les agents concernés, supposée favoriser « *la reconversion des agents dont l'emploi est susceptible d'être supprimé* ». Le fonctionnaire qui ne peut pas être réaffecté directement bénéficie ainsi, s'il le demande, d'une priorité « *sur tout emploi correspondant à son grade et vacant dans un service ou une administration situé dans la même zone géographique, après avis de la commission administrative paritaire compétente* »¹⁷⁷⁷.

L'échec du dispositif créant la « *situation de réorientation professionnelle* » illustre bien les résistances affichées par les gestionnaires et les personnels à l'implantation d'une trop grande flexibilité de l'emploi perçue comme tirée d'une logique purement économique et qui serait propre au secteur privé. On relevera toutefois une certaine altération de la logique statutaire et du modèle de carrière de la fonction publique, dont les contreparties devraient pourtant impliquer une mobilité accrue des personnels, conformément aux principes d'efficacité et d'adaptabilité du service public.

479. Des contraintes propres à la fonction publique. Si l'acquisition par les fonctionnaires de nouveaux droits à la mobilité a pu être perçue comme une étape vers une certaine « *unité du droit social* »¹⁷⁷⁸, la mobilité des fonctionnaires demeure source de difficultés inconnues du secteur privé.

¹⁷⁷⁶ Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, 16 juillet 2013, p. 53.

¹⁷⁷⁷ Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, 16 juillet 2013, p. 52.

¹⁷⁷⁸ J. MEKHANTAR, « Des mobilités des personnels à l'unité du droit social », *AJFP*, 2009, 225.

D'une part, on doute que les employeurs publics aient réellement les finances nécessaires à assurer une mobilité effective aux fonctionnaires. En effet, ces derniers, lorsqu'ils sont placés sous le régime de l'auto-assurance ou de la convention de gestion¹⁷⁷⁹ conservent à leur charge l'indemnisation chômage de l'agent public dont la réintégration est impossible à l'issue d'une mobilité, notamment en l'absence de poste vacant. Constituent en effet des cas de perte involontaire d'emploi ouvrant droit à indemnisation chômage la non-réintégration d'un fonctionnaire en cas de refus par l'administration d'origine au terme d'une disponibilité¹⁷⁸⁰, ou bien en cours de disponibilité¹⁷⁸¹, ou encore à l'issue d'un congé pour convenances personnelles ou d'un congé de mobilité¹⁷⁸². Dans ces conditions, les personnes publiques les moins argentées, notamment les collectivités territoriales, n'ont pas intérêt à favoriser la mise en disponibilité ou le congé de leurs agents. D'autre part, l'ensemble des mesures adoptées pour favoriser la mobilité a complexifié les tâches des gestionnaires publics, lesquels sont notamment conduits à devoir faire application de très nombreux régimes indemnitaires au sein d'un même service¹⁷⁸³. Ces mêmes difficultés se retrouvent en cas de mobilité entre fonction publique et secteur privé.

B) La recherche d'une mobilité effective entre la fonction publique et le secteur privé

480. Le choix d'une fonction publique de carrière. Le choix fait par la France de disposer d'une fonction publique *de carrière*, dite *fermée*, par opposition au modèle anglo-saxon d'une fonction publique *d'emploi*, dite *ouverte*, s'oppose à une gestion trop dynamique de la mobilité des fonctionnaires. En effet, la conception française repose sur une certaine conception de l'emploi public, laquelle n'est pas comparable à la situation du salarié dans l'entreprise privée. Au service de valeurs qui seraient étrangères au profit, l'agent public est appelé à consacrer toute sa vie professionnelle au sein de la fonction publique. Il occupera à cette fin une variété d'emplois, dotés de garanties en termes d'avancement et de promotion. À l'inverse, dans le cadre d'un *système d'emploi*, l'agent est recruté pour occuper un emploi donné, par définition temporaire, sans carrière organisée. On l'aura compris, même s'il

¹⁷⁷⁹ Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁷⁸⁰ CE, 10 juin 1992, *Bureau d'aide sociale de Paris c/ M^{lle} Huet*, n° 108610 ; CE, 30 septembre 2002, n° 216912.

¹⁷⁸¹ CE, 14 octobre 2005, *Hôpitaux de Saint-Denis*, n° 248705.

¹⁷⁸² Puisque ces congés ouvrent un droit à réintégration du fonctionnaire dans son administration d'origine, au même titre que la mise à disposition.

¹⁷⁸³ En ce sens, B. PÊCHEUR, *Rapport sur la fonction publique*, remis le 29 octobre 2013 au Premier ministre, spéc. p. 50.

n'existe pas en France de cloisonnement étanche entre la fonction publique et le secteur privé, l'agent public n'a pas en principe vocation à alterner entre administration et entreprise durant sa vie professionnelle¹⁷⁸⁴.

481. La recherche d'une ouverture de la fonction publique. Des correctifs ont toutefois été apportés par le législateur en vue de décloisonner la fonction publique et diversifier les recrutements. C'est dans ce cadre que la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007¹⁷⁸⁵ a notamment favorisé le départ des agents publics vers le secteur privé par le biais d'une mise à disposition auprès d'un organisme privé, après avis conforme de la commission de déontologie¹⁷⁸⁶. Le fonctionnaire qui souhaite définitivement quitter la fonction publique peut même bénéficier d'une « *indemnité de départ volontaire* », soit pour créer ou reprendre une entreprise soit en cas de restructuration ou de suppression de son poste¹⁷⁸⁷. De surcroît, le travailleur ayant perdu la qualité d'agent public peut utiliser les droits précédemment acquis en cette qualité au titre du compte personnel de formation auprès de son nouvel employeur de droit privé¹⁷⁸⁸.

Surtout, la loi du 2 février 2007 a encadré les pratiques de mises à disposition dites « *entrantes* », c'est-à-dire l'accueil au sein des administrations de personnel de droit privé, qui avaient jusqu'alors lieu sans aucune assise légale. La loi prévoit que le personnel entrant est soumis aux règles d'organisation et de fonctionnement du service concerné ainsi qu'aux obligations s'imposant aux fonctionnaires. Le personnel mis à disposition est donc soumis aux mêmes obligations déontologiques. Si cette réforme semblait nécessaire, ne serait-ce que pour sécuriser les pratiques déjà existantes, elle démontre bien, encore une fois, que le travail au sein du service public ne passe pas nécessairement par un statut intangible de la fonction publique mais pourrait très bien fonctionner sur la base du mécanisme contractuel en vigueur dans le secteur privé.

¹⁷⁸⁴ Voir O. DORD, *Droit de la fonction publique*, PUF, coll. Thémis Droit, 3^{ème} éd., n° 102, p. 74.

¹⁷⁸⁵ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

¹⁷⁸⁶ Depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, la Commission de déontologie de la fonction publique peut être saisie par le fonctionnaire qui entend cesser définitivement ou temporairement ses fonctions, par l'administration dont il relève, ou à défaut par le président de la Commission, aux fins d'apprécier « *la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise privée ou un organisme de droit privé, ou de toute activité libérale, avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité* ».

¹⁷⁸⁷ Décret n° 2014-507 du 19 mai 2014 modifiant le décret n° 2008-368 du 17 avril 2008.

¹⁷⁸⁸ Article 5 de l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017 portant diverses dispositions relatives au compte personnel d'activité, à la formation et à la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique.

482. En tout état de cause, le développement de la mobilité, que ce soit par la création de nouveaux dispositifs ou par l'adaptation des règles statutaires, favorise une certaine porosité entre la fonction publique et le secteur privé. Cette réciprocité des allers-retours entre ces deux mondes tend à brouiller l'interface entre le public et le privé¹⁷⁸⁹. À ce jour, l'organisation des carrières dans notre modèle de fonction publique dite « de carrière » repose sur une évolution dans le temps¹⁷⁹⁰, qui s'organise autour du corps, par l'existence de durées d'échelons et de grades d'avancement et qui constitue un cadre d'évolution financière tant pour l'agent que pour la collectivité publique qui l'emploie¹⁷⁹¹. Cette organisation est donc remise en cause par l'accroissement des allers-retours entre la fonction publique et le secteur privé, sur le modèle d'une fonction publique dite « d'emploi ». Parallèlement, la gestion « sur le temps long » des carrières des fonctionnaires est fragilisée par l'instauration d'outils d'évaluation de la performance des agents.

§ 2. La valorisation de la performance des fonctionnaires

483. L'ensemble de l'action publique apparaît aujourd'hui irrigué par la culture du résultat. Si la notion de performance relève d'un registre sémantique sportif ou commercial, elle trouve une place au sein du droit de la fonction publique en application du principe d'adaptabilité du service public¹⁷⁹². Aux mécanismes d'évaluation des politiques publiques¹⁷⁹³ répondent ceux de l'évaluation des fonctionnaires (**A**). Il s'agit là d'un tournant idéologique de la gestion des fonctionnaires, régulièrement critiquée pour son aspect égalitariste. En tout état de cause, que la performance soit individuelle ou collective, les mérites du fonctionnaire pourraient désormais s'évaluer à l'aune de sa rémunération, au prix d'une certaine dénaturation des dispositifs tirés du Code du travail (**B**).

¹⁷⁸⁹ A. LE PORS, « Une loi de dénaturation de la fonction publique », *JCPA*, 2007, p. 2069. Voir également, D. JEAN-PIERRE, « La loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », *JCPA*, 2009, p. 2232. *Contra*. M. POCHARD, « La récente loi de modernisation de la fonction publique va-t-elle dans le bon sens ? », *JCPA*, 2007, p. 2070.

¹⁷⁹⁰ Voir not. A. SUPIOT, « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.*, 1989, p. 777.

¹⁷⁹¹ C. MONIOLLE, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

¹⁷⁹² Ministère de la fonction publique, *DGAFF, GRH et LOLF : gestion et reconnaissance de la performance*, Paris, 2005, spéc. p. 15 et p. 30.

¹⁷⁹³ Pour une approche critique, B. PERRET, « L'évaluation des politiques publiques, entre culture du résultat et apprentissage collectif », *Esprit*, n° 350, décembre 2008, pp. 142-159.

A) La création d'outils d'évaluation de la performance

484. Alors que l'importance d'une évaluation effective des agents dans le processus de modernisation de l'administration a depuis longtemps été mise en avant¹⁷⁹⁴, l'appréciation de la valeur professionnelle du fonctionnaire s'est pourtant longtemps résumée à l'attribution à celui-ci d'une note chiffrée. Ce système de notation a donné lieu à de multiples dérives, que Marcel POCHARD a résumées ainsi : concentration des notes autour de 16 à 20, augmentation périodique quasi automatique et péréquation finale pour gommer les écarts entre notateurs, relativisant encore davantage la note initiale¹⁷⁹⁵.

Le législateur a donc posé depuis 2007 le principe d'un remplacement progressif de la notation par un entretien annuel d'évaluation¹⁷⁹⁶, mieux adapté à la logique de gestion des ressources humaines déjà éprouvée par le monde de l'entreprise. Au sein de la fonction publique d'État, certains statuts peuvent toutefois déroger à la mise en place d'un entretien annuel d'évaluation¹⁷⁹⁷ : c'est le cas de l'Éducation nationale qui a pu conserver un système de notation, pourtant qualifiée « *d'acte fictif auquel tout le monde se plie* » et dont la caractéristique est d'être « *ni fiable, ni juste, ni efficace* »¹⁷⁹⁸.

Le remplacement du système de notation par un entretien professionnel entre l'agent et son supérieur hiérarchique a fait naître des craintes, qui semblent plus ou moins légitimes. Le Professeur AUBIN s'interrogeait ainsi sur le risque de perte d'équité et d'objectivité dans

¹⁷⁹⁴ S. SALON et J.-C. SAVIGNAC, « Administration moderne et notation », *AJDA*, 1977, p. 591.

¹⁷⁹⁵ M. POCHARD, *Les 100 mots de la fonction publique*, coll. Que sais-je ?, PUF, p. 76 ; voir également du même auteur, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000.3. Dans le même sens, le Conseil d'État fustigeait la gestion bureaucratique du personnel dans la fonction publique et notamment la notation, laquelle « *absorbe l'énergie des gestionnaires du haut en bas de l'échelle pendant de longs mois, et débouche sur des notes chiffrées dont l'éventail est des plus réduits, ainsi que sur des appréciations écrites sur la valeur des agents à ce point chantournées qu'il faut des talents d'exégète pour discerner dans les nuances de l'éloge la réalité d'un jugement critique ; avec ce paradoxe que .les agents sont d'autant plus attachés à cette notation qu'aucune conséquence n'en est tirée* » (Rapport public pour l'année 2003, p. 252).

¹⁷⁹⁶ Voir, s'agissant de la fonction publique d'État le chapitre VI, désormais intitulé « Évaluation, notation, avancement, mutation, reclassement » de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État (articles 55 et s.) ; s'agissant de la fonction publique territoriale le chapitre VI « Évaluation, avancement, reclassement » de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (article 76) et s'agissant de la fonction publique hospitalière, le chapitre V « Notation, avancement, reclassement » de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (articles 65 et s.).

¹⁷⁹⁷ Article 55 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

¹⁷⁹⁸ M. POCHARD, *Livre vert sur l'évolution du métier d'enseignant*, *La doc. fr.*, 2008, spéc. pp. 176 et s. Voir égal. du même auteur, *Les 100 mots de la fonction publique*, coll. Que sais-je ?, PUF, p. 76.

l'évaluation du fonctionnaire¹⁷⁹⁹. Cette critique est peu convaincante. En effet, le système de l'avancement à l'ancienneté est parfois justifié, voire glorifié, au nom de l'indépendance du fonctionnaire et de l'égalité de traitement, par le fait qu'il éviterait l'arbitraire des supérieurs hiérarchiques. Il s'agit ici d'un postulat qui ne repose sur aucun fondement tangible et ce d'autant plus que le risque d'arbitraire est tout aussi existant dans le système de notation chiffrée... accordée par ces mêmes supérieurs hiérarchiques¹⁸⁰⁰.

Par ailleurs, la crainte d'une remise en cause de la garantie de l'emploi¹⁸⁰¹ semble quelque peu exagérée. L'entretien professionnel d'évaluation, bien que conçu comme « *un moment de dialogue et d'échanges* », se caractérise par sa dimension unilatérale¹⁸⁰², à l'instar des entretiens qui se déroulent dans le secteur privé. Les objectifs à réaliser ne sont pas négociés par l'agent, ils lui sont « *assignés* » par son supérieur hiérarchique. En cela, l'entretien professionnel d'évaluation dans la fonction publique est similaire à celui qui se déroule en entreprise, quand bien même le salarié peut, dans le cadre de la détermination de sa rémunération variable, négocier certains objectifs à atteindre¹⁸⁰³. Toutefois, si une évaluation qui s'avèrerait négative à plusieurs reprises pourrait en théorie déboucher sur une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, celle-ci existait déjà et ne semble pas devoir entrer dans le périmètre de la « garantie d'emploi » des agents publics, ne serait-ce parce qu'elle s'opposerait alors au bon fonctionnement des services publics. De surcroît, le risque d'une certaine inefficacité de l'entretien professionnel du fait d'une « *nouvelle ritualisation des procédures* » a déjà été pointé¹⁸⁰⁴. Comme dans l'entreprise, l'impact du dispositif sur la motivation des agents dépendra donc, d'une part, de l'usage pratique que feront les gestionnaires publics de ce nouvel outil statutaire et, d'autre part, de l'impact réel des résultats de l'évaluation sur la rémunération de l'agent.

¹⁷⁹⁹ E. AUBIN, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011.2406.

¹⁸⁰⁰ En ce sens, S. TROSA, « Payer les fonctionnaires au mérite ? », *Sociétal*, n° 44, 2004.

¹⁸⁰¹ Cette même crainte a été formulée s'agissant de la rémunération au mérite individuel, S. NADAL, « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, coll. L'Unité du Droit, Vol. 1, 2012, pp. 87-98, spéc. p. 95.

¹⁸⁰² S. NADAL, « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, collection L'Unité du Droit, Vol. 1, 2012, pp. 87-98, spéc. p. 92.

¹⁸⁰³ Voir not. Cass. soc. 23 septembre 2009, n° 08-40.369 (« *objectifs stratégiques attribués en début d'année par l'employeur en accord avec le gestionnaire* »). Les objectifs dont dépend la rémunération variable prévue au contrat peuvent toutefois être fixés unilatéralement par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, sous réserve que ces objectifs soient réalisables et portés à la connaissance du salarié en début d'exercice (voir not. Cass. soc. 2 mars 2011, *Bull.* V, n° 55).

¹⁸⁰⁴ E. AUBIN, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

B) L'introduction d'une rémunération liée au mérite du personnel

485. Le traitement du fonctionnaire est déterminé par son grade puis au sein du grade, par l'échelon ou l'emploi auxquels correspond une grille indiciaire constituée d'une suite hiérarchisée d'indices. Chaque indice détermine le salaire de base, le passage d'un indice à un autre s'effectue en fonction de l'ancienneté selon une périodicité déterminée à l'avance. Il a donc un caractère impersonnel et aucun lien n'existe en principe entre le montant de la rémunération, la quantité et la qualité du travail fourni par le fonctionnaire¹⁸⁰⁵. Dans son rapport public pour l'année 2003, le Conseil d'État pointait la « *gestion exagérément égalitariste* » du personnel de la fonction publique, l'égalité de traitement, « *mot d'ordre syndical facile dont beaucoup de gestionnaires se satisfont* », traduisant une absence de réelles différenciations selon la manière de servir des agents, qui pèse « *sur le fonctionnement de l'administration par démotivation et démobilisation, individuelle et collective, des agents* »¹⁸⁰⁶. Au traitement indiciaire s'ajoute une multitude de primes et indemnités, dénoncée par la Cour des comptes comme « *complexe, opaque, rigide et peu incitative* »¹⁸⁰⁷. La publication au Journal officiel des textes en question a sur ce point permis une relative rationalisation du système indemnitaire.

Pourtant, l'idée d'une rémunération au mérite des fonctionnaires n'a rien de révolutionnaire. Le statut général de 1946 comportait déjà un article 35 prévoyant une prime de rendement pour les groupes d'agents « *ayant dépassé au cours de l'année considérée les normes de rendements fixées pour chaque administration ou service par le ministre intéressé* ». Un décret du 6 février 1950 avait même précisé les conditions d'octroi des primes de rendement. Ces primes étaient théoriquement allouées par le ministre pour les fonctionnaires de son département, après avis des comités techniques paritaires qui pouvaient ainsi faire valoir les vues du personnel. Face aux difficultés rencontrées dans la détermination des critères d'attribution, notamment s'agissant de fonctionnaires à compétence générale, ces primes de rendement ont dans les faits été réservées aux fonctionnaires des administrations centrales avant d'être rapidement abandonnées¹⁸⁰⁸. La nouvelle gestion de la fonction publique entend désormais maîtriser les ressorts de la rémunération, sur le modèle éprouvé du taylorisme selon

¹⁸⁰⁵ M. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire*, tome 1, Droits et garanties, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1979, spéc. p. 278.

¹⁸⁰⁶ Rapport public du Conseil d'État pour l'année 2003, précité, spéc. pp. 256-257.

¹⁸⁰⁷ Rapport sur la fonction publique de l'État présenté par la Cour des comptes, décembre 1999, spéc. pp. 269 et s. Voir égal. E. AUBIN, « Retour sur quelques idées reçues », *AJDA*, 2017, p. 383.

¹⁸⁰⁸ M. PIQUEMAL, *Le fonctionnaire*, tome 1, Droits et garanties, Berger-Levrault, 2^{ème} éd. 1979, spéc. p. 278.

lequel la productivité des employés doit être stimulée par des avantages pécuniaires¹⁸⁰⁹. Comme dans le secteur privé, la recherche de la performance s'inscrit dans la reconnaissance monétaire de la performance individuelle (1°) et collective (2°) des agents.

1°) L'introduction prudente d'une rémunération liée à la performance individuelle du fonctionnaire

486. Le dispositif de la prime de fonctions et de résultats (PFR) introduit par un décret du 22 décembre 2008 est emblématique de la difficulté, dans une fonction publique marquée par un certain « égalitarisme », de mettre en avant la performance individuelle du fonctionnaire. Cette prime au mérite, supprimée en 2014, avait un double objet. D'une part, simplifier le régime des primes en rassemblant une grande partie de celles-ci en une prime commune à tous les ministères. D'autre part, faire reposer le nouveau régime de prime sur deux assises identifiées : une base fixe en fonction des fonctions et des postes et des difficultés de ceux-ci, et une base variable destinée à reconnaître les résultats obtenus. En d'autres termes : la performance et le mérite, lesquels sont valorisés en droit privé du travail par le biais de clauses contractuelles de rémunération variable, accordée en fonction du chiffre d'affaires réalisé ou encore des objectifs atteints.

La prime de fonctions et de résultats, initialement réservée à certains agents de certaines filières, devait progressivement être étendue à l'ensemble de la fonction publique, étant précisé que les cadres dirigeants bénéficiaient déjà d'une prime de performance depuis un décret du 11 août 2006. Il faut reconnaître que le dispositif ne brillait pas par sa transparence puisqu'il fallait se reporter à des arrêtés pour connaître, pour chaque grade ou emploi, les montants annuels de référence de la part pouvant être attribuée au titre de la fonction ainsi que les montants annuels de référence de la part liée aux résultats de la procédure d'évaluation individuelle et à la manière de servir¹⁸¹⁰.

En 2014, cette prime, qualifiée de « *symbole de la performance individuelle et de la concurrence entre les fonctionnaires* »¹⁸¹¹ par la ministre de la fonction publique Marylise LEBRANCHU, a été remplacée par une indemnité dite de « *fonctions, de sujétion et*

¹⁸⁰⁹ C. MONIOLLE, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

¹⁸¹⁰ C. MONIOLLE, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

¹⁸¹¹ *Les Échos*, 23 mai 2014.

d'expertise » destinée à s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires à compter du 1^{er} janvier 2017¹⁸¹².

La modification terminologique induite par le passage d'une prime à une indemnité n'est pas uniquement symbolique puisque la nouvelle « *indemnité* » comprend une indemnité principale fixe et mensuelle reposant sur des « *critères professionnels* » tenant compte de l'expérience professionnelle de l'agent, et un complément indemnitaire annuel variable, versé « *en fonction de l'engagement professionnel et de la manière de servir* ». Dès lors, s'il ne s'agit plus d'une prime au mérite à proprement parler, toute référence à la performance de l'agent n'a pas non plus disparu. *In fine*, peu important l'appellation du dispositif, sa viabilité dépend de « *la fiabilité des systèmes de fixation des objectifs et d'évaluation mis en place, et peut-être plus encore de la capacité des ministres à ne pas en généraliser le bénéfice à tous* »¹⁸¹³. Cela vaut tout autant à l'égard des mécanismes d'intéressement collectif des agents publics.

2°) L'introduction d'une rémunération liée à la performance collective des fonctionnaires

487. Des rapprochements entre droit du travail et droit applicable au sein du secteur public malgré une différence conceptuelle. Depuis sa création en 1959, le dispositif de l'intéressement collectif a largement été étendu dans le secteur privé. En 2012, 55,8 % des salariés du secteur marchand non agricole, soit 8,7 millions de salariés, ont eu accès à un dispositif au moins de participation, d'intéressement ou d'épargne salariale¹⁸¹⁴. Sur ce modèle, la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social¹⁸¹⁵ a ouvert la possibilité d'instituer dans les trois fonctions publiques une « prime d'intéressement à la performance collective des services » (PIPSCS), destinée à compléter la prime individuelle de fonctions et de résultats. À ce stade, l'influence du droit du travail est surtout rhétorique puisque le ministre de la fonction publique de l'époque, François SAUVADET, avait déclaré dans un communiqué : « *Mise en place par le général de Gaulle au nom d'un plus juste partage des fruits de la croissance entre travail et capital, l'idée même d'intéressement*

¹⁸¹² Décret n° 2014-513 du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel dans la fonction publique de l'État. Ce nouveau régime est applicable à certains corps de fonctionnaires depuis le 1^{er} juillet 2015 et sera généralisé à l'ensemble des fonctionnaires de l'État, sauf exceptions, à compter du 1^{er} janvier 2017.

¹⁸¹³ M. POCHARD, *Les 100 mots de la fonction publique*, n° 47, coll. Que sais-je ?, 1^{ère} éd., 2011, spéc. p. 59.

¹⁸¹⁴ DARES, *Analyses*, juillet 2014, n° 053.

¹⁸¹⁵ Articles 40 et 41 de la loi 2010, modifiant les articles 20 de la loi du 13 juillet 1983 (FPE) et 88 de la loi du 26 janvier 1984 (FPT) et créant un article 78-1 au sein de la loi du 9 janv. 1986 (FPH). L'introduction de ces dispositions au sein d'une loi consacrée à la promotion du dialogue social s'explique par l'échec des négociations entre les partenaires sociaux sur ce sujet.

*collectif franchit donc enfin, aujourd'hui même, la porte des administrations publiques. »*¹⁸¹⁶

Il semble toutefois qu'un raccourci soit opéré entre les dispositifs d'intéressement et de participation prévus par le Code du travail et la recherche d'une certaine productivité des services publics.

488. L'intéressement est un dispositif facultatif, mis en place dans une entreprise par la conclusion d'un accord collectif, qui a pour objet d'associer les salariés aux résultats et aux performances de l'entreprise. Il ne présente pas de nature salariale et bénéficie pour cette raison d'exonérations de cotisations sociales. Dès lors, pour être considérée comme tel, la prime d'intéressement ne saurait se substituer à des éléments de salaire habituellement versés par l'employeur¹⁸¹⁷. Elle doit en outre présenter un caractère collectif, aléatoire, et résulter d'une formule de calcul liée aux objectifs de résultats et performance fixés par l'entreprise¹⁸¹⁸.

À l'inverse, la participation des salariés aux résultats de l'entreprise relève d'une obligation légale. Prévue par accord collectif, ou à défaut par la loi, la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, appelée réserve de participation¹⁸¹⁹. La finalité du dispositif consiste ici à redistribuer au profit des salariés une partie de l'accroissement de capital résultant des bénéfices investis. Autrement dit, les salariés ont un droit, distinct du droit à rémunération découlant de la prestation de travail, sur l'enrichissement de l'entreprise qui les emploie, sur les bénéfices non distribués et réinvestis par elle¹⁸²⁰. Ainsi, lorsqu'une entreprise n'enregistre pas de bénéfices, elle ne peut verser à ses salariés qu'un intéressement dès lors que les objectifs fixés ont été atteints, mais pas de participation.

¹⁸¹⁶ https://www.fonction-publique.gouv.fr/archives/home2011012/IMG/pdf/20110901_interessement_collectif.pdf

¹⁸¹⁷ Article L. 3312-4 du Code du travail. Voir égal. Cass. soc., 17 février 2004, n° 02-30.480 ; Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 98-43.905, *Bull.*, V, n° 305, *Dr. soc.*, 2001, p. 1120, obs. SAVATIER.

¹⁸¹⁸ Pour une étude plus approfondie du dispositif d'intéressement, voir G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., n° 1016 et s., pp. 1184 et s. et F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 5^{ème} éd., n° 867 et s., pp. 609 et s.

¹⁸¹⁹ Articles L. 3322-2 et s. du Code du travail.

¹⁸²⁰ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31^{ème} éd., n° 1016 et s., pp. 1184 et s.

Ces deux dispositifs, procédant de deux ordonnances de 1959¹⁸²¹ et de 1967¹⁸²², relevaient d'une conception nouvelle de l'entreprise, d'une voie originale française d'associer le capital et le travail, autrement dit l'amélioration d'une condition ouvrière par l'avènement d'un « capitalisme populaire »¹⁸²³. En ce sens, il ne s'agit nullement d'accroître le « mérite » du salarié ou encore sa « performance » par le biais d'une stimulation pécuniaire liée à un seul impératif de productivité. En tout état de cause, il est difficile d'envisager l'association des agents au « capital » du service auquel ils appartiennent ou encore au « capital » de l'État garant du bon fonctionnement des services publics.

489. Ce n'est donc nullement de cette philosophie originelle que procède le décret du 29 août 2011¹⁸²⁴ ayant institué une prime d'intéressement à la performance collective dans la fonction publique de l'État, sous réserve que leur ministre fixe des objectifs au service auquel ils appartiennent pour l'année à venir et que ces objectifs soient atteints et certifiés comme tels. La circulaire d'application du dispositif¹⁸²⁵ préconise quatre catégories d'indicateurs (la conduite des politiques publiques et la qualité du service public ; la maîtrise des coûts et l'efficience des services ; la gestion des ressources humaines ; le développement durable) et donne un certain nombre d'exemples d'indicateurs comme les délais de traitement des demandes, la dépense moyenne de fonctionnement par agent ou la consommation énergétique. Elle recommande également que la détermination des services bénéficiaires et la fixation des objectifs fassent l'objet d'une concertation avec les organisations syndicales. Enfin, et surtout, la circulaire précise que le montant de la prime doit être forfaitaire et uniforme pour tous les agents du service, sauf « *en cas d'insuffisance caractérisée dans la manière de servir* »¹⁸²⁶ d'un agent ; cette exclusion devrait largement rester théorique.

490. On observera par ailleurs que le législateur n'a pas souhaité faire une application directe des règles de l'intéressement collectif issues du Code du travail. Celles-ci étaient pourtant

¹⁸²¹ Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959 relative à l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise, *JORF* du 9 janvier 1959.

¹⁸²² Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, *JORF* du 18 août 1967.

¹⁸²³ F. FAVENNEC-HÉRY, P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, 5^{ème} éd., p. 609.

¹⁸²⁴ Décret n° 2011-1038 du 29 août 2011. Pour la fonction publique territoriale, voir décret n° 2012-624 du 3 mai 2012 précisant les modalités d'attribution de la prime et décret n° 2012-625 du 3 mai 2012 fixant le plafond annuel. Aucun décret pour le moment s'agissant de la fonction publique hospitalière.

¹⁸²⁵ Circulaire du 29 août 2011 relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État et ses établissements publics, *JORF* n° 0202 du 1 septembre 2011, texte n° 51.

¹⁸²⁶ La circulaire (point 1.3) précise que cette exclusion doit être justifiée par des manquements répétés dans la manière de servir de l'agent. Elle doit se fonder sur des éléments caractérisant cette insuffisance, en particulier sur les résultats de la procédure d'évaluation ou d'entretien professionnel.

largement transposables à la fonction publique, notamment celles tenant à l'exigence d'un accord entre employeurs et partenaires sociaux sur une durée de trois ans, au caractère aléatoire des versements lié à l'atteinte des objectifs fixés, à la distribution collective des montants avec un plafonnement, à l'information individuelle des salariés, et à la proportionnalité entre le montant des versements et la présence du salarié dans l'entreprise au cours de l'exercice¹⁸²⁷. Cet impératif de présentéisme n'a pas été repris au sein de la fonction publique. En effet, le même montant est attribué à tous les agents, comptant six mois de présence au cours de l'exercice, les congés annuels, de maternité, pour accident de service, mais aussi tous les congés maladie non professionnelle étant neutralisés et le temps partiel assimilé à un temps plein¹⁸²⁸. En comparaison, l'article L. 3314-5 du Code du travail assimile à des périodes de présence dans l'entreprise les périodes de congés maternité et de congé d'adoption et les périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle en application de l'article L. 1226-7 du même Code. Sont donc exclues de cette assimilation les périodes de suspension consécutives à une maladie non professionnelle ou à l'exercice du droit de grève. Aussi peut-on dire que le dispositif d'intéressement collectif propre aux agents publics porte ici aussi le sceau « égalitariste » qui caractérise en général le droit de la fonction publique.

Marcel POCHARD a émis quelques doutes sur les chances de succès de cette réforme, plus particulièrement quant à la mise en œuvre effective du principe : *« Ce n'est pas la première tentative en ce sens qui échouerait depuis l'article 35 du statut de 1946, élaboré sous l'égide de Maurice Thorez, prévoyant à l'identique une "prime d'intéressement" pour les groupes d'agents "ayant dépassé au cours de l'année considérée les normes de rendement fixées pour chaque administration ou service par le ministre intéressé", qui fleurait bon la planification autoritaire. Les risques sont évidents : approximation dans la fixation des objectifs et dans l'appréciation des résultats et, au final, saupoudrage et égalitarisme renforcé, sans parler du risque que les premiers servis soient à nouveau les administrations gloutonnes en primes, au détriment des moins favorisées, comme l'Éducation nationale. »*¹⁸²⁹

L'efficacité du dispositif dépendra également de l'incitation financière déployée par l'administration. Pour atteindre les objectifs fixés, les montants versés au titre de

¹⁸²⁷ Articles L. 3311-1 et s. et R. 3311-1 et s. du Code du travail.

¹⁸²⁸ Circulaire du 29 août 2011, point 1.2.

¹⁸²⁹ M. POCHARD, « La prime d'intéressement dans la fonction publique, Risques et chances », *AJDA*, 2011, p. 1705.

l'intéressement collectif doivent être nécessairement « *significatifs et mobilisateurs* »¹⁸³⁰. Or, l'État n'a pas forcément les moyens financiers lui permettant d'assumer une politique globale de rémunération au mérite¹⁸³¹. Dès 1946, Jean RIVERO prédisait l'échec de la prime de rendement en ces termes : « *L'état de nos finances publiques rendra purement théorique une institution mal venue dans son principe comme dans ses modalités.* »¹⁸³² À défaut d'être suffisamment incitatives, les indemnités liées au mérite collectif ou individuel au mieux ne parviendront pas à atteindre l'objectif fixé de l'amélioration de la performance publique¹⁸³³, au pire, auront pour effet de légitimer dans la conscience de l'agent un comportement délibérément peu productif¹⁸³⁴. Pour autant, même en période d'économies budgétaires, il nous semble que le dispositif peut avoir une visée pédagogique dès lors qu'il est appliqué rigoureusement. Il s'agit en effet de valoriser la contribution de chacun à l'action publique, et par là, à l'éthique du service public. En ce sens, la rémunération au mérite s'intègre dans son principe aux exigences d'efficacité et d'adaptabilité du service public.

491. L'exemple des accords d'intéressement mis en place au sein des EPIC SNCF. Les résistances syndicales affichées au sein de la SNCF illustrent la proximité idéologique entre les entreprises publiques à statut et la fonction publique, les statuts des premières ayant été construits sur le modèle de la seconde¹⁸³⁵. En 2005, de premières négociations sur l'intéressement ont échoué¹⁸³⁶, certaines organisations syndicales craignant l'instauration d'un « *dispositif pervers* » ayant pour conséquence une « *compression des effectifs* »¹⁸³⁷. Après plusieurs échecs de la négociation, deux accords ont finalement été signés le 9 juillet 2015

¹⁸³⁰ Circulaire du 29 août 2011, point 4.3.

¹⁸³¹ En ce sens, E. AUBIN, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

¹⁸³² J. RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. XXXVIII, spéc. p. 151.

¹⁸³³ En ce sens, voir D. JEAN-PIERRE, « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande illusion ou un nouvel espoir ? », *JCP A*, 2004.1738 : « *Croire que réformer la culture administrative des agents publics dépend de quelques euros supplémentaires à la fin du mois relève selon nous de la douce utopie ou de mesures démagogiques.* »

¹⁸³⁴ En ce sens, G. JEANNOT, « Réforme de la fonction publique et réorganisation de l'État », *Esprit*, n° 350, déc. 2008, pp. 94-109, spéc. p. 96 : « *Ainsi, certains agents qui obtiennent un complément somme toute limité de salaire relativisent leur motivation liée au sens du service public et d'autres agents qui ne "méritent" pas la prime trouvent une bonne raison pour en faire encore moins. Tout cela est bien compris des cadres intermédiaires en charge de l'attribution des primes qui, sagement, vont répartir également la prime ou l'attribuer par roulement si les règles ne permettent pas une répartition égalitaire.* »

¹⁸³⁵ À titre d'exemple, sur l'existence d'un droit disciplinaire sophistiqué, très imprégné du droit de la Fonction publique et inconnu des entreprises privées, voir J. CHORIN, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, spéc. pp. 155-158.

¹⁸³⁶ Flash Avril 2015, Syndicat FIRST (Fédération indépendante du Rail et des Syndicats des Transports), <http://syndicatfirst.blogs.nouvelobs.com/media/01/00/216726194.pdf>

¹⁸³⁷ *Les Échos*, 12 mai 2006.

afin de mettre en place un dispositif d'intéressement au sein des deux EPIC « SNCF Mobilités » et « SNCF Réseau » sur la base de critères de performance économique et qualité de service. Ces accords inédits ont été présentés par la direction de la SNCF comme « *la reconnaissance de l'implication des salariés dans la réussite de l'entreprise* »¹⁸³⁸, par le biais du versement d'une prime annuelle, conditionné à la réalisation des objectifs fixés et dont le montant est fixé annuellement en fonction de la « *marge opérationnelle* » de critères économiques, de la satisfaction des clients, de la régularité et de la participation à une démarche qualitative dénommée « *Tempo* ». Les organisations syndicales CGT et SUD-Rail, non signataires des accords, et totalisant une majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections, n'ont pas fait valoir leur droit d'opposition.

Aussi, si le dispositif d'intéressement mis en place au sein des EPIC SNCF relève des dispositions du Code du travail, il poursuit des objectifs de performance et d'amélioration de la productivité similaires à ceux ayant prévalu au sein de la fonction publique et qui dépassent l'association du capital et du travail. On retrouve ici le caractère hybride de l'entreprise publique, qui vise à la fois la recherche du profit au sein d'un marché concurrentiel et la satisfaction de l'intérêt général par l'exploitation d'un service public. En cela, elle ne s'assimile parfaitement ni à l'administration, ni à l'entreprise privée.

492. Un effet miroir : à une « subjectivation » du traitement des fonctionnaires répond une « objectivation » du salaire des salariés. Le fonctionnaire « sert » l'administration et perçoit en retour un « traitement » dont le montant est, en substance, déterminé sur la base du grade du fonctionnaire, de l'emploi auquel il a été nommé, et de l'échelon auquel il est parvenu, en fonction de la grille indiciaire en vigueur¹⁸³⁹. À cela s'ajoutent diverses indemnités spécifiques, telles que l'indemnité de résidence ou le supplément familial de traitement. Le traitement est traditionnellement présenté comme la contrepartie de l'engagement de la personne au service du public et non la contrepartie directe de la somme des prestations qu'elle fournit. La rémunération du fonctionnaire est donc en principe déconnectée de la valeur marchande de la prestation de travail, tant au niveau de sa qualité que de sa quantité¹⁸⁴⁰. L'introduction de mécanismes visant à prendre en compte la performance individuelle et collective des fonctionnaires relie au contraire la notion de « mérite » à la

¹⁸³⁸ Communiqué de presse de la SNCF, n° 38, 10 novembre 2015.

¹⁸³⁹ Sur le calcul du traitement, voir F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Economica, 4^{ème} éd., 2017, n° 300, p. 353.

¹⁸⁴⁰ En ce sens, le Professeur SUPIOT fait du rapport à l'argent l'une des principales distinctions entre l'agent public et le salarié (« La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.*, 1989, pp. 777-783, spéc. p. 779).

prestation. Même si cette prise en compte demeure minime, elle tend à une certaine « subjectivation » de la situation du fonctionnaire.

À l'inverse, en droit privé du travail, le salaire est censé être la contrepartie directe de la prestation de travail, dans toutes ses composantes, dont le montant est négocié entre l'employeur et le salarié et fixé par contrat synallagmatique. On observe alors une évolution de sens opposé, qui tend vers un alignement collectif des rémunérations par l'effet conjugué des classifications professionnelles et de la montée en puissance des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement au sein de l'entreprise. En ce sens, on peut observer une certaine « objectivation » de la situation du salarié qui renouvelle la conception statutaire de la relation de travail au sein de l'entreprise¹⁸⁴¹.

¹⁸⁴¹ Sur l'édiction par la puissance publique d'une réglementation impérative dans le domaine contractuel, autrement dit par l'« insertion du statut dans le contrat », voir not. A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2011, spéc. pp. 27 et s. Sur l'influence du droit de la fonction publique sur le droit du travail, P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, rééd. *Dr. soc.*, 2010, pp. 1246-1250. Sur la place de la loi et des conventions collectives sur la détermination des conditions de réalisation de la relation de travail, voir not. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, spéc. pp. 277 et s. S'agissant plus précisément de la rémunération, laquelle n'est plus l'exacte contrepartie d'un travail effectif, de sorte que la condition du salarié se rapproche de celle du fonctionnaire, voir P. DURAND, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.*, 1942, pp. 83-85.

CONCLUSION DE CHAPITRE

493. L'influence du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique est indéniable, de sorte que l'on se risquera à parler de modèle de référence. Cependant, alors que le droit de la fonction publique est amené à intégrer les modes de gestion issus de l'entreprise, le droit du travail est lui-même appelé à se réformer. Le droit de la fonction publique paraît alors condamné à reproduire à retardement les transformations du monde salarié et semble impuissant à imposer son modèle ou à innover pour élaborer ses propres réformes. À cet égard, on peut supposer que la réforme des institutions représentatives du personnel et de la négociation collective issue des ordonnances du 22 septembre 2017 aura un impact non négligeable sur l'encadrement du dialogue social dans les fonctions publiques.

Par ailleurs, il ressort des diverses réformes étudiées que le droit privé du travail n'est pas totalement soluble dans les relations de travail des fonctions publiques. Toutefois, les difficultés sur lesquelles bute l'importation des règles issues du Code du travail nous semblent tenir moins à des nécessités du service public dûment identifiées qu'au particularisme de la fonction publique.

Ainsi, s'agissant de l'encadrement du dialogue social, un aménagement de la logique statutaire, au profit d'un contrat collectif de fonction publique, aurait pu permettre de doter les accords collectifs conclus d'une valeur juridique. En outre, dans la mesure où la négociation annuelle obligatoire prévue par le Code du travail ne constitue qu'une obligation de moyen à la charge de l'employeur, la transposition incomplète de ces règles au sein du droit de la fonction publique ne semble pas devoir s'expliquer en termes juridiques.

De même, sur le modèle de la gestion du personnel au sein du secteur privé, les réformes mises en œuvre par le législateur visent à favoriser la mobilité professionnelle des agents à l'intérieur comme à l'extérieur de la fonction publique. En cela, elles se heurtent à l'organisation traditionnelle de la fonction publique, basée sur le modèle de la carrière et du grade, par opposition à une logique d'emploi et de métier.

Enfin, tandis que les dispositifs valorisant la performance collective des agents publics se traduisent par une certaine dénaturation des dispositifs originels de l'entreprise, l'introduction d'une logique de rémunération à la performance individuelle de l'agent devrait engendrer un coût financier dont il n'est nullement certain qu'il puisse être pris en charge par les autorités ministérielles.

En définitive, la transposition en demi-teinte des mécanismes issus du droit privé du travail semble bien davantage résulter de freins d'ordre politique que d'obstacles juridiques réellement identifiés.

CONCLUSION DE TITRE

494. L'implantation du droit privé du travail en dehors de ses frontières naturelles prend des formes diverses. Elle passe par l'application directe du Code du travail aux employeurs publics ou par le jeu d'influences multiples sur le droit de la fonction publique.

Bien qu'elle participe de l'harmonisation des différents régimes de travail, cette implantation ne prend pas l'allure d'une invasion agressive, par une sorte d'« offre publique d'achat » hostile d'un droit sur l'autre. Elle s'effectue par petites touches ou se propage par irradiation, par des rayonnements émis par le modèle de référence. À l'effacement progressif du particularisme du service public répond donc celui du particularisme des statuts réglementaires des fonctions publiques et des entreprises concernées.

Toutefois, l'implantation du droit privé dans le secteur public, parcequ'elle intervient de manière fragmentée, génère des contradictions, des conflits de normes, de logiques ou de cultures.

Pour cette raison, l'implantation en demi-teinte des règles issues du droit privé du travail ne permet ni d'écarter la fonction de droit commun du Code du travail ni sa capacité à régir l'ensemble du « droit du travail subordonné », notamment dans le cadre d'une mission de service public. En effet, le juge judiciaire ne rencontre aucune difficulté à faire appliquer aux entreprises et salariés régis par le droit privé les principes fondamentaux du service public, tels que la neutralité religieuse. D'ailleurs, s'agissant des exigences de continuité et de bon fonctionnement du service public, les dispositions relatives au droit de grève dans les services publics sont déjà rassemblées dans le Code du travail et sont applicables indépendamment de la nature publique ou privée du lien d'emploi¹⁸⁴².

Cette implantation en demi-teinte exige ensuite d'identifier les « spécificités de l'emploi public », non seulement ce qu'il en reste au regard du processus à l'œuvre de « normalisation » de la fonction publique et des statuts réglementaires, mais aussi ce qui *doit* en rester au regard des impératifs de service public qui s'imposent à l'administration et aux entreprises concernées. Autrement dit, il convient de différencier, parmi les obstacles à une application pure et simple du droit privé du travail, ce qui relève du particularisme de l'activité en cause et ce qui relève, par une sorte de tautologie, du particularisme du statut lui-

¹⁸⁴² Voir supra. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

même. L'hybridation des régimes de travail qui résulte d'une application partielle des règles du droit privé illustre d'ailleurs cette dernière hypothèse.

TITRE II. L'HYBRIDATION PROBLÉMATIQUE DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL ET DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

495. Si l'hybridation du droit privé du travail et du droit de la fonction publique conduit à un rapprochement, elle ne peut aller jusqu'à l'unification totale de la condition juridique du salarié et de l'agent public. Un tel métissage est alors source de nouvelles difficultés, qui interrogent sur la cohérence globale de l'encadrement juridique du travail subordonné, selon que celui-ci est régi par un statut de droit public ou de droit privé. Il complexifie en outre la gestion des relations de travail au sein des entreprises ou administrations dans lesquelles coexistent des travailleurs soumis à des statuts de droit public et de droit privé. À ce stade, l'hybridation des droits conduit à fragmenter les communautés d'intérêts des travailleurs subordonnés et empêche l'identification de véritables collectivités de travail.

496. *Collectivité et communauté de travail.* On entendra la notion de collectivité de travail comme étant celle qui, « *structurée, animée d'intérêts propres* » dépasse « *la simple agrégation de contrats individuels de travail* »¹⁸⁴³. Cette notion n'a pas fait l'objet d'une définition juridique substantielle. Bien qu'elle irradie l'ensemble du droit social, son approche demeure fonctionnelle¹⁸⁴⁴, principalement pour fixer les aires adéquates de représentation collective des travailleurs : en-deçà des frontières de l'entreprise, pour la désignation des délégués syndicaux au sein d'un établissement distinct¹⁸⁴⁵, ou au-delà de ses frontières, par la mise en place d'une unité économique et sociale¹⁸⁴⁶. Dans son appréhension, la collectivité de

¹⁸⁴³ P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou "La belle inconnue" », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

¹⁸⁴⁴ P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou "La belle inconnue" », précité.

¹⁸⁴⁵ Article L. 2143-3, al. 3 et 4 du Code du travail : « *La désignation d'un délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. Elle peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques.* »

¹⁸⁴⁶ La reconnaissance d'une UES a pour objet « *d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* » (Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-43.875, *Bull.*, V, n° 255) de sorte que « *la reconnaissance judiciaire d'une UES ne peut être demandée par une personne étrangère à la collectivité de travail dont il s'agit d'assurer la représentation* » (Cass. soc., 16 novembre 2010, n° 09-40.555, *Bull.*, V, n° 261). Les modalités de reconnaissance de cette unité n'ayant pas été codifiées par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, il convient de se référer à la définition dégagée par la Cour de cassation. L'unité économique et sociale se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ses différentes entités et, en second lieu, par l'existence d'une « *communauté de travail* » résultant d'un statut social et de conditions de travail similaires, pouvant se traduire par une certaine permutabilité des salariés (Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-43.875, *Bull.*, V, n° 255 ; Cass. soc., 24 mars 1988, n° 87-60.211, *Bull.*, V, n° 214). La reconnaissance d'une unité économique et sociale entraîne la mise

travail se rapproche de la notion de communauté de travail, dont l'approche substantielle relève elle aussi davantage des sciences sociales que de l'analyse juridique¹⁸⁴⁷. La communauté de travail est donc cantonnée à une approche fonctionnelle, ayant pour finalité première, elle aussi, d'assurer la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs visé par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce principe ayant pour bénéficiaires « *sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue même s'ils n'en sont pas les salariés* », le Conseil constitutionnel a censuré une disposition qui réservait aux seuls salariés liés par un contrat de travail à l'entreprise la qualité d'électeur aux institutions représentatives du personnel¹⁸⁴⁸. C'est toutefois au législateur qu'il appartient de préciser le contenu de la notion « *d'intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés* », notamment en imposant une condition de présence pour que les salariés mis à disposition puissent être électeurs ou éligibles dans l'entreprise où ils travaillent¹⁸⁴⁹. Le législateur peut donc limiter le corps électoral à certains travailleurs, dès lors que cette limite repose sur des critères objectifs et rationnels – lesquels seront contrôlés par le juge constitutionnel.

Par sa propre jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de cassation recherche quant à elle la « *vérité de la communauté de travail* »¹⁸⁵⁰, celle déterminant la mise en place d'une représentation collective adaptée à l'entreprise en cause. C'est la raison pour laquelle elle juge

en place, par accord collectif ou par décision de justice, d'un comité social et économique commun ou d'un conseil d'entreprise (articles L. 2313-8 et L. 2321-10 du Code du travail).

¹⁸⁴⁷ Voir P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou "La belle inconnue" », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

¹⁸⁴⁸ Conseil constit., 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, n° 2006-545, DC, cons. 29-30.

¹⁸⁴⁹ Conseil constit., 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, n° 2008-568, DC, cons. 6. Voir égal. la décision du 13 octobre 2017 par laquelle le Conseil constitutionnel a admis que le législateur exclue que les salariés mis à disposition soient éligibles à la délégation unique du personnel de l'entreprise utilisatrice, celui-ci ayant « *cherché à éviter que des salariés qui continuent de dépendre d'une autre entreprise puissent avoir accès à certaines informations confidentielles, d'ordre stratégique, adressées à cette délégation unique lorsqu'elle exerce les attributions du comité d'entreprise* » (Conseil constit., 13 octobre 2017, n° 2017-661, QPC, cons. 7). Voir égal. la décision du 4 août 2016 par laquelle le Conseil constitutionnel a admis, au regard du principe d'égalité, la création d'une instance de dialogue social au sein des seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise, l'objet de la loi tendant à prendre en compte « *l'existence d'une communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise* » (Conseil constit., 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, n° 2016-736, DC, cons. 29).

¹⁸⁵⁰ P. SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004*, V° Études sur le thème de la vérité, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

de manière constante¹⁸⁵¹ que l'agent public – fonctionnaire comme contractuel – mis à la disposition d'un organisme de droit privé pour accomplir un travail pour le compte de celui-ci et sous sa direction est lié à cet organisme, sauf dispositions législatives contraires, par un contrat de travail, de sorte qu'il doit être comptabilisé dans les effectifs même s'il relève pas des dispositions spécifiques relatives à l'électorat et à l'éligibilité des salariés mis à disposition¹⁸⁵².

497. Une collectivité de travail malaisée à identifier au sein des entreprises ou administrations composées d'un personnel mixte. La présence au sein d'une même entité d'un personnel soumis à des statuts différents de droit privé et de droit public a contraint les autorités publiques à intervenir aux fins de mettre en place une représentation collective adaptée. Il en résulte une hybridation des règles applicables qui, outre qu'elle engendre une forte complexité, pose la question de l'identification et de la visibilité de la collectivité de travail (**Chapitre 1**).

498. Une collectivité de travail divisée par la comparaison accrue des situations de travail soumises au droit privé et au droit de la fonction publique. Le rapprochement de la condition juridique des salariés et des agents publics, conjugué au relâchement du lien nécessaire entre

¹⁸⁵¹ Voir not. Cass. soc., 17 avril 2013, n° 12-21.581, *Bull.*, V, n° 101 ; Cass. soc., 20 juin 2012, n° 11-20.145, *Bull.*, V, n° 191 ; Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 12-60.030 ; Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-69.453, *Bull.*, V, n° 139 ; Cass. soc., 1^{er} avril 2008, n° 07-60.283 ; Cass. soc., 23 mai 2006, n° 05-60.119, *Bull.*, V, n° 182 ; Cass. soc., 7 mars 2001, n° 00-60.005, *Bull.*, V, n° 74 ; Cass. soc., 2 mars 1999, n° 97-20.095, *Bull.*, V, n° 67.

¹⁸⁵² Les conditions que le salarié mis à disposition doit remplir pour être comptabilisé dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice, pour être électeur ou éligible, ont été transposées au comité social économique par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, à partir des règles existantes pour les délégués du personnel et les comités d'entreprise. L'article L. 1111-2 du Code du travail prévoit que « les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Toutefois, les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, y compris les salariés temporaires, sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé de maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation. » Aux termes de l'article L. 2314-23 du même Code, les salariés mis à disposition sont électeurs au sein de l'entreprise utilisatrice sous réserve de remplir une condition de présence de « douze mois continus » mais n'y sont pas éligibles. On rappellera à cet égard que sous l'empire de la législation antérieure, les salariés mis à disposition étaient éligibles comme délégués du personnel mais non comme membres du comité d'entreprise et *a fortiori* comme membres de la délégation unique du personnel. Cette exclusion, justifiée par la nécessité de protéger la confidentialité de certaines informations au sein de l'entreprise utilisatrice, a récemment été jugée conforme à l'alinéa 8 du Préambule de 1946 (Conseil constit., 13 octobre 2017, *Syndicat CGT des salariés des hôtels de prestige économique* [Impossibilité pour les salariés mis à disposition d'être élus à la délégation unique du personnel], n° 2017-661, QPC, cons. 5-9).

l'existence d'un statut de travail spécifique et la poursuite d'une mission de service public¹⁸⁵³, a favorisé la comparaison entre ces deux catégories de travailleurs. Cette problématique est d'autant plus visible au sein des entités composées d'un personnel mixte. Face au développement croissant des exigences liées à l'égalité, le droit positif n'apporte pas de réponse satisfaisante (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La recherche d'une représentation collective appropriée au sein des entreprises à personnel mixte

Chapitre 2. La neutralisation de l'exigence d'égalité entre les travailleurs du secteur public

¹⁸⁵³ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

CHAPITRE 1. LA RECHERCHE D'UNE REPRÉSENTATION COLLECTIVE APPROPRIÉE AU SEIN DES ENTREPRISES À PERSONNEL MIXTE

499. Définition. On retiendra une approche générale de la représentation collective des travailleurs, en tant que « *système ordonné autour de l'expression et de la défense des intérêts des salariés par l'intermédiaire de représentants dans le cadre des relations collectives de travail* »¹⁸⁵⁴. La notion trouve son origine dans le principe de participation des travailleurs garanti par le huitième alinéa du Préambule de 1946, lequel protège autant le droit à la négociation collective que l'information et la consultation des représentants élus¹⁸⁵⁵. Elle constitue alors, à l'instar de toute représentation, une fiction juridique : « *Il s'agit de faire comme si la parole et la volonté des représentants exprimaient les aspirations des salariés représentés.* »¹⁸⁵⁶

500. La représentation élue des travailleurs au sein des entités dotées d'un personnel mixte. Par principe, la représentation élue prend en compte les différentes catégories de personnel, réparties au sein des diverses « *unités de représentation* » de l'entreprise : collèges électoraux catégoriels ou encore établissements distincts¹⁸⁵⁷. Cette fragmentation de la collectivité de travail est d'autant plus visible au sein des entités dotées de personnel mixte. Dans ce cadre, il n'existe pas de régime unique. Les institutions représentatives du personnel peuvent être régies par les dispositions du Code du travail ou par celles du droit de la fonction publique. Le plus souvent, les autorités publiques se sont livrées à une forme d'« *hybridation organique* »¹⁸⁵⁸, mobilisant alternativement, par simple renvoi ou par fragment, des règles issues du droit privé ou du droit public, en fonction des spécificités de l'entité en cause et de son personnel (**Section 1**).

¹⁸⁵⁴ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015, spéc. p. 12.

¹⁸⁵⁵ En ce sens, voir M.-L. MORIN, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 26.

¹⁸⁵⁶ J. DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015, spéc. p. 1. À l'instar de la fiction mise en place par la théorie de la représentation politique, voir D. TURPIN, « Représentation et Démocratie », *Droits*, 1987, pp. 79-90). Le rapprochement actuellement observé entre la représentation syndicale et la représentation politique a toutefois été critiqué (V. BERNAUD, « Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 496).

¹⁸⁵⁷ F. PETIT, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, spéc. p. 9.

¹⁸⁵⁸ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA*, 2010, p. 1181.

501. Précisions quant aux champs d'application du Code du travail. L'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁸⁵⁹ organisant la fusion des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail au sein d'une institution unique baptisée « *Conseil social et économique* » a conservé les champs d'application du Code du travail tels qu'ils ont été définis à l'article L. 2311-1 du Code du travail depuis 2008¹⁸⁶⁰. Les dispositions relatives à la nouvelle institution sont ainsi applicables aux employeurs de droit privé, aux établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi qu'aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel « *dans les conditions du droit privé* ». Compte tenu des « *caractères particuliers* » de certains de ces établissements et des « *instances de représentation du personnel éventuellement existantes* », ces dispositions peuvent faire l'objet d'adaptations, par décrets pris en Conseil d'État, sous réserve d'assurer les mêmes garanties aux travailleurs concernés¹⁸⁶¹.

502. Les formes de représentation collective existantes confrontées à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹⁸⁶². Jusqu'à présent, le Code du travail permettait une segmentation, une application distributive de ses règles, du fait que chacune des institutions représentatives du personnel était autonome et poursuivait sa propre finalité. Dès lors, bien que l'hybridation des droits soit en elle-même source de complexité, ne serait-ce que parce qu'elle tend à multiplier les textes règlementaires épars, voire parcellaires, il était loisible aux autorités publiques de prévoir la mise en place de certaines et d'exclure les autres ou d'adapter les règles applicables à l'une et non aux autres.

La fusion à venir des institutions élues de représentation du personnel pose aujourd'hui une nouvelle difficulté. L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹⁸⁶³ a prévu la création d'une nouvelle instance, le « comité social et économique » (CSE), regroupant en son sein comité d'entreprise, délégués du personnel et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. L'ordonnance a prévu un certain nombre de dispositions transitoires¹⁸⁶⁴. S'agissant

¹⁸⁵⁹ Voir l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁸⁶⁰ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁸⁶¹ Article L. 2311-1 du Code du travail.

¹⁸⁶² Ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁸⁶³ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017.

¹⁸⁶⁴ Voir l'article 9 de l'ordonnance.

du comité social et économique, l'institution doit être mise en place « *au terme du mandat des délégués du personnel ou des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, lors du renouvellement de l'une de ces institutions, et au plus tard le 31 décembre 2019* », autrement dit au 1^{er} janvier 2020¹⁸⁶⁵.

Cette réforme s'appliquera sans difficulté dans les établissements publics au sein desquels les autorités règlementaires se sont bornées à renvoyer à l'application du Code du travail pour l'ensemble des institutions représentatives du personnel. En revanche, la fusion des institutions représentatives du personnel posera une difficulté au sein des établissements publics au sein desquels les autorités règlementaires ont expressément fait mention de telle ou telle institution, ou se sont bornées à renvoyer à l'application de tels ou tels articles du Code du travail. Dans ces conditions, comment appliquer des dispositions législatives ayant été abrogées au 1^{er} janvier 2018 ou modifiées de telle sorte qu'elles en sont devenues impraticables au sein de l'entité concernée ?

En application de l'article L. 2311-1 du Code du travail, les autorités règlementaires seront donc tenues d'intervenir avant la fin de la période transitoire pour adapter les nouvelles dispositions du Code du travail à la représentation collective existante au sein des établissements publics autorisés à employer un personnel mixte. Le législateur pourrait également être amené à intervenir pour adapter le régime de la représentation collective actuellement en vigueur au sein des sociétés anonymes Orange et La Poste.

¹⁸⁶⁵ Sous certaines réserves : D'une part, lorsqu'un protocole d'accord préélectoral a été conclu avant le 23 septembre 2017 en vue de la constitution ou du renouvellement des anciennes instances représentatives du personnel, leur élection doit se tenir conformément aux dispositions en vigueur avant cette date. Un CSE devra alors être mis en place à compter du 1^{er} janvier 2020 ou à une date antérieure fixée, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée (article 9, II, 1^o). D'autre part, lorsque les mandats des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail arrivent à échéance entre la date de publication de la présente ordonnance et le 31 décembre 2017, ces mandats sont prorogés jusqu'à cette date ; leur durée peut être également prorogée d'un an au plus, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée (article 9, II, 2^o). Enfin, lorsque les mandats des délégués du personnel, des membres élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, de l'instance regroupée mise en place par accord et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail arrivent à échéance entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2018, leur durée peut être réduite ou prorogée d'un an au plus, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, le cas échéant, de la délégation unique du personnel ou de l'instance regroupée (article 9, II, 3^o).

L'intervention des autorités publiques pourrait alors être l'occasion de reconfigurer les espaces de représentation collective, pour une meilleure prise en compte des spécificités du personnel composé à la fois d'agents publics et de salariés. Il convient alors de s'interroger sur les enjeux et l'efficacité d'une représentation collective commune à des travailleurs soumis à des statuts juridiques différents, laquelle exige de concilier la représentation des intérêts catégoriels et la préservation d'une communauté de travail homogène (**Section 2**).

SECTION 1. LA COMPLEXITÉ DE LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE ISSUE DE L'HYBRIDATION DU DROIT DU TRAVAIL ET DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

503. *Un champ d'étude volontairement limité.* Cette étude a pour objet de présenter un panorama, un état des lieux non exhaustif, de la représentation collective mise en place au sein des entités dotées d'un personnel mixte. Celles-ci étant particulièrement nombreuses, nous procéderons à partir d'exemples topiques, caractéristiques des diverses formes d'hybridation du droit privé du travail et du droit de la fonction publique. Ne seront donc pas expressément traités, par exemple, les cas de l'Établissement français du sang¹⁸⁶⁶, de la Caisse des dépôts et consignations¹⁸⁶⁷, de la Banque de France¹⁸⁶⁸, des Chambres de commerce et

¹⁸⁶⁶ En application de l'article L. 1222-7 du Code de la santé publique, les dispositions du Code du travail relatives au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel (Conseil social et économique et Conseil d'entreprise) s'appliquent aux agents publics et aux salariés de droit privé, tandis que les dispositions relatives à la négociation collective ne s'appliquent qu'à ces derniers.

¹⁸⁶⁷ La Caisse des dépôts et consignations est autorisée à embaucher des agents titulaires de droit public, des agents non titulaires de droit public ainsi que, sous certaines conditions, des « *agents contractuels sous le régime des conventions collectives* » (article 34 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire). Les instances de concertation de la Caisse des dépôts et consignations communes à l'ensemble des agents sont, d'une part, les comités techniques et, d'autre part, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ces institutions relèvent des règles de la fonction publique (Décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État et décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique) sous réserve de dispositions décrétales propres à la Caisse des dépôts et consignations (Décret n° 98-596 du 13 juillet 1998 relatif aux conditions de recrutement d'agents contractuels sous le régime des conventions collectives par la Caisse des dépôts et consignations et aux instances de concertation propres à cet établissement, modifié par le Décret n° 2011-1050 du 6 septembre 2011). L'article 34 de la loi du 28 mai 1996 susvisée exclut l'application des dispositions du Code du travail relatives au comité social et économique. Enfin, la Caisse des dépôts et consignations représentée par son directeur général est par ailleurs habilitée à conclure des accords collectifs avec les organisations syndicales représentatives, qui faute de précisions du législateur, semblent devoir s'appliquer à l'ensemble du personnel, sans distinction de statut. Toutefois, l'article 10 du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2017 après engagement de la procédure accélérée ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social dispose que : « *La Caisse des dépôts et consignations, représentée par son directeur général, est habilitée à conclure des accords collectifs avec les organisations*

d'industrie, des Voies navigables de France¹⁸⁶⁹, des Offices publics de l'habitat¹⁸⁷⁰ ou encore de la Caisse nationale de sécurité sociale des travailleurs salariés¹⁸⁷¹.

504. Des méthodes diverses. Il n'existe pas de mode d'emploi général permettant la mise en place d'une représentation collective adaptée à l'entité composée d'un personnel soumis à différents statuts de droit privé ou de droit public. Les autorités publiques sont intervenues au cas par cas, selon des méthodes différentes et en fonction des spécificités propres à chaque entité. Dans certaines entités, le législateur a fait le choix d'appliquer directement les règles du Code du travail à l'ensemble du personnel (§ 1). Au sein de la société Orange (ex-France Télécom¹⁸⁷²), les règles du Code du travail ont été adaptées par voie législative ou décrétole au regard de la spécificité statutaire des fonctionnaires (§ 2). Au sein de la société La Poste au contraire, le législateur a écarté l'application du Code du travail, au profit d'un régime *ad hoc* de représentation collective inspirée des règles de la fonction publique – ce dernier étant lui-

syndicales représentatives, qui ont pour objet d'assurer la mise en cohérence des règles sociales dont relèvent les personnels de la Caisse des dépôts et consignations. Approuvés par arrêté du directeur général de la Caisse des dépôts et consignations, ces accords s'appliquent de plein droit à l'ensemble de ces personnels. » Le projet de loi tel qu'adopté prévoit également la mise en place de « délégués syndicaux communs » à la Caisse des dépôts et consignations et à ses filiales désignés par les organisations représentatives au sens du Code du travail. Cette représentativité est déterminée en fonction de la somme des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique de la Caisse des dépôts et consignations et des comités sociaux et économiques de ses filiales. Ces délégués syndicaux communs ont compétence, selon des modalités précisées par un accord collectif, pour négocier sur des thèmes communs à la Caisse des dépôts et consignations et à ses filiales et, en l'absence de représentation syndicale propre au sein d'une filiale, pour représenter, en tant que de besoin, les organisations syndicales dans la défense des personnels.

¹⁸⁶⁸ Les institutions représentatives du personnel relèvent des règles prévues par le Code du travail, sous réserve des règles incompatibles avec le statut de la Banque de France ou avec les nécessités du service public (Voir not. CE, 11 octobre 1989, *Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France*, n° 86578, *Lebon*, p. 186) et sous réserve de certaines adaptations réglementaires. À titre d'exemple, ne sont pas applicables à la Banque de France les règles relatives à l'information-consultation du comité d'entreprise ou des comités d'établissement en cas de modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce (article L. 142-9 du Code monétaire et financier). Ne sont pas non plus applicables les dispositions de l'article R. 2323-35 du Code du travail relatives à la contribution de l'employeur en matière d'activités sociales et culturelles (article R. 142-21-1 du Code monétaire et financier).

¹⁸⁶⁹ Auparavant établissement public industriel et commercial, Voies navigables de France a été qualifié d'établissement public administratif par la loi n° 2012-77 du 24 janvier 2012. L'établissement est autorisé par l'article L. 4312-3-1 du Code des transports à employer des agents publics fonctionnaires, des agents publics contractuels et des salariés de droit privé. Aux termes de l'article L. 4312-3-2 du Code des transports, il est institué un comité technique unique pour l'ensemble du personnel dont les règles de composition ou de fonctionnement relèvent des règles de droit public ou de droit privé selon le statut du personnel en cause. Il en va de même en matière de négociation collective ou de droit syndical.

¹⁸⁷⁰ Voir le décret n° 2011-636 du 8 juin 2011 portant dispositions relatives aux personnels des offices publics de l'habitat.

¹⁸⁷¹ Voir les articles L. 221-2 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹⁸⁷² On rappellera que la société France Télécom a pris le nom d'Orange depuis le 1^{er} juillet 2013.

même inspiré du Code du travail¹⁸⁷³ (§ 3). Enfin, le choix a été fait, dans certaines entités, de faire une application conjuguée des règles issues du Code du travail et de celles issues des statuts de la fonction publique (§ 4).

505. Une hybridation à géométrie variable. Il en résulte une hybridation du droit privé du travail et du droit de la fonction publique à géométrie variable, plus ou moins intense selon le particularisme de l'entité en cause. Cette hybridation complexifie autant la gestion des ressources humaines par l'entité que l'organisation collective par les travailleurs concernés.

§ 1. L'application directe des règles du Code du travail à l'ensemble du personnel

506. Le législateur a fait le choix d'écarter du champ d'application du droit de la fonction publique certaines entités publiques autorisées à embaucher du personnel dans les conditions du droit privé. Il a alors privilégié les règles de représentation collective du Code du travail, qu'il a étendues à l'ensemble du personnel. Tel est le cas de certaines autorités publiques indépendantes (A) et de l'établissement Pôle emploi (B). La même méthode a été utilisée lorsque des agents publics exercent leurs fonctions au sein d'un organisme privé : tel est le cas des maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État (C).

A) Le cas des autorités publiques indépendantes : l'exemple de l'Autorité des marchés financiers et de la Haute Autorité de santé

507. L'Autorité des marchés financiers (AMF) est une autorité publique indépendante autorisée par décret¹⁸⁷⁴ à employer des agents contractuels de droit privé, des agents fonctionnaires ou encore des salariés de droit privé. Par dérogation, l'autorité réglementaire a choisi de doter, par simple renvoi, l'Autorité des marchés financiers de l'ensemble des institutions représentatives du personnel prévues par le Code du travail. Tous les travailleurs, indépendamment du statut privé ou public dont ils relèvent, sont donc électeurs et éligibles, dans les conditions du droit commun, aux institutions représentatives du personnel. Naturellement, celles-ci exercent leurs compétences à l'égard de l'ensemble de ces personnels¹⁸⁷⁵. Les règles relatives à la négociation collective¹⁸⁷⁶ et à la mesure de la

¹⁸⁷³ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

¹⁸⁷⁴ Décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'Autorité des marchés financiers, tel que modifié par le décret n° 2005-131 du 14 février 2005.

¹⁸⁷⁵ Article 50 du décret du 21 novembre 2003, précité.

¹⁸⁷⁶ Si le législateur ne l'a pas explicitement prévu, cela peut être déduit de l'article 49 du décret du 21 novembre 2003 et de l'article R. 621-10 du Code monétaire et financier, aux termes desquels le collège de

représentativité des organisations syndicales s'apprécient également dans les conditions prévues par le Code du travail¹⁸⁷⁷.

508. La Haute Autorité de santé (HAS) est quant à elle une autorité publique indépendante à caractère scientifique¹⁸⁷⁸, employant des agents publics fonctionnaires, contractuels, et aussi des salariés de droit privé¹⁸⁷⁹. Elle est toutefois dotée des institutions représentatives du personnel régies par le Code du travail. Sont ainsi mis en place un comité d'entreprise, étant toutefois précisé que celui-ci « *exerce les compétences dévolues au comité technique et à la commission consultative paritaire* », des délégués du personnel et des comités d'hygiène, de santé et des conditions de travail, compétents à l'égard de l'ensemble du personnel¹⁸⁸⁰. En conséquence, tous les travailleurs sont électeurs et éligibles, dans les conditions fixées par le Code du travail, pour la désignation de ces institutions¹⁸⁸¹.

Malgré le particularisme de ces entités publiques, les institutions communes à l'ensemble du personnel, régies par le Code du travail, devraient fusionner au sein d'un Comité social et économique dans les conditions du droit commun, en application de l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁸⁸².

B) Le cas de Pôle emploi

509. L'établissement public administratif Pôle emploi¹⁸⁸³ est autorisé à employer des salariés de droit privé, soumis au régime de la convention collective¹⁸⁸⁴ ainsi que des agents publics ayant conservé leur statut à l'issue de la fusion de l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) et des Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (ASSEDICS)¹⁸⁸⁵. En 2011,

l'Autorité des marchés financiers délibère sur « *des conditions générales de recrutement, d'emploi et de rémunération du personnel* » ainsi que de l'autonomie de gestion dont bénéficie l'autorité publique. Sur ce point, voir O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012/3, n° 143, p. 286.

¹⁸⁷⁷ Article 49 du décret du 21 novembre 2003, précité.

¹⁸⁷⁸ Article L. 161-37 du Code de la sécurité sociale.

¹⁸⁷⁹ Article R. 161-82 du Code de la sécurité sociale.

¹⁸⁸⁰ Article 1^{er} du décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004, codifié à l'article R. 161-83 du Code de la sécurité sociale.

¹⁸⁸¹ Article 1^{er} du décret n° 2004-1139 du 26 octobre 2004, codifié à l'article R. 161-83 du Code de la sécurité sociale.

¹⁸⁸² Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017.

¹⁸⁸³ CE, 23 juillet 2014, *Syndicat SUD-Travail-Affaires sociales*, n° 363522, *Lebon*.

¹⁸⁸⁴ Arrêté du 21 décembre 2009 portant agrément de la convention collective nationale de Pôle emploi du 21 novembre 2009, *JORF* n° 0300 du 27 décembre 2009.

¹⁸⁸⁵ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

la part du personnel soumis à régime de droit privé était estimé à 80 %¹⁸⁸⁶, les corps de fonctionnaires employés par l'établissement étant voués à disparaître¹⁸⁸⁷.

L'architecture juridique de la représentation est toutefois relativement simple. Les dispositions du Code du travail relatives aux relations collectives s'appliquent à tous les personnels de l'institution¹⁸⁸⁸, sous la seule réserve « *des garanties justifiées par la situation particulière de ceux qui restent contractuels de droit public* »¹⁸⁸⁹. Ont ainsi été maintenues des Commissions administratives paritaires nationales propres à chacun des niveaux d'emploi au sein de Pôle emploi ainsi que des commissions administratives paritaires locales¹⁸⁹⁰. Logiquement, seuls les agents publics sont électeurs et éligibles au sein de ces commissions. On sera toutefois surpris de constater que les représentants du personnel à ces commissions sont désignés « *dans les conditions prévues aux articles L. 2314-21 à L. 2314-25 du Code du travail* », c'est-à-dire en application des règles relatives à l'élection des délégués du personnel¹⁸⁹¹.

L'ensemble du personnel, indépendamment du statut privé ou public de l'agent, est électeur et éligible pour les élections des délégués du personnel, des Comités d'établissement et des Comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. En application de l'ordonnance du

¹⁸⁸⁶ Réponse du Secrétariat d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services, des professions libérales et de la consommation à la question orale n° 1243S, JO Sénat du 27 avril 2011, p. 2995.

¹⁸⁸⁷ Article L. 5312-9 du Code du travail.

¹⁸⁸⁸ Par un arrêt du 7 avril 2011 (n° 333917), le Conseil d'État a jugé qu'« *il résulte de l'article L. 5312-9 du Code du travail précité que les règles relatives aux relations collectives de travail prévues par la deuxième partie de ce Code s'appliquent à tous les agents de Pôle emploi, qu'ils soient salariés de droit privé ou agents contractuels de droit public ; qu'ainsi, les articles L. 2323-1 et suivants du Code du travail qui prévoient l'information et la consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise et, en particulier, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle, les projets de restructuration et de compression des effectifs et les problèmes généraux intéressant les conditions de travail, notamment les conditions d'emploi et les qualifications, sont applicables à Pôle emploi ; qu'il suit de là que les agents contractuels de droit public de Pôle emploi pourront participer, dans le cadre des institutions représentatives du personnel mises en place au sein de cette institution, à la détermination collective de leurs conditions de travail conformément aux dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* ».

¹⁸⁸⁹ Article L. 5312-9 du Code du travail : « *Ces garanties sont définies par décret en Conseil d'État.* »

¹⁸⁹⁰ Article 4 du décret n° 2003-1370 du 31 décembre 2003 fixant les dispositions applicables aux agents contractuels de droit public de Pôle emploi.

¹⁸⁹¹ Article 4 du décret n° 2003-1370 du 31 décembre 2003 fixant les dispositions applicables aux agents contractuels de droit public de Pôle emploi.

22 septembre 2017, ces institutions ont donc vocation à fusionner au sein d'un Comité social et économique dans les conditions du droit commun¹⁸⁹².

C) Le cas des maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État

510. Ces maîtres contractuels ont qualité d'agents publics. La loi dite « Censi » du 5 janvier 2005¹⁸⁹³ a clarifié la situation juridique et professionnelle de ces maîtres contractuels¹⁸⁹⁴ et leur a donné qualité d'agents publics¹⁸⁹⁵, bien qu'ils soient recrutés spécialement pour exercer dans des établissements liés à l'État par un contrat d'association¹⁸⁹⁶. Toutefois, le législateur a souhaité préserver les « *droits préalablement acquis* » au sein des établissements par ces nouveaux agents publics¹⁸⁹⁷ et a maintenu à leur égard l'application des dispositions relatives aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de santé et des conditions de travail¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹² Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017.

¹⁸⁹³ Loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat, *JORF* n° 4 du 6 janvier 2005. La situation des maîtres des établissements privés d'enseignement était jusque-là d'une grande complexité en raison de la superposition des liens contractuels entretenus, d'une part, entre l'enseignant et l'établissement, d'autre part, entre l'établissement et l'État et, enfin, entre l'État et l'enseignant (voir not. Cass. soc., 14 juin 1989, *Collège Saint-Charles c/ X...*, n° 86-40315, *Bull.*, n° 445 ; CE, Section des finances, avis, 13 novembre 1969, n° 303-011 ; CE, 26 juin 1987, n° 75569).

¹⁸⁹⁴ Articles L. 442-5 du Code de l'éducation et L. 813-8 du Code rural.

¹⁸⁹⁵ Ce changement de statut a été jugé conforme à la Constitution par une décision du 14 juin 2013 (*M. Philippe W.* [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privé], n° 2013-322, QPC). Le Conseil constitutionnel a notamment relevé qu'« *en précisant que, en leur qualité d'agents publics, les maîtres de l'enseignement privé ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, le législateur a entendu clarifier le statut juridique des maîtres de l'enseignement privé sous contrat pour mettre fin à une divergence d'interprétation entre le Conseil d'État et la Cour de cassation ; qu'en égard aux incertitudes juridiques nées de cette divergence, les dispositions contestées ne peuvent être regardées comme portant atteinte à des droits légalement acquis* » (cons. 8).

¹⁸⁹⁶ Le champ de l'étude porte sur les maîtres dits « contractuels », qui étaient jusqu'à la loi du 5 janvier 2005 liés par contrat à la fois à l'État et à l'établissement. Ne sont pas concernés les maîtres « agréés » par l'État, recrutés par l'établissement privé sous contrat mais rémunérés par l'État et les maîtres de l'enseignement public ayant le statut de fonctionnaires mais affectés provisoirement dans un établissement privé par le rectorat ou le ministère.

¹⁸⁹⁷ Le député Y. CENSI, auteur de la proposition de loi à l'origine du texte du 5 janvier 2005, estimait ainsi que si l'objectif de la loi était de « *sortir le contrat des maîtres du cadre du Code du travail [...] leurs titulaires doivent cependant pouvoir continuer à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour* » (Y. CENSI, *Rapport n° 1963 fait à l'Assemblée nationale visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat*, voir not. point I.-C.).

¹⁸⁹⁸ Articles L. 442-5, alinéa 3, du Code de l'éducation et L. 813-8 du Code rural. Il s'agit là d'une reprise de la jurisprudence antérieure puisque le Conseil d'État comme la Cour de cassation avaient fini par

Dès lors, les maîtres contractuels sont pris en compte dans les effectifs requis par le Code du travail pour constituer les comités d'entreprise et comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ils sont également électeurs et éligibles pour les élections à ces comités et pour celles des délégués du personnel. Ils participent ainsi aux élections professionnelles dans les mêmes conditions que les salariés de ces établissements, nonobstant l'absence de contrat de travail liant les maîtres contractuels auxdits établissements.

Pour autant, l'hybridité de ce statut a engendré un contentieux fourni. Il en résulte un régime juridique spécifique, dont la complexité tranche avec la clarification souhaitée par le législateur de 2005.

511. L'application du droit syndical. La loi avait omis de viser les dispositions du Code du travail relatives au droit syndical au titre des dispositions demeurant applicables aux maîtres contractuels. Plus précisément, il n'était pas fait référence à la possibilité de désigner un délégué syndical. Se fondant sur les travaux parlementaires et l'intention du législateur – laquelle n'avait pas été d'exclure les maîtres contractuels de ces règles¹⁸⁹⁹ – la Cour de cassation a estimé, par un avis du 15 janvier 2007¹⁹⁰⁰ qu'« *intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement* », les maîtres contractuels « *entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 412-14 [devenu L. 2143-3] du Code du travail relatives à la désignation des délégués syndicaux* ». Ces agents publics peuvent donc désigner ou être désignés délégués syndicaux au sein de l'établissement où ils travaillent. Ils sont alors soumis au Code du travail et bénéficient ainsi d'heures de délégation.

512. La nomination des conseillers prud'homaux. En conséquence, ces maîtres contractuels, dès lors qu'ils étaient titulaires d'un mandat, étaient électeurs et éligibles aux conseils de prud'hommes, bien qu'ils n'aient pas qualité de salariés. Dans un avis du 20 mai 2008, le Conseil d'État avait ainsi considéré que « *ceux de ces maîtres qui remplissent au sein de leur établissement des fonctions autres que celles découlant du contrat d'association, pour*

converger et jugeaient que les règles du Code du travail s'appliquaient aux maîtres contractuels (CE, 26 mars 1993, n° 95606, *Lebon*, p. 85 ; Cass. ass. plén., 5 novembre 1993, n° 92-60.595, *Bull.*, AP, n° 14).

¹⁸⁹⁹ Rapport de L. PÉCAUT-RIVOLIER, sous l'avis de la Cour de cassation du 15 janvier 2007, (n° 0070002), cité par le dossier documentaire établi par les services du Conseil constitutionnel relatif à la décision de ce dernier du 14 juin 2013, *M. Philippe W.* [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privé], n° 2013-322, QPC, pp. 27 et s.

¹⁹⁰⁰ Cass., avis, 15 janvier 2007, n° 07-00.002, *Bull.*, avis, n° 1.

lesquelles ils ne sont pas rémunérés par l'État, mais par leur établissement, doivent être regardés, au titre de ces fonctions annexes, comme se trouvant dans une position de subordination vis-à-vis du chef de cet établissement et sont donc, à raison de ces fonctions, électeurs des conseillers prud'hommes »¹⁹⁰¹. La récente suppression des élections des conseillers prud'hommes ne devrait pas avoir d'incidence. Ces derniers sont désormais nommés par les ministres de la justice et du travail, sur proposition des organisations syndicales et professionnelles autorisées à présenter des candidats en fonction de leur audience respective¹⁹⁰². À suivre la position du juge administratif, les maîtres contractuels titulaires d'un mandat de représentation devraient pouvoir, s'ils se portent candidats, être désignés conseillers prud'hommes, nonobstant leur qualité d'agents publics.

Il n'en reste pas moins que le raisonnement suivi par le Conseil d'État est un peu surprenant. Le terme de « subordination » semble impropre en l'absence de tout contrat de travail¹⁹⁰³, et ce d'autant plus que l'activité syndicale échappe précisément à l'autorité de l'employeur. Le salarié titulaire d'un mandat de représentation du personnel bénéficie ainsi d'une relative immunité dans le cadre de ses fonctions de représentation¹⁹⁰⁴ et ne peut être sanctionné qu'en raison de faits constituant un « abus de fonctions »¹⁹⁰⁵. En outre, pour mener à bien leurs missions, les représentants du personnel, dont le délégué syndical¹⁹⁰⁶, bénéficient dans l'entreprise d'une liberté de circulation que l'employeur ne peut, en principe, entraver¹⁹⁰⁷. C'est d'ailleurs parce qu'il ne peut exercer son contrôle sur l'activité syndicale que

¹⁹⁰¹ CE, Section sociale, avis, 20 mai 2008, n° 381553, relatif au droit de vote et à l'éligibilité des maîtres de l'enseignement privé sous contrat aux élections aux conseils de prud'hommes, cité par le dossier documentaire établi par les services du Conseil constitutionnel relatif à la décision de ce dernier du 14 juin 2013, *M. Philippe W.* [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privé], n° 2013-322, QPC, pp. 22 et s.

¹⁹⁰² Loi n° 2014-1528 du 18 décembre 2014 relative à la désignation des conseillers prud'hommes, *JORF* n° 0293 du 19 décembre 2014 ; Ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes, *JORF* n° 0077 du 1^{er} avril 2016 ; Arrêté du 5 mai 2017 portant attribution des sièges de conseillers prud'hommes et calendrier de dépôt des candidatures à la fonction de conseiller prud'homme pour le mandat prud'homal 2018-2021, *JORF* n° 0109 du 10 mai 2017.

¹⁹⁰³ On le sait, le lien de subordination constitue le critère de la relation de travail salarié (Cass. soc., 15 mars 2006, *Bull.*, V, n° 110 ; Cass. soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.*, V, n° 349).

¹⁹⁰⁴ Le représentant peut évidemment être sanctionné en raison de faits constituant un manquement du salarié « à ses obligations professionnelles », détachées en cela de l'action syndicale et de son mandat (Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 16-12.109 ; Cass. soc., 27 juin 2012, n° 11-10.242 ; Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792, *Bull.*, V, n° 152).

¹⁹⁰⁵ Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 16-12.109 ; Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-22.979 ; Cass. soc., 27 juin 2012, n° 11-10.242 ; Cass. soc., 22 juillet 1982, n° 80-41.279, *Bull.*, V, n° 501.

¹⁹⁰⁶ Article L. 2143-20 du Code du travail.

¹⁹⁰⁷ Des restrictions peuvent être apportées à cette liberté de circulation, sans toutefois y faire obstacle, soit en raison du caractère hautement confidentiel des zones en cause (Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.151), soit pour des raisons d'hygiène et de sécurité (Cass. soc., 19 janvier 2010, n° 08-45.092).

l'employeur doit, lorsqu'il entend contester l'utilisation faite des heures de délégation, préalablement saisir le juge judiciaire et ne peut se borner à en refuser le paiement¹⁹⁰⁸. Dans ces conditions, il est étonnant que, du seul fait de leurs activités syndicales, les maîtres contractuels puissent être assimilés aux salariés et être amenés à faire appliquer des dispositions du Code du travail à l'occasion de litiges purement individuels.

513. Le paiement des heures de délégation accomplies par le maître contractuel titulaire d'un mandat. La Cour de cassation a également été saisie de la question de la prise en charge des heures de délégation utilisées par un maître contractuel exerçant les fonctions de représentant élu ou de délégué syndical. Plus précisément, le paiement des heures de délégation doit-il incomber à l'employeur (l'État) ou à l'établissement d'enseignement au sein duquel le mandat est exercé ? Par un arrêt du 18 novembre 2008¹⁹⁰⁹, la Cour de cassation a tout d'abord retenu la compétence du juge judiciaire pour trancher la demande tendant à obtenir « *le paiement des heures de délégation accomplies en dehors de son temps de travail, pour l'exercice de ses mandats dans l'intérêt de la communauté de travail constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement* ». Puis, par un arrêt du 31 mars 2009¹⁹¹⁰, la Haute juridiction a jugé que le paiement des heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat « *prises en dehors de leur temps de travail* » incombe « *à l'établissement au sein duquel ils exercent les mandats prévus par le Code du travail dans l'intérêt de la communauté constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement* ». Une telle solution n'apparaissait pas évidente, à première vue du moins.

En effet, les dispositions relatives au droit syndical ne s'appliquent, en application de l'article L. 2111-1 du Code du travail, qu'aux « *employeurs de droit privé et à leurs salariés* » ainsi qu'« *au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé* ». Le cas des maîtres contractuels n'entre dans aucune de ces deux catégories, de sorte que le paiement des heures de délégation est ici complètement déconnecté de l'existence d'un contrat de travail¹⁹¹¹.

¹⁹⁰⁸ Article L. 2143-17 du Code du travail s'agissant du délégué syndical. Voir égal. les articles L. 2142-1-3 du même Code s'agissant du représentant de section syndicale.

¹⁹⁰⁹ Cass. soc., 18 novembre 2008, n° 07-42.921, *Bull.*, V, n° 228.

¹⁹¹⁰ Cass. soc., 31 mars 2009, n° 08-40.408, *Bull.*, V, n° 101. Dans le même sens : Cass. soc., 13 octobre 2010, n° 09-67.198, *Bull.*, V, n° 229.

¹⁹¹¹ Cela revient, pour reprendre la formule du Professeur RADÉ, à reconnaître « un salaire sans salarié » (Ch. RADÉ, « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Dr. soc.*, 2012, p. 477).

Il faut également comprendre de la solution dégagée par la Chambre sociale qu'*a contrario*, les heures effectuées « pendant le temps de travail » demeurent à la charge de l'État employeur. Une telle distinction a été défendue au regard des exigences du principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁹¹². Elle nous semble toutefois contestable au regard des termes mêmes du raisonnement de la Chambre sociale. En effet, les heures de délégation, qu'elles soient prises pendant ou en dehors du temps de travail, sont toutes exercées en application du mandat exercé « *dans l'intérêt de la communauté de travail constituée par l'ensemble du personnel de l'établissement* ». De telles considérations ne sauraient donc justifier que les unes soient à la charge de l'État et les autres à la charge de l'établissement.

En réalité, cette distinction ne peut s'expliquer qu'en raison de l'application aux maîtres contractuels des dispositions du droit de la fonction publique, lesquelles imposent déjà à l'État d'accorder des crédits de temps syndical aux agents publics titulaires d'un mandat de représentant syndical¹⁹¹³. Une solution inverse aurait donc eu pour effet, alors que les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical recouvrent en ce cas les mêmes missions, d'ouvrir droit à cette catégorie de personnel à la fois à des heures de délégation et à des heures de franchise syndicale¹⁹¹⁴. Par la suite, la Chambre sociale a d'ailleurs précisé que les heures de délégation des maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat prises en dehors de leur temps de travail, ne sauraient se confondre avec les décharges

¹⁹¹² L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Le statut toujours hybride des maîtres de l'enseignement privé : qui paye les heures de délégation accomplies en sus du temps de travail ? Demande d'avis n° 02/11 », *Dr. soc.*, 2011, p. 789.

¹⁹¹³ C'était d'ailleurs la position adoptée par le ministre de l'Éducation nationale de l'époque. Interrogé par le parquet général de la Cour de cassation dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 novembre 2008, il avait affirmé que la garantie donnée aux maîtres de l'enseignement privé de continuer à bénéficier de certains droits prévus par le Code du travail ne pouvait néanmoins « *compte tenu de la nature privée de ces établissements, conduire l'État à prendre en charge les décharges syndicales prévues par le Code du travail, en plus de celles qu'il attribue aux maîtres pour l'exercice du droit syndical au titre des dispositions de la fonction publique* » (cité par le Rapport de L. PÉCAUT-RIVOLIER, sous l'avis de la Cour de cassation du 15 janvier 2007, n° 0070002, lui-même cité *in extenso* par le dossier documentaire établi par les services du Conseil constitutionnel relatif à la décision du 14 juin 2013, *M. Philippe W.* [Statut des maîtres des établissements d'enseignement privé], n° 2013-322, QPC, pp. 27 et s.).

¹⁹¹⁴ En ce sens, voir le rapport de L. PÉCAUT-RIVOLIER, sous l'avis de la Cour de cassation du 15 janvier 2007, (n° 00-70002), précité, spéc. pp. 36-39.

d'activités de service accordées au représentant syndical en application de l'article 16 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982¹⁹¹⁵.

Cette répartition des charges a été contestée par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le requérant, maître contractuel depuis le 1^{er} septembre 1990 au sein d'un établissement d'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État, avait saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande en paiement des heures de délégation syndicale accomplies en dehors de son temps de travail. L'établissement avait en effet cessé de lui régler ces heures après l'entrée en vigueur de la loi du 5 janvier 2005 ayant accordé au requérant la qualité d'agent public. Le requérant faisait notamment valoir que le législateur, en s'abstenant de préciser le régime des heures de délégation syndicale prises en dehors de leur temps de travail, avait porté atteinte au principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail. Après avoir rappelé les garanties collectives dont bénéficient les maîtres contractuels au sein des établissements dans lesquels ils travaillent, le Conseil constitutionnel s'est borné à écarter le grief sur le fondement du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution¹⁹¹⁶. En effet, s'il a compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition législative qui lui est déférée dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, il ne lui appartient de « *procéder à l'interprétation du texte qui lui est déféré que dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité* »¹⁹¹⁷. En l'espèce, il a jugé que tel n'était pas le cas s'agissant de « *la question de la désignation de l'autorité chargée d'assurer le paiement des heures de délégation syndicale des maîtres des établissements privés sous contrat prises en dehors de leur temps de travail* »¹⁹¹⁸.

En tout état de cause, une fois identifié le débiteur du paiement des heures de délégation, encore faut-il en préciser le régime juridique. Conformément aux dispositions applicables aux

¹⁹¹⁵ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-14.121, *Bull.*, V, n° 118. Voir le rapport de L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Le statut toujours hybride des maîtres de l'enseignement privé : qui paye les heures de délégation accomplies en sus du temps de travail ? Demande d'avis n° 02/11 », *Dr. soc.*, 2011, p. 789.

¹⁹¹⁶ « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* »

¹⁹¹⁷ Cette solution avait déjà été dégagée par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle a priori : Conseil constit., 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 91-298, DC, cons. 33 ; Conseil constit., 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, n° 2009-590, DC, cons. 6.

¹⁹¹⁸ Conseil constit., 14 juin 2013, n° 2013-322, QPC, *M. Philippe W.*, cons. 12.

salariés, la Cour de cassation a jugé que les heures de délégation effectuées en sus du temps de service dont le paiement incombe à l'établissement « *constituent du temps de travail effectif et ouvrent droit au paiement du salaire correspondant* »¹⁹¹⁹.

514. *L'application du droit de la négociation collective.* S'appuyant ici encore sur les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 5 janvier 2005, le Conseil d'État a considéré que le droit privé de la négociation collective demeurerait applicable aux maîtres contractuels, nonobstant leur qualité d'agents publics. Aussi, par un arrêt du 29 octobre 2008¹⁹²⁰, la Haute juridiction a annulé l'arrêté portant extension aux maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat avec l'État d'une convention de branche relative au régime de prévoyance complémentaire, faute pour le syndicat national des personnels de l'enseignement et de la formation privés d'avoir été invité à la table des négociations.

515. *En définitive,* le régime juridique des maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État est empreint d'une forte hybridité du Code du travail et du droit de la fonction publique. Ce faisant, le législateur a conduit les Hautes juridictions à faire preuve de créativité et de pragmatisme, sans doute au détriment d'une réelle cohérence juridique. Ces solutions jurisprudentielles, qui semblent aujourd'hui établies, ne devraient pas être remises en cause par la fusion à intervenir des institutions représentatives du personnel au sein d'un comité social et économique unique.

§ 2. L'application de règles du Code du travail adaptées aux spécificités de l'entreprise : le cas de la société Orange (ex-France Télécom)

516. La société Orange est une société anonyme à capitaux majoritairement privés qui emploie à la fois des fonctionnaires et des salariés de droit public¹⁹²¹. Le législateur a ici entendu éviter la coexistence des institutions représentatives du personnel, prévues à la fois par le droit privé et le droit public, et dont la finalité est similaire. Il a ainsi opté pour l'application à l'ensemble du personnel des règles du Code du travail, sous réserve toutefois

¹⁹¹⁹ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-14.121, *Bull.*, V, n° 118.

¹⁹²⁰ CE, 29 octobre 2008, n° 300844. Voir les conclusions prises par le Commissaire du Gouvernement L. DEREPA, « Le régime de prévoyance des maîtres de l'enseignement privé doit être négocié selon les règles de droit commun », *Dr. soc.*, 2009, p. 475.

¹⁹²¹ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

de certaines adaptations qui seraient rendues nécessaires par la spécificité statutaire des fonctionnaires.

517. Avertissement. Le législateur devrait être amené à intervenir pour adapter les nouvelles dispositions du Code du travail, issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017¹⁹²², au particularisme de la société Orange.

518. L'institution de délégués du personnel et d'un comité d'entreprise communs à l'ensemble du personnel. L'article 29-1 de la loi du 2 juillet 1990¹⁹²³, dans sa rédaction issue de la loi du 9 février 2010¹⁹²⁴ dispose que, par dérogation aux règles de la fonction publique de l'État, « *les fonctionnaires de France Télécom participent avec les salariés de l'entreprise à l'organisation et au fonctionnement de leur entreprise, ainsi qu'à la gestion de son action sociale, par l'intermédiaire des institutions représentatives prévues aux titres I^{er} à IV du livre III de la deuxième partie du Code du travail, sous réserve des adaptations, précisées par décret en Conseil d'État, qui sont justifiées par la situation particulière des fonctionnaires de France Télécom* ». Autrement dit, les règles relatives à l'institution des délégués du personnel et d'un comité d'entreprise sont applicables à l'ensemble des personnels, indépendamment de leur statut, dans les conditions du droit commun.

Les sociétés filiales France Télécom, Orange France, Orange distribution et Orange Réunion constituent ensemble une unité économique et sociale (UES) pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Il existe ainsi depuis les élections du 11 janvier 2007 un Comité central de l'unité économique et sociale (CCUES) ainsi que des comités d'établissement au nombre de 19 pour la mandature 2014-2017¹⁹²⁵.

519. L'aménagement des modalités électorales. Les autorités règlementaires ont toutefois dû aménager certaines règles à la dualité statutaire du personnel. Les délégués du personnel ainsi que les membres de la délégation du personnel du comité d'entreprise sont élus par un corps

¹⁹²² Voir l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁹²³ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹²⁴ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

¹⁹²⁵ Voir l'accord du 2 juillet 2008 sur l'architecture des instances représentatives du personnel dans le cadre de l'UES.

électoral unique, composé des fonctionnaires et des salariés de droit privé, selon les mêmes conditions d'électorat, d'éligibilité, de durée du mandat et d'incompatibilité¹⁹²⁶.

Conformément aux préconisations de la Direction générale du travail, il est procédé à un vote séparé (par deux urnes distinctes) des deux catégories de personnel. Il est en effet nécessaire de distinguer les suffrages des fonctionnaires, ceux-ci devant être pris en compte pour apprécier la représentativité des organisations syndicales dans la fonction publique de l'État¹⁹²⁷.

520. L'aménagement des compétences des délégués du personnel. Les délégués du personnel sont habilités à présenter les réclamations individuelles et collectives concernant tant les salariés de droit privé que les fonctionnaires. En sus des prérogatives qu'ils tiennent du Code du travail et sans préjudice de la compétence des commissions administratives paritaires, les délégués du personnel sont également habilités à présenter toutes les réclamations « *relatives à l'application aux fonctionnaires de France Télécom des dispositions législatives et réglementaires relatives à leur statut ainsi que des stipulations des conventions ou accords d'entreprise qui leur sont applicables* »¹⁹²⁸.

521. L'institution d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de droit privé. Le législateur a prévu l'application à l'ensemble du personnel de la « quatrième partie du Code du travail » au sein de laquelle se trouvent les dispositions relatives aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, sous réserve « *des adaptations, précisées par décret en Conseil d'État, qui sont justifiées par la situation particulière des fonctionnaires de France Télécom* »¹⁹²⁹. À ce jour et à notre connaissance, aucun décret d'adaptation n'a toutefois été édicté. De manière logique, le législateur a expressément exclu l'application aux fonctionnaires de la société Orange des dispositions de la fonction publique relatives aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁹³⁰.

¹⁹²⁶ Décret n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom, spéc. les articles 1^{er} et 2.

¹⁹²⁷ Y. STRUILLOU, « La représentation des organisations syndicales dans les entreprises employant des fonctionnaires et des salariés de droit privé : le cas de France Télécom – Rapport sur Cour de cassation, 2 juillet 2012, avis n° 12-00.006 », *RFDA*, 2012, p. 991.

¹⁹²⁸ Article 1^{er} du décret du 6 juillet 2004, précité.

¹⁹²⁹ Article 29-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹³⁰ L'article 29-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom exclut explicitement l'application des dispositions de l'article 16 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

522. Le maintien d'instances de concertation propres aux fonctionnaires. La loi du 2 juillet 1990¹⁹³¹ a maintenu les commissions administratives paritaires, organismes consultatifs chargés de représenter les fonctionnaires et de rendre un avis sur les questions d'ordre individuel les concernant¹⁹³². Les modalités d'élection, de composition et de fonctionnement de ces instances relèvent des règles relatives à la fonction publique de l'État¹⁹³³, précisées par décret d'adaptation¹⁹³⁴.

Il a également été mis en place un « conseil des questions statutaires d'Orange SA », chargé de donner un avis sur les textes relatifs aux statuts des fonctionnaires¹⁹³⁵. Il s'agit là d'un organe *ad hoc*, spécifique à l'entreprise et dont les règles de composition et de fonctionnement ont été établies par décret¹⁹³⁶.

Ces deux organes consultatifs constituent des garanties spécifiques aux fonctionnaires, qui s'ajoutent aux institutions représentatives de droit privé compétentes à l'égard de l'ensemble du personnel.

523. L'institution de représentants syndicaux communs à l'ensemble du personnel. Le droit commun de l'activité syndicale est pleinement applicable au sein de la société Orange¹⁹³⁷. Les délégués syndicaux sont désignés par les organisations reconnues représentatives « parmi les

¹⁹³¹ Article 29-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹³² Article 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État : « Dans chaque corps de fonctionnaires existent une ou plusieurs commissions administratives paritaires comprenant, en nombre égal, des représentants de l'administration et des représentants du personnel. Des commissions administratives paritaires communes à plusieurs corps peuvent également être créées à l'échelon central, aux échelons déconcentrés et dans les établissements publics, sans conditions d'effectifs au sein de ces corps au niveau national. Les membres représentant le personnel sont élus au scrutin de liste avec représentation proportionnelle dans les conditions définies à l'article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ces commissions sont consultées sur les décisions individuelles intéressant les membres du ou des corps qui en relèvent. »

¹⁹³³ Article 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État et article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁹³⁴ Décret n° 94-131 du 11 février 1994 relatif aux commissions administratives paritaires de France Télécom.

¹⁹³⁵ Décret n° 2017-394 du 24 mars 2017 relatif au conseil des questions statutaires d'Orange SA, pris en application de l'article 29-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹³⁶ Cet organe (non paritaire), a été institué en remplacement du « conseil paritaire » existant auparavant (voir les articles 1^{er} et s. du décret n° 2017-394 du 24 mars 2017 relatif au conseil des questions statutaires d'Orange SA).

¹⁹³⁷ Article 29-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom et article 3 du décret n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom.

personnels constituant le corps électoral unique », autrement dit sans distinction entre les salariés de droit privé et les fonctionnaires¹⁹³⁸.

524. L'appréciation du seuil de représentativité des organisations syndicales. Le seuil de représentativité des organisations syndicales doit être apprécié au regard des dispositions de l'article L. 2122-1 du Code du travail, indifféremment du statut de droit public ou de droit privé des électeurs. Par un avis du 2 juillet 2012¹⁹³⁹, la Cour de cassation a ainsi considéré qu'« *en principe, la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires, doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières* »¹⁹⁴⁰. Autrement dit, un syndicat ne peut se prétendre représentatif au motif qu'il aurait recueilli au moins 10 % au sein de l'urne réservée à l'une ou l'autre de ces catégories de personnel.

525. La protection accordée au fonctionnaire titulaire d'un mandat de représentation. Quelle protection accorder aux fonctionnaires exerçant un mandat représentatif du personnel, dans l'intérêt de l'ensemble du personnel ? Selon une jurisprudence bien établie, la Cour de cassation applique le statut protecteur des représentants du personnel¹⁹⁴¹ au fonctionnaire mis en disponibilité¹⁹⁴² ou mis à disposition¹⁹⁴³ auprès d'un organisme privé. Sauf disposition contraire, le fonctionnaire est en effet considéré comme étant lié à cet organisme par un contrat de travail de droit privé¹⁹⁴⁴. Dans le même sens, l'organisme privé est tenu de solliciter l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail avant de mettre fin au détachement d'un fonctionnaire en son sein¹⁹⁴⁵ ou en cas de non-renouvellement du détachement¹⁹⁴⁶.

¹⁹³⁸ Article 3 du décret n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom.

¹⁹³⁹ Cass., avis, 2 juillet 2012, n° 12-00.006, voir égal. le rapport du Conseiller Y. STRUILLLOU, *RFDA*, 2012, p. 991.

¹⁹⁴⁰ On précisera que les sociétés France Télécom, Orange France, Orange distribution et Orange Réunion constituent une unité économique et sociale (UES) pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Il existe ainsi depuis les élections du 11 janvier 2007 un Comité central de l'unité économique et sociale (CCUES) ainsi que des comités d'établissement au nombre de 19 pour la mandature 2014-2017 (voir l'accord du 2 juillet 2008 sur l'architecture des instances représentatives du personnel dans le cadre de l'UES).

¹⁹⁴¹ Livre IV (Les salariés protégés) de la deuxième partie du Code du travail.

¹⁹⁴² Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.449, *Bull.*, V, n° 124.

¹⁹⁴³ Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-40.139, *Bull.*, V, n° 91.

¹⁹⁴⁴ Cass. soc., 28 septembre 2016, n° 15-27.808 ; Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-21.634 ; Cass. soc., 29 septembre 2014, n° 13-11.191, *Bull.*, V, n° 211 ; Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-69.453, *Bull.*, V, n° 139.

¹⁹⁴⁵ Cass. soc., 27 juin 2000, n° 97-43.536, *Bull.*, V, n° 251.

Le Conseil d'État a quant à lui eu à connaître de la situation du fonctionnaire en activité auprès d'une société de droit privé, c'est-à-dire directement employé par elle. Par un arrêt *Laupâtre* du 24 février 2011¹⁹⁴⁷, il a jugé qu'« *il ne résulte d'aucun principe général ni d'aucune disposition du Code du travail que la mutation d'un fonctionnaire de France Télécom investi d'un mandat représentatif doit être soumise à une autorisation de l'inspecteur du travail ou précédée de l'avis du comité d'entreprise* ». On rappellera en effet que le fonctionnaire, même au service d'une société privée, est en principe placé dans une situation statutaire et réglementaire de sorte que sa situation peut être modifiée sans son accord dans l'intérêt du service. Ainsi en va-t-il des fonctionnaires de la société Orange qui continuent d'être régis sur les questions d'ordre individuel par le « *statut des fonctionnaires de France Télécom* »¹⁹⁴⁸.

S'il refuse d'appliquer les dispositions protectrices du Code du travail, faute pour le législateur d'en avoir prévu l'application, le juge administratif ne prive pas le fonctionnaire de garanties visant à protéger l'exercice du mandat. En effet, s'il appartient à « *l'autorité investie du pouvoir hiérarchique* » de prendre à l'égard des fonctionnaires placés sous sa responsabilité « *les décisions, notamment d'affectation et de mutation, répondant à l'intérêt du service* », en revanche, « *dans le cas où, comme à France Télécom, un fonctionnaire se trouve investi d'un mandat représentatif qu'il exerce, en vertu de la loi, dans l'intérêt tant d'agents de droit public que de salariés de droit privé, les décisions prises à son égard ne doivent pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé* »¹⁹⁴⁹. On observera que le juge administratif ne reprend pas ici la formule consacrée par la Chambre sociale selon laquelle le mandat serait exercé « *dans l'intérêt de la communauté de travail constituée par l'ensemble du personnel* », nonobstant la dualité statutaire de celui-ci¹⁹⁵⁰.

En tout état de cause, l'autorité hiérarchique doit, dans sa prise de décision, « *tenir compte à la fois de l'intérêt du service et des exigences propres à l'exercice normal du mandat dont il est investi* » de sorte que, « *sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence, une mutation ne compromette pas le respect du principe de*

¹⁹⁴⁶ Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40.406, *Bull.*, V, n° 193.

¹⁹⁴⁷ CE, 24 février 2011, n° 335453, *Lebon*.

¹⁹⁴⁸ Article 29 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹⁴⁹ CE, 24 février 2011, n° 335453, *Lebon*.

¹⁹⁵⁰ À propos des maîtres contractuels de l'enseignement privé : Cass. soc., 18 novembre 2008, n° 07-42.921, *Bull.*, V, n° 228 ; Cass. soc., 31 mars 2009, n° 08-40.408, *Bull.*, V, n° 101.

participation qui découle du préambule de la Constitution »¹⁹⁵¹. C'est au fonctionnaire qui se prévaut d'une atteinte à l'exercice de son mandat ou d'une discrimination syndicale qu'il appartiendra de saisir, *a posteriori*, le juge administratif, y compris « *le cas échéant du juge des référés* ». L'employeur devra alors justifier, d'une part que la mesure prise à l'égard du représentant est conforme à l'intérêt du service, et d'autre part, qu'il justifie avoir pris en compte l'effet sur le mandat détenu par le fonctionnaire dans l'intérêt des travailleurs.

526. Cette solution de principe semble transposable à toutes les situations dans lesquelles un agent soumis au statut de fonctionnaire exerce un mandat régi par le Code du travail, dans l'intérêt d'agents de droit public et de salariés de droit privé. Néanmoins, si l'on comprend aisément les limites du juge face aux lacunes de la législation applicable, une telle solution ne semble pas satisfaisante. Comme l'observait le Rapporteur public dans cette affaire, le juge administratif juge constamment, sur le fondement des dispositions du Code du travail, que « *les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle* »¹⁹⁵². L'objet de la protection n'est donc pas l'emploi salarié mais l'exercice des fonctions qu'il assume. En ce sens, la protection devrait être accordée à tout travailleur doté d'un mandat de représentation régi par le Code du travail, c'est-à-dire pour l'ensemble de la collectivité de travail au nom de laquelle celui-ci est exercé¹⁹⁵³.

¹⁹⁵¹ En cela, la décision du Conseil d'État s'opposait à la solution retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 18 mars 2008 et qui revenait à appliquer le statut de la fonction publique et le Code du travail au fonctionnaire titulaire d'un mandat de représentation. Elle avait en effet retenu qu'« *aucun changement de ses conditions de travail ne pouvait être imposé à M. X... en sa qualité de représentant du personnel, sans son accord, et que la décision de mutation d'office, qui a eu pour effet de mettre fin immédiatement à ses mandats, constituait un trouble manifestement illicite auquel il appartenait au juge des référés judiciaires de mettre fin, nonobstant la contestation de la régularité de la mutation que celui-ci en sa qualité de fonctionnaire avait engagée devant le juge administratif* » (n° 07-11.123, *Bull.*, V, n° 53). Une telle solution était toutefois peu respectueuse du principe de séparation des autorités dans la mesure où elle revenait, *in fine*, à permettre au juge judiciaire de contrôler la légalité d'un acte administratif, lequel peut être caractérisé indifféremment de la nature privée de l'entreprise (Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2). La Cour de cassation s'est finalement alignée sur la position du Conseil d'État par un arrêt du 17 mai 2011 (n° 10-15.577, *Bull.*, V, n° 112). Cette convergence des Hautes juridictions doit être appréciée au regard des impératifs du dialogue des juges (Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2) plus particulièrement s'agissant du statut protecteur des salariés représentants du personnel (voir not. L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, « Le licenciement pour motif disciplinaire des salariés protégés : une partition à quatre mains », *SSL*, n° 1343, 3 mars 2008 et des mêmes auteurs, « Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune », *Dr. soc.*, 2010, p. 902).

¹⁹⁵² Voir not. CE, 5 juillet 2017, n° 395350 ; CE, 7 octobre 2009, n° 322581 ; CE, 30 avril 2004, n° 236361 ; CE, 28 juin 1996, n° 156427 ; CE, 19 avril 1989, n° 78044.

¹⁹⁵³ Cette solution a été envisagée puis écartée par le Rapporteur public au profit d'une application stricte du statut de la fonction publique (D. BOTTEGHI, « Quelle protection pour un fonctionnaire représentant des salariés de droit privé ? », *RDT*, 2011, p. 558).

De plus, il est assez difficilement acceptable qu'au sein d'une même entité, les salariés puissent bénéficier du mécanisme protecteur de l'autorisation préalable de l'inspection du travail tandis que les agents publics seraient quant à eux contraints de saisir le juge administratif pour faire valoir leurs droits. Cette protection « à géométrie variable »¹⁹⁵⁴ ne semble pas de nature à favoriser l'identification d'une réelle collectivité de travail au sein des entités dotées d'un personnel mixte.

§ 3. La création d'un régime *ad hoc* : le cas de la société La Poste

527. La Poste, société anonyme à capitaux publics, emploie à la fois des agents publics titulaires ou non titulaires et des salariés de droit privé¹⁹⁵⁵. La réglementation applicable en matière de représentation collective, fixée par voie réglementaire, est tantôt inspirée du droit de la fonction publique, tantôt des règles de la fonction publique.

528. *L'exclusion des règles de droit commun.* Le législateur a écarté l'application des règles du Code du travail en matière d'institutions représentatives du personnel, de droit syndical et de négociation collective. La loi dispose ainsi que « *l'emploi des agents soumis au régime des conventions collectives n'a pas pour effet de rendre applicables à La Poste les dispositions du Code du travail relatives aux comités d'entreprise, ni celles relatives aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux* »¹⁹⁵⁶. C'est au pouvoir réglementaire qu'il appartient de fixer les conditions de mise en place et de fonctionnement des institutions représentatives du personnel spécifique à La Poste¹⁹⁵⁷.

Avertissement. Bien que les règles du Code du travail aient été exclues, le législateur pourrait profiter de la réforme de la représentation collective issue de l'ordonnance du 22 septembre

¹⁹⁵⁴ Nous reprenons ici l'expression de D. BOTTEGHI, « Quelle protection pour un fonctionnaire représentant des salariés de droit privé ? », *RDT*, 2011, p. 558.

¹⁹⁵⁵ Cet emploi de salariés de droit privé a été généralisé par l'article 11 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 modifiée relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹⁵⁶ Article 31 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom. Sur ce fondement, le Conseil d'État a exclu l'application des règles du Code du travail en matière de représentation individuelle et collective aux personnels de La Poste (CE, 15 mai 2009, n° 299205).

¹⁹⁵⁷ « *Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles les agents de La Poste sont représentés dans des instances de concertation chargées d'assurer l'expression collective de leurs intérêts, notamment en matière d'organisation des services, de conditions de travail et de formation professionnelle. Il précise en outre, en tenant compte de l'objectif d'harmoniser au sein de La Poste les institutions représentatives du personnel, les conditions dans lesquelles la représentation individuelle des agents de droit privé est assurée, et établit les règles de protection, au moins équivalentes à celles prévues par le Code du travail pour les délégués du personnel, dont bénéficient leurs représentants.* »

2017¹⁹⁵⁸ pour rénover en profondeur le dispositif en vigueur au sein de la société La Poste, sous réserve toutefois, qu'une telle extension des règles de droit privé fasse l'objet d'un consensus des partenaires sociaux – lesquels pourraient tout aussi bien privilégier le *statu quo*.

Une exclusion du droit commun conforme au principe constitutionnel d'égalité.

L'exclusion des dispositions du Code du travail en la matière a été contestée lors de la transformation de La Poste en société anonyme par la loi du 9 février 2010¹⁹⁵⁹, au motif qu'elle aurait introduit une rupture d'égalité devant la loi entre les personnels de toute société anonyme. Saisi dans le cadre de son contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief aux motifs que « *les personnels de La Poste sont composés de fonctionnaires et d'agents contractuels de droit public et de droit privé* » et qu'« *en prévoyant un régime spécifique de représentation du personnel et de concertation au sein de cet établissement public, la loi du 2 juillet 1990 susvisée a entendu tenir compte de cette pluralité de régimes juridiques, que la transformation de La Poste en société anonyme ne fait pas disparaître* »¹⁹⁶⁰.

529. *L'exclusion des règles du droit de la fonction publique.* La transformation de La Poste en société anonyme a eu pour effet de rendre inapplicables les dispositions statutaires de la fonction publique en la matière, et particulièrement le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique¹⁹⁶¹.

530. *L'institution de comités techniques propres à l'entreprise.* Bien que la société La Poste soit une société anonyme et que son personnel soit, à terme, entièrement soumis au droit privé, l'autorité réglementaire a instauré des comités techniques, calqués sur le modèle de la fonction publique¹⁹⁶². Ont ainsi été créés un comité technique national auprès du président du conseil d'administration de La Poste ainsi que des comités techniques locaux à chaque niveau opérationnel déconcentré de l'entreprise. Des comités techniques spéciaux de service ou de groupes de service peuvent également être créés lorsque l'importance des effectifs ou l'examen de questions communes le justifie. Tant les agents fonctionnaires que les agents

¹⁹⁵⁸ Voir l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

¹⁹⁵⁹ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, *JORF* n° 0034 du 10 février 2010.

¹⁹⁶⁰ Conseil const., 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, n° 2010-601, DC, cons. 12.

¹⁹⁶¹ Décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique, dont le champ d'application ne vise que « *les agents publics dans les administrations de l'État et dans les établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial* » (article 1^{er}).

¹⁹⁶² Décret n° 2011-1063 du 7 septembre 2011 relatif aux comités techniques de La Poste.

contractuels de droit public ou privé sont pris en compte dans les effectifs¹⁹⁶³. Toutefois, si ces comités ont vocation à représenter l'ensemble du personnel, les conditions d'électorat et d'éligibilité diffèrent selon que les personnels sont agents fonctionnaires ou agents contractuels de droit public ou privé ; les premiers relèvent de règles calquées sur le modèle de la fonction publique et les seconds de règles calquées sur le modèle du Code du travail¹⁹⁶⁴.

L'institution de comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail propres à l'entreprise. Le législateur a fait le choix d'appliquer à *l'ensemble* du personnel les dispositions de la quatrième partie du Code du travail, soient les règles relatives à la santé et la sécurité au travail et à la mise en place des CHSCT, « *sous réserve des adaptations, précisées par un décret en Conseil d'État, tenant compte des dispositions particulières relatives aux fonctionnaires et à l'emploi des agents contractuels* »¹⁹⁶⁵. C'est chose faite avec le décret du 31 mai 2011¹⁹⁶⁶, applicable « *aux personnels fonctionnaires et aux personnels contractuels de droit public et de droit privé de La Poste* ». En substance, l'autorité réglementaire a renvoyé à l'application des dispositions du Code du travail instaurant les CHSCT – sous réserve de quelques adaptations¹⁹⁶⁷, notamment s'agissant du mode de désignation des représentants du personnel. Ceux-ci sont désignés par les organisations syndicales qui, dans la fonction publique de l'État, remplissent les conditions fixées à l'article 9 bis de la loi du 13 juillet 1983, proportionnellement aux résultats des élections des représentants des personnels aux comités techniques de La Poste¹⁹⁶⁸.

Le droit syndical et la négociation collective. Le législateur a reconnu à la société La Poste la faculté de conclure des accords collectifs avec les organisations syndicales non sur le fondement des règles du Code du travail ou de la fonction publique mais sur le fondement autonome de la loi du 2 juillet 1990. Ces accords collectifs peuvent ainsi être conclus « *dans les domaines de l'emploi, de la formation, de l'organisation et des conditions de travail, de l'évolution des métiers et de la durée de travail* » ainsi que « *dans tous les domaines sociaux afférents à l'activité postale* » et sont indiscutablement applicables tant aux agents publics qu'aux salariés de droit privé¹⁹⁶⁹. Des règles spécifiques à l'entreprise, principalement

¹⁹⁶³ Article 9 du décret du 7 septembre 2011.

¹⁹⁶⁴ Articles 12 et 14 du décret du 7 septembre 2011.

¹⁹⁶⁵ Article 31-3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

¹⁹⁶⁶ Décret n° 2011-619 du 31 mai 2011 relatif à la santé et à la sécurité au travail à La Poste.

¹⁹⁶⁷ Article 4 du décret du 31 mai 2011, précité.

¹⁹⁶⁸ Article 19 du décret du 31 mai 2011, précité.

¹⁹⁶⁹ Article 31 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

inspirées du droit de la fonction publique, fixent les conditions dans lesquelles les organisations syndicales sont appelées à participer à la négociation ainsi que les conditions de validité des accords collectifs¹⁹⁷⁰.

§ 4. L'application conjuguée de règles issues de la fonction publique et du Code du travail

531. L'extrême diversité du personnel employé au sein des agences régionales de santé (ARS) a conduit les autorités publiques à mélanger indifféremment les règles issues du droit privé et celles issues du droit de la fonction publique (A). Au contraire, au sein de l'Office national des forêts (ONF), le choix a été fait de conserver une représentation duale, propre à chaque statut, par une application distincte des règles du Code du travail et de celles du droit de la fonction publique (B).

A) Une hybridation maximale : le cas des Agences régionales de santé

532. Une diversité statutaire singulière. Les agences régionales de santé (ARS) sont des établissements publics de l'État à caractère administratif¹⁹⁷¹ autorisés à employer des fonctionnaires, des agents contractuels de droit public et des salariés de droit privé régis par les conventions collectives applicables au personnel des organismes de sécurité sociale. La diversité des statuts présents au sein des agences régionales de santé est relativement exceptionnelle. Parmi les agents de droit public coexistent des personnels titulaires de la

¹⁹⁷⁰ Article 31-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 : « Sont appelées à participer à ces négociations les organisations syndicales disposant d'au moins un siège dans les comités techniques au sein desquels s'exerce la participation des agents de La Poste et qui sont déterminés en fonction de l'objet et du niveau de la négociation. La validité des accords collectifs conclus à La Poste est subordonnée à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au total au moins 30 % des suffrages exprimés et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales parties prenantes à la négociation représentant au total une majorité des suffrages exprimés.

Pour l'application de l'alinéa précédent, sont prises en compte les voix obtenues par les organisations syndicales lors des dernières élections aux comités techniques, au niveau où l'accord est négocié.

Si la négociation couvre un champ plus large que celui d'un seul comité technique, les résultats des élections sont agrégés pour permettre l'appréciation respective de l'audience de chaque organisation syndicale.

Si la négociation couvre un champ plus restreint que celui d'un comité technique, il est fait référence aux résultats des élections de ce comité technique, le cas échéant, dépouillés au niveau considéré, pour apprécier l'audience respective de chaque organisation syndicale.

L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de l'accord. Elle est écrite et motivée. Elle est notifiée aux signataires.

Des instances de concertation et de négociation sont établies au niveau national et au niveau territorial, après avis des organisations syndicales représentatives. Elles suivent l'application des accords signés. »

¹⁹⁷¹ Article L. 1432-1 du Code de la santé publique.

fonction publique de l'État¹⁹⁷², des personnels médicaux de la fonction publique hospitalière¹⁹⁷³ ou encore des personnels contractuels directement recrutés par l'agence¹⁹⁷⁴. Le personnel de droit privé est quant à lui régi par neuf conventions collectives. Coexistent notamment des praticiens conseils et des agents issus du service du contrôle du régime général, des caisses de base du régime social des indépendants ou encore de la mutualité sociale agricole¹⁹⁷⁵.

Cette diversité statutaire empêche toute gestion unifiée du personnel. La Cour des comptes préconise *a minima* une harmonisation des statuts de personnels de droit privé « *par un rattachement conventionnel unique en privilégiant les conventions collectives applicables aux salariés du régime général* »¹⁹⁷⁶. À cette extrême diversité des statuts répond de surcroît une extrême imbrication des règles tenant à la représentation collective du personnel.

Une hybridation normative singulière. Les institutions représentatives du personnel font intervenir à la fois des règles du Code du travail et des règles de la fonction publique, de telle sorte qu'« *il paraît difficile de pousser plus loin l'ingénierie de l'hybridation* »¹⁹⁷⁷.

L'institution d'un comité d'agence. Chaque agence régionale de santé comprend un « comité d'agence » compétent pour *l'ensemble* du personnel de l'agence. Cette institution exerce certaines des compétences dévolues aux comités techniques par le droit de la fonction publique de l'État ainsi que les attributions dévolues au comité d'entreprise en matière économique et en matière de gestion des activités sociales et culturelles¹⁹⁷⁸. La délégation du personnel est élue au scrutin de liste avec représentation proportionnelle. Aux termes de l'article L. 1432-11 du Code de la santé publique, les candidatures sont présentées par les organisations syndicales qui répondent, pour le premier collègue, aux règles de la fonction

¹⁹⁷² Il s'agit notamment des inspecteurs de l'action sanitaire et sociale régis par le décret n° 2002-1569 du 24 décembre 2002 portant statut particulier du corps de l'inspection de l'action sanitaire et sociale et modifiant le décret n° 97-157 du 20 février 1997 relatif aux emplois de directeur régional, de directeur départemental et de directeur adjoint des affaires sanitaires et sociales, et de médecins inspecteurs de santé publique soumis au décret n° 91-1025 du 7 octobre 1991 relatif au statut particulier des médecins inspecteurs de santé publique, et de directeurs d'hôpitaux et de directeurs d'établissement social et médico-social.

¹⁹⁷³ Article L. 6152-1 du Code de la santé publique.

¹⁹⁷⁴ Article L. 1432-9 du Code de la santé publique.

¹⁹⁷⁵ Article L. 1432-9 du Code de la santé publique.

¹⁹⁷⁶ Cour des comptes, *Rapport 2012 sur l'application des lois de la sécurité sociale*, Ch. VII, « La mise en place des agences régionales de santé », spéc. p. 251.

¹⁹⁷⁷ E. MARC et Y. STRUILLLOU, « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle », *RFDA*, 2010, pp. 1169-1186.

¹⁹⁷⁸ Article L. 1432-11 du Code de la santé publique.

publique¹⁹⁷⁹ et pour le second, aux règles du Code du travail¹⁹⁸⁰. L'autorité réglementaire a de plus réparti le personnel en deux collèges distincts, l'un comprenant les agents publics et l'autre les salariés de droit privé¹⁹⁸¹.

L'institution d'un comité d'hygiène de sécurité des conditions de travail spécifique. Sont également institués des CHSCT compétents pour *l'ensemble* du personnel de l'agence¹⁹⁸², régis par des dispositions réglementaires propres¹⁹⁸³ quoique fortement inspirées du droit de la fonction publique. À titre d'exemple, les représentants du personnel du comité sont directement désignés par les organisations syndicales représentées au sein du comité d'agence, sur le modèle de la fonction publique¹⁹⁸⁴.

Des délégués du personnel réservés aux salariés. À l'inverse, les délégués du personnel, compétent à l'égard des *seuls* salariés de droit privé, relèvent des règles du Code du travail et des conventions collectives applicables au personnel des organismes de sécurité sociale¹⁹⁸⁵. Les règles du Code du travail sont également applicables à la représentativité syndicale et aux conditions de validité des accords collectifs de travail¹⁹⁸⁶.

Une commission administrative réservée aux agents publics. Les agents publics relèvent quant à eux d'une Commission régionale paritaire, placée auprès de chaque directeur général d'agence régionale de santé¹⁹⁸⁷.

B) Une stricte segmentation du personnel : le cas de l'Office national des forêts

533. L'Office national des forêts (ONF) est un établissement industriel et commercial¹⁹⁸⁸ en charge, notamment, de la gestion des forêts domaniales et des forêts des collectivités locales. L'établissement est doté d'un statut dérogatoire lui permettant d'employer à la fois des salariés de droit privé (ouvriers forestiers) et des agents titulaires¹⁹⁸⁹ et non titulaires¹⁹⁹⁰ de

¹⁹⁷⁹ L'article L. 1432-11 du Code de la santé publique renvoie ici à l'article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

¹⁹⁸⁰ L'article L. 1432-11 du Code de la santé publique renvoie à l'article L. 2324-4 du Code du travail.

¹⁹⁸¹ Article R. 1432-78 du Code de la santé publique.

¹⁹⁸² Article L. 1432-11 du Code de la santé publique.

¹⁹⁸³ Articles R. 1432-144 et s. du Code de la santé publique.

¹⁹⁸⁴ Articles R. 1432-147 et s. du Code de la santé publique.

¹⁹⁸⁵ Articles R. 1432-116 et s. du Code de la santé publique.

¹⁹⁸⁶ Articles R. 1432-121 et s. du Code de la santé publique.

¹⁹⁸⁷ Article R. 6152-325 du Code de santé publique.

¹⁹⁸⁸ Article L. 221-1 du Code forestier.

¹⁹⁸⁹ Le personnel titulaire est fonctionnaire et a conservé les garanties du statut général du 4 février 1959. Les corps des eaux et forêts et du génie rural ont été fondus, il n'existe désormais qu'un statut particulier résultant du décret n° 656426 du 4 juin 1965.

droit public. En 2012, l'Office national des forêts comptait un effectif de 9 279 travailleurs en équivalent temps plein, dont 5 578 fonctionnaires, 2 993 ouvriers forestiers (salariés) et 569 contractuels de droit public¹⁹⁹¹.

Une représentation collective duale. Le cas de l'Office national des forêts (ONF) constitue un exemple d'une stricte segmentation du personnel, par une stricte application à la fois des règles du Code du travail et de celles du droit de la fonction publique. En conséquence, les salariés de droit privé, régis par la Convention collective nationale de l'Office national des forêts, disposent d'un comité central d'entreprise et de comités d'établissements tandis que les agents publics disposent d'un Comité technique central et de comités techniques territoriaux.

Entre les agents publics eux-mêmes, les fonctionnaires relèvent des commissions administratives paritaires compétentes selon les corps présents au sein de l'établissement (par ex : attachés d'administration de l'État, secrétaires administratifs¹⁹⁹², techniciens supérieurs forestiers¹⁹⁹³) tandis que les agents contractuels relèvent d'une commission administrative paritaire qui leur est exclusivement dédiée¹⁹⁹⁴.

Cette dualité de représentation se retrouve également en matière d'hygiène et de sécurité. Les salariés disposent de CHSCT locaux régis par les règles du Code du travail tandis que les agents publics disposent de CHSCT et d'un comité central d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CCHSCT) fonctionnant selon les règles de la fonction publique¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹⁰ Articles L. 221-1, L. 222-2, L. 222-6 et L. 222-7 du Code forestier.

¹⁹⁹¹ Cour des comptes, *Rapport sur les exercices 2009 à 2012 de l'Office national des forêts*, spéc. p. 34.

¹⁹⁹² Arrêté du 1^{er} décembre 2014 instituant deux commissions administratives paritaires compétentes à l'égard de fonctionnaires rattachés pour leur gestion à l'Office national des forêts, *JORF* n° 0279 du 3 décembre 2014.

¹⁹⁹³ Arrêté du 17 décembre 2013 portant création de la commission administrative paritaire compétente à l'égard des techniciens supérieurs forestiers de l'Office national des forêts, *JORF* n° 0294 du 19 décembre 2013.

¹⁹⁹⁴ Décision du Directeur général de l'Office national des forêts du 3 juin 2014 instituant une commission consultative paritaire compétente à l'égard des personnels contractuels de droit public de l'Office national des forêts, *JORF* n° 0190 du 19 août 2014.

¹⁹⁹⁵ Décret n° 2011-774 du 28 juin 2011 portant modification du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 modifié relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, *JORF* n° 0150 du 30 juin 2011. Voir égal. l'arrêté du 19 janvier 2016 pris pour l'application à l'Office national des forêts du deuxième alinéa de l'article 75-1 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, *JORF* n° 0023 du 28 janvier 2016.

Enfin, en application de la loi de démocratisation du secteur public¹⁹⁹⁶, le conseil d'administration de l'ONF comprend à la fois une représentation des personnels de droit public et une représentation des personnels de droit privé¹⁹⁹⁷.

Le souhait d'une représentation collective unifiée. À l'occasion de la discussion du projet de loi relatif à la déontologie, aux droits et aux obligations des fonctionnaires, le Gouvernement a envisagé, à la demande de la direction de l'ONF, de proposer une modification du Code forestier afin d'instituer un comité technique et un comité central d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail unifiés, compétents pour l'ensemble du personnel de l'ONF, quel que soit le statut des travailleurs¹⁹⁹⁸. L'exposé sommaire de l'amendement déposé précisait que l'objectif de cette mesure était de « *mettre fin à un système de double concertation très souvent redondant* ». Cet amendement a toutefois été retiré avant sa discussion, semble-t-il en raison de la non-concertation préalable des partenaires sociaux. Quoi qu'il en soit, la distinction entre les deux catégories de personnel, à tous les niveaux de représentation, entraîne une complexité supplémentaire, qui dépasse la seule imbrication des règles du droit privé et du droit de la fonction publique.

534. Bilan. Dans chacune des structures étudiées, la coexistence de salariés et d'agents publics a engendré des systèmes de représentation collective hybrides, éclatés, souvent empreints d'une forte complexité. Une telle situation n'est satisfaisante ni du point de vue de l'entité, dont la gestion sociale est alourdie, ni du point de vue de la collectivité de travail, dont les contours et les intérêts communs sont difficilement identifiables. Les autorités publiques pourraient saisir l'occasion de la réforme des institutions représentatives régies par le Code du travail pour reconfigurer ces dispositifs. Il convient alors de s'interroger sur les enjeux d'une représentation collective commune au sein des entités dotées d'un personnel mixte.

¹⁹⁹⁶ Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public. En application de son article 1^{er}, « *sont régis par les dispositions de la présente loi les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé* ».

¹⁹⁹⁷ Article D. 222-1 du Code forestier.

¹⁹⁹⁸ Amendement n° 63 (rect.) du Gouvernement, sur le projet de loi relatif à la déontologie, aux droits et aux obligations des fonctionnaires (texte n° 3099), cité par A. CHASSAIGNE, avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2016 (n° 3096), tome IV, spéc. point II. B.3.

SECTION 2. L'EFFICACITÉ DE LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE À L'ÉPREUVE DE LA DIVERSITÉ STATUTAIRE DU PERSONNEL

535. L'effectivité de la représentation collective exige-t-elle que les représentés et leurs représentants relèvent du même statut juridique ? La réponse à apporter diverge selon la place et les conséquences que l'on souhaite accorder à la différence de statut public-privé. Deux hypothèses doivent être distinguées : ou bien l'on considère que cette différence est telle qu'elle rend nécessaire une représentation distincte, ou bien l'on considère au contraire que cette seule différence de statut n'exige pas la mise en place d'une représentation distincte. Aucun de ces postulats n'est exempt de critiques : le premier revient à nier la spécificité juridique d'une catégorie professionnelle de l'entreprise tandis que le second contribue à nier l'idée même d'une communauté d'intérêts entre les travailleurs d'une même entité.

Les enjeux de la représentation collective au sein d'une entité employant un personnel mixte se manifestent à plusieurs niveaux : d'abord au stade de la détermination des collèges et de la répartition des sièges, préalablement à la tenue des élections professionnelles (§ 1), ensuite à l'issue de ces élections, au stade du calcul de la représentativité des syndicats et de l'étendue de leur capacité à négocier (§ 2). En fin de compte, il ne s'agit ni plus ni moins pour le travailleur d'avoir la possibilité de choisir « *l'un des siens* »¹⁹⁹⁹ comme représentant, ou du moins quelqu'un qu'il estime apte à défendre ses intérêts.

§ 1. La détermination des collèges électoraux au sein d'une instance de représentation commune à l'ensemble du personnel

536. *La détermination des collèges électoraux en fonction des catégories professionnelles.*

Le Code du travail impose que les élections professionnelles se déroulent par collèges, lesquels sont définis en fonction de la classification et des catégories professionnelles présentes dans l'entreprise.

L'article L. 2314-11 du Code du travail prévoit une répartition de principe des salariés²⁰⁰⁰. Les ouvriers et employés sont rassemblés au sein d'un premier collège et les ingénieurs, chefs

¹⁹⁹⁹ F. PETIT, « L'effectivité du principe de participation », *Dr. soc.*, 2014, p. 88 : « *La constitution de collèges différents n'a d'intérêt que pour améliorer la prise en compte d'intérêts catégoriels. En aucun cas les électeurs ne sont "interchangeables" d'un collège à l'autre, comme cela s'observe en matière politique. Il est alors primordial que la collectivité née de ce découpage et caractérisant une communauté d'intérêts puisse être représentée par un des siens.* »

²⁰⁰⁰ Sur le cas des personnels techniques navigants et des journalistes, voir *infra*, n° 552.

de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés, au sein d'un second collège²⁰⁰¹. Enfin, un troisième collège, dit « cadre », doit être créé lorsque ces catégories regroupent au moins vingt-cinq salariés. Le nombre et la composition de ces collèges peuvent toutefois être modifiés par un accord unanime de l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, sans toutefois pouvoir faire obstacle à la création d'un troisième collège cadre dès lors que les conditions en sont réunies²⁰⁰².

537. Une répartition du personnel et des sièges propre à assurer la représentation de l'ensemble des catégories professionnelles. Cette répartition doit être précisée dans le protocole d'accord préélectoral²⁰⁰³, lequel répond à une double condition de majorité²⁰⁰⁴. Lorsqu'au moins une organisation syndicale, représentative ou non, a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur mais qu'aucun accord n'a pu être obtenu entre les parties, c'est à l'autorité administrative (DIRECCTE) qu'il incombe de procéder à cette répartition²⁰⁰⁵. Lorsqu'aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation, c'est à l'employeur de répartir le personnel et les sièges dans les collèges électoraux²⁰⁰⁶.

Cette répartition ne saurait toutefois avoir pour effet d'exclure une catégorie de personnel et de la priver de toute représentation²⁰⁰⁷ ou d'entraîner une disproportion manifeste entre l'importance respective des catégories professionnelles dans l'établissement et leur

²⁰⁰¹ Dans les entreprises d'au moins cinq-cent-un salariés, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions.

²⁰⁰² Article L. 2314-12 du Code du travail.

²⁰⁰³ L'article L. 2314-7 précise que « le protocole préélectoral peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise ».

²⁰⁰⁴ L'article L. 2314-6 du Code du travail dispose que « sauf dispositions législatives contraires, la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise ».

²⁰⁰⁵ Article L. 2314-13 du Code du travail.

²⁰⁰⁶ Article L. 2314-14 du Code du travail. Ces dispositions issues de l'ordonnance n° 2017-1386 devraient toutefois être précisées à l'avenir puisque que l'on ne sait, par combinaison de ces dispositions, qui de la DIRECCTE ou de l'employeur est compétent lorsqu'une seule organisation syndicale non représentative a répondu à l'invitation de négocier.

²⁰⁰⁷ Cass. soc., 16 octobre 2013, n° 13-11.324 : « Mais attendu que la division des travailleurs d'une entreprise en collèges électoraux ayant pour finalité d'assurer une représentation spécifique de catégories particulières de personnels, la constitution d'un collège électoral ne peut priver une catégorie de salariés de toute représentation en violation des droits électoraux qui leurs sont reconnus pour assurer l'effectivité du principe de participation prévu par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. »

représentation au sein de l'instance²⁰⁰⁸. Par ailleurs, la répartition des sièges entre les catégories professionnelles doit être proportionnelle aux effectifs de chaque collège, sauf circonstances particulières tenant notamment à la nature, aux diverses activités et à l'organisation de l'entreprise²⁰⁰⁹.

538. Sur l'opportunité d'instituer des collèges électoraux séparés entre les agents publics et les salariés. Se pose alors la question de l'opportunité d'instituer des collèges électoraux séparés entre les travailleurs relevant d'un statut de droit public et ceux relevant d'un statut de droit privé lorsque sont mises en place des institutions de représentation communes à l'ensemble du personnel. Trois hypothèses doivent être distinguées.

Si l'on considère que la diversité statutaire des personnels ne nécessite pas de mettre en place une représentation distincte, il n'est alors nullement obligatoire de mettre en place des collèges distincts. Si tel est bien l'état du droit positif au regard du principe constitutionnel des travailleurs et du droit de l'union européenne, on peut s'interroger sur la pertinence du postulat de départ qui tient à la convergence d'intérêts de ces catégories de travailleurs (**A**).

Si l'on considère au contraire que la diversité statutaire justifie une représentation distincte, la création de collèges distincts pour les agents publics et les salariés apparaît essentielle. Une telle solution pose toutefois des difficultés pratiques car cette segmentation du personnel se superposerait nécessairement avec les distinctions par métier imposées par le Code du travail. Dans cette hypothèse, la multiplication de canaux de représentation porterait une division excessive de la communauté de travail, au préjudice même de la capacité des travailleurs à s'organiser collectivement (**B**).

Une solution de compromis pourrait être trouvée sur le modèle du dispositif créé par la loi *Rebsamen*²⁰¹⁰ afin d'assurer la représentation équilibrée des hommes et des femmes. Il conviendrait alors de répartir les agents publics et les salariés au sein de collèges uniques, sur la seule base des distinctions par métiers, en assurant toutefois une représentation proportionnelle à la part de chaque statut dans l'effectif de l'entreprise (**C**).

²⁰⁰⁸ Cass. soc., 30 septembre 2015, n° 14-25.775, publié au *Bulletin* (relatif à la représentation au sein du Comité d'hygiène, de santé et de sécurité).

²⁰⁰⁹ CE, 29 juin 1983, n° 37591, *T. Lebon* (s'agissant des délégués du personnel).

²⁰¹⁰ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189 du 18 août 2015.

A) La mise en place de collèges communs, nonobstant la différence de statut juridique des travailleurs

539. Une représentation commune justifiée par l'identité des fonctions et des conditions de travail. Une telle position se défend par une approche « concrète » de la collectivité de travail. Dès lors que les travailleurs exercent les mêmes fonctions au sein d'une même entité, une seule différence de statut juridique ne saurait suffire à emporter une divergence d'intérêts. Il ne serait alors aucunement nécessaire de constituer des collèges propres aux agents publics et aux salariés, la répartition par métiers fixée par le Code du travail étant suffisante à assurer une représentation collective efficace.

À cet égard, la situation du personnel navigant technique et celle des journalistes sont significatives. Sous certaines conditions, la loi impose de créer un collège supplémentaire réservé aux pilotes au sein de l'aviation civile²⁰¹¹. Elle le permet dans les entreprises de presse au bénéfice des journalistes professionnels et assimilés²⁰¹². Toutefois, la spécificité de leur représentation n'est pas justifiée par le statut particulier de ces catégories de personnel mais par la nature des fonctions qu'ils exercent et qui les distinguent du reste de l'entreprise. Il existe donc bien une communauté d'intérêts spécifiques, engendrée par l'identité des fonctions et des conditions de travail.

Dès lors, si les travailleurs exercent les mêmes fonctions et sont, de ce fait, exposés aux mêmes risques professionnels, la mise en place d'une représentation séparée des agents publics et des salariés au sein des futures « commissions santé, sécurité et conditions de travail » du comité social et économique ne serait pas justifiée. En effet, c'est précisément l'homogénéité des risques et des conditions de travail qui forme l'assise de cette institution²⁰¹³. C'est d'ailleurs le choix qui a été fait dans la totalité des entités préalablement étudiées, à l'exception de l'Office national des forêts. Cet établissement public possède sur ce

²⁰¹¹ Article L. 6524-2 du Code des transports : « Par dérogation aux articles L. 2314-8 et L. 2324-11 du Code du travail, dans les entreprises de transport et de travail aériens, lorsque le nombre de personnels navigants techniques est au moins égal à vingt-cinq au moment de la mise en place ou du renouvellement des délégués du personnel, de la délégation unique du personnel ou des représentants du personnel au comité d'entreprise, cette catégorie constitue un collège spécial. Lorsque dans un ou plusieurs établissements de l'entreprise il est constitué un collège électoral en application de l'alinéa précédent, ce collège est représenté au comité central d'entreprise par un délégué titulaire et un délégué suppléant. »

²⁰¹² Article L. 7111-7 du Code du travail : « Dans les entreprises mentionnées aux articles L. 7111-3 et L. 7111-5, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour les journalistes professionnels et assimilés, est représentative à l'égard des personnels relevant de ce collège l'organisation syndicale qui satisfait aux critères de l'article L. 2121-1 et qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ce collège. »

²⁰¹³ P.-Y. VERKINDT, « La collectivité de travail ou "La belle inconnue" », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.

point une spécificité : les « ouvriers forestiers » sont régis par un statut de droit privé tandis que les autres catégories professionnelles relèvent de statuts de droit public, à l'instar des « attachés d'administration » ou des « techniciens supérieurs forestiers »²⁰¹⁴. Dès lors, la mise en place de collèges distincts par métier, telle que prévue par le Code du travail, devrait suffire à assurer une représentation effective des intérêts particuliers de chacune de ces catégories professionnelles.

En tout état de cause, ni les exigences constitutionnelles, ni les règles de participation des travailleurs du droit de l'Union européenne n'imposent au législateur, aux autorités réglementaires ou encore aux partenaires sociaux, de mettre en place une représentation collective séparée entre les salariés et les agents publics employés au sein d'une même structure.

540. La neutralité du principe constitutionnel de participation des travailleurs. Le juge constitutionnel rappelle régulièrement qu'il appartient au législateur de « *déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre* »²⁰¹⁵. La formule tend à la fois à réserver la compétence du législateur sur le fondement de l'article 34 de la Constitution et à lui laisser une large marge d'appréciation, que ce soit à l'égard des salariés ou des fonctionnaires civils²⁰¹⁶. Ainsi, par une décision du 9 décembre 2011, après avoir pris soin de rappeler la faculté du législateur « *d'adopter des dispositions particulières applicables aux agents des administrations publiques salariés dans les conditions du droit privé s'agissant du droit d'expression des salariés, du droit syndical, des institutions représentatives du personnel et des salariés protégés* »²⁰¹⁷, le juge constitutionnel a censuré les dispositions déferées sur le fondement de l'incompétence négative. Le législateur, après avoir soustrait certains agents des administrations publiques des dispositions du Code du travail de Nouvelle-Calédonie, s'était abstenu de prévoir un dispositif

²⁰¹⁴ Voir *supra*, n° 533.

²⁰¹⁵ Cons. constit., 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, n° 96-383, DC, cons. 9 ; Cons. constit., 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*, n° 77-79, DC, cons. 3.

²⁰¹⁶ Cons. constit., 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux [Représentation des personnels dans les agences régionales de santé]*, n° 2010-91, QPC ; Cons. constit., 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres [Réorientation professionnelle des fonctionnaires]*, n° 2011-134, QPC.

²⁰¹⁷ Cons. constit., 9 décembre 2011, *Patelise F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé]*, n° 2011-205, QPC, cons. 6. Voir Y. STRUILLON, « Liberté syndicale, principe de participation des travailleurs et agents des collectivités publiques : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2012, p. 342.

assurant pour ces agents la mise en œuvre de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs.

Seul le principe de participation des travailleurs bénéficie donc d'une assise constitutionnelle, sans qu'aucune modalité particulière ne s'impose aux autorités publiques au sein des entités dotées d'un personnel mixte. Par une décision du 28 janvier 2011²⁰¹⁸ le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de la représentation collective instituée au sein des agences régionales de santé (ARS) au regard du principe de participation des travailleurs. Le syndicat requérant faisait grief au législateur de s'être abstenu de prévoir d'une part, « *l'élection des représentants des personnels de droit public et de droit privé par des collèges électoraux différents* » et, d'autre part, « *la consultation distincte de ces personnels sur les questions qui les concernent directement* ». Autrement dit, il était reproché au législateur d'avoir autorisé, au sein des comités d'agence, la mise en place d'une représentation commune à ces deux catégories de personnel²⁰¹⁹.

Ce grief a été rapidement évacué par le juge constitutionnel. Après avoir constaté que les dispositions légales déferées assurent « *une représentation effective de l'ensemble des personnels au sein des comités d'agence* », le juge constitutionnel a estimé que le principe de participation des travailleurs n'impose pas au législateur de « *prévoir l'existence de collèges électoraux distincts pour la désignation des représentants des personnels des agences régionales de santé* » et qu'il est loisible au législateur de « *prévoir que les représentants des salariés de droit public et de droit privé des agences régionales de santé ne soient pas consultés de manière séparée lorsque les questions posées les concernent de manière exclusive* »²⁰²⁰.

Le Conseil d'État en a pris acte par un arrêt du 15 mai 2012²⁰²¹. Saisi de la constitutionnalité des dispositions réglementaires applicables à l'ARS, il a jugé que la représentation exclusive des salariés de droit privé par les délégués du personnel « *ne prive pas les agents de droit public des formes de représentation qui leur sont propres au sein des agences régionales de*

²⁰¹⁸ Conseil constit., 28 janvier 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* [Représentation des personnels dans les agences régionales de santé], n° 2010-91, QPC.

²⁰¹⁹ Préalablement à la saisine du Conseil constitutionnel, le pouvoir réglementaire avait déjà prévu la segmentation des personnels en deux collèges distincts, l'un comprenant les agents publics et l'autre les salariés de droit privé (article 10 du décret n° 2010-341 du 31 mars 2010 relatif aux comités d'agence, à la représentation syndicale et aux délégués du personnel dans les agences régionales de santé, abrogé par le décret n° 2010-1733 du 30 décembre 2010 ayant introduit des règles identiques à l'article R. 1432-78 du Code de la santé publique).

²⁰²⁰ Cons. constit., 28 janvier 2011, précité, cons. 4 et 5.

²⁰²¹ CE, 15 mai 2012, n° 340106.

santé », de sorte qu'elle ne méconnaît pas le principe de participation des travailleurs. Par un arrêt relativement ancien, le juge administratif avait déjà considéré qu'« aucun principe général du droit [n'impose] à l'administration d'assurer au sein du comité d'entreprise la représentation de chacune des catégories entrant dans la composition d'un même collège électoral »²⁰²².

541. La neutralité du droit de l'Union européenne. Si plusieurs directives européennes²⁰²³ garantissent aux travailleurs subordonnés un droit à l'information et à la consultation²⁰²⁴, la première se définit comme « la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner », la seconde comme « l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur »²⁰²⁵. Si ces définitions s'imposent aux États membres, en revanche, les modalités d'exercice de ces procédures peuvent être adaptées en droit interne²⁰²⁶.

C'est dans ce cadre que la question de « l'effet utile » de la participation des travailleurs a été précisée. Il s'agit là de s'assurer que l'information et la consultation des travailleurs interviendra selon des modalités qui leur confèrent toute leur utilité, celle-ci devant être appréciée en fonction de l'objet de la consultation et de l'objectif qu'elle poursuit²⁰²⁷. Dans notre hypothèse, l'exigence d'une participation utile des travailleurs ne nous semble pas, sur le fondement du droit de l'Union européenne, devoir entraîner une représentation distincte des agents publics et des salariés lorsque ces deux catégories de travailleurs sont employées au sein d'une même entité. C'est d'ailleurs en ce sens que, par un arrêt du 12 octobre 2005, le Conseil d'État a considéré que les dispositions relatives à l'organisation de la représentation

²⁰²² CE, 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, n° 05242, *Lebon*.

²⁰²³ Voir not. Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ; Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

²⁰²⁴ Pour une étude plus approfondie de la participation des travailleurs à l'échelle nationale, voir J. DIRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015, spéc. pp. 155 et s.

²⁰²⁵ Article 2 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne – Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs.

²⁰²⁶ Article 4 de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002, précitée.

²⁰²⁷ Voir not. CJCE, 10 septembre 2009, *Akavan Eriyisalojen Keskusliitto AEK ry e.a. c/ Fujitsu Siemens Computers Oy*, aff. C-44/08, points 38 et 46 : les obligations de consultation et de notification naissent antérieurement à une décision de l'employeur de résilier les contrats de travail, c'est-à-dire au moment où l'employeur a adopté une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs.

collective des personnels de l'entreprise France Télécom (devenu Orange) « *ne privent pas l'ensemble des personnels de France Télécom d'une représentation effective propre à assurer la défense de leurs intérêts* » de sorte que ne sont pas méconnus « *les objectifs de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne et tendant à l'effectivité du droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises* »²⁰²⁸.

542. Pour autant, bien qu'aucune norme supérieure ne contraigne les autorités publiques à mettre en place une représentation séparée des agents publics et des salariés, son opportunité doit tout de même être envisagée, compte tenu des différences statutaires qui caractérisent la situation juridique de ces deux catégories de personnels.

B) La mise en place de collèges distincts imposée par la différence de statut juridique des travailleurs

543. La création de collèges séparés entre agents publics et salariés. On peut au contraire estimer que la différence de statut juridique génère en elle-même des intérêts distincts, qui doivent être représentés par le biais de collèges électoraux distincts. Une telle position apparaît conforme à l'esprit des textes, qui veillent à ce que les salariés soient représentés par l'« un des leurs ». Les électeurs doivent ainsi être rassemblés au sein de collèges distincts, selon leur appartenance à l'une des trois grandes catégories professionnelles, qu'un accord peut modifier au regard des spécificités propres à chaque entreprise²⁰²⁹. Sur ce fondement, la Cour de cassation a récemment rappelé que « *l'existence de plusieurs collèges, pour les élections des délégués du personnel et des représentants du personnel au comité d'entreprise, a pour finalité d'assurer une représentation spécifique de catégories particulières de personnels* », ce dont il résulte que ne peuvent être éligibles sur les listes établies pour chaque collège que les salariés qui sont électeurs dans ce collège²⁰³⁰. En effet, la mise en place de collèges différents ne présente un intérêt que pour améliorer la prise en compte d'intérêts catégoriels. Comme l'exposait le Professeur PETIT, les électeurs ne sont pas « *interchangeables* » d'un collège à l'autre, comme cela s'observe en matière politique : « *Il est alors primordial que la collectivité née de ce découpage et caractérisant une communauté*

²⁰²⁸ CE, 12 octobre 2005, n° 271997.

²⁰²⁹ Articles L. 2314-11 et L. 2314-12 du Code du travail.

²⁰³⁰ Cass. soc., 20 septembre 2017, n° 16-18.780.

d'intérêts puisse être représentée par un des siens. »²⁰³¹ C'est pourquoi le législateur a imposé, sous certaines conditions, la création de collèges spécifiques à certaines catégories professionnelles, telles que les cadres²⁰³² ou les personnels techniques navigants²⁰³³.

Cette problématique se pose avec d'autant plus d'acuité lorsque l'un des statuts en présence est minoritaire ou voué à disparaître, à plus ou moins long terme, de l'entreprise. Ainsi en va-t-il de la catégorie des agents publics employée au sein des sociétés Orange et La Poste ou de l'établissement Pôle emploi, à laquelle la catégorie des salariés est appelée à se substituer. Dans pareille hypothèse, les travailleurs relevant d'un statut ainsi fragilisé peuvent-ils légitimement craindre que la mise en place d'une représentation commune conduise à éluder, voire même sacrifier, leurs intérêts catégoriels, au profit des ceux de la catégorie professionnelle majoritaire ? En sens inverse, l'absence de collèges distincts pourrait-elle conduire à une « surreprésentation » de la catégorie professionnelle minoritaire au sein de l'entreprise, par exemple celle des agents fonctionnaires, dont la culture ou les garanties statutaires pourraient favoriser l'engagement électif ou syndical ?

Par ailleurs, la situation des maîtres contractuels de l'enseignement privé est topique en ce qu'elle mêle spécificité statutaire et spécificité professionnelle. De par leur statut juridique et leurs fonctions, ils ont des intérêts spécifiques à faire valoir qui ne permettent pas de les assimiler au reste du personnel et justifient qu'ils soient rassemblés dans un collège propre. Au sein des Agences régionales de santé, la mise en place de collèges électoraux distincts répond à des impératifs encore particuliers du fait de la double diversité du personnel : outre la différence juridique entre les agents publics et les salariés, chacune de ces catégories est traversée de statuts divers²⁰³⁴.

544. La constitution de collèges distincts, source d'une complexité excessive. Toutefois, l'institution de collèges séparés entre les agents publics et les salariés poserait des difficultés tant pratiques que conceptuelles. En effet, la division du personnel par statut ne saurait faire obstacle à celle imposée par le Code du travail sur le fondement de catégories

²⁰³¹ F. PETIT, « L'effectivité du principe de participation », *Dr. soc.*, 2014, p. 88.

²⁰³² Article L. 2314-11 du Code du travail.

²⁰³³ Article L. 6524-2 du Code des transports. La fixation d'un seuil d'effectifs (25) à atteindre pour déclencher l'obligation de mettre en œuvre une représentation spécifique est un peu gênante. Que les pilotes soient nombreux ou non, ils ont des intérêts spécifiques à faire valoir et qui les distinguent du reste de la collectivité de travail. La fixation de tels seuils ne nous semble donc pas devoir être transposée à notre hypothèse, qui tend à assurer une représentation concrète des agents publics et des salariés.

²⁰³⁴ Voir *supra*, n° 532.

professionnelles identifiées par métiers. À cet égard, doit-on considérer, par exemple, qu'un cadre partagerait des intérêts communs avec un ouvrier du seul fait qu'ils relèveraient tous deux du statut d'agent public ? Ledit cadre ne partagerait-il pas davantage d'intérêts communs avec un cadre exerçant des fonctions comparables, quand bien même il serait soumis à un statut de droit privé ?

Il nous semble inutilement complexe de se livrer, pour les élections du conseil économique et social, à une superposition de collèges prenant en considération la catégorie professionnelle et le statut juridique des électeurs. De surcroît, une telle segmentation affaiblirait d'autant la force des distinctions professionnelles : les électeurs relevant d'une même catégorie de « métier » ne seraient plus en mesure de faire porter d'une même voix les intérêts qu'ils ont pourtant en commun. Par ailleurs, la constitution de collèges distincts, sur la seule base de l'appartenance statutaire des électeurs, pourrait dans certains cas conduire à créer des collèges purement artificiels, sans réelle utilité, faute pour les travailleurs de relever de fonctions ou de conditions de travail homogènes. En fin de compte, la segmentation de la représentation collective sur le fondement d'une différence de statut juridique pourrait même faire obstacle à la visibilité d'une « communauté de travail », ou même d'une « collectivité de travail » au sein de l'entreprise concernée, et ce particulièrement lorsque les travailleurs placés sous des statuts différents exercent des fonctions analogues.

Enfin, l'exigence de double parité instituée au sein du conseil académique des universités, lorsqu'il siège en formation restreinte, offre un exemple de la complexité qu'une telle superposition de collèges entraînerait.

545. *L'exemple de l'exigence de double parité au sein du conseil académique des universités.* L'article L. 712-6-1 du Code de l'éducation impose à la formation restreinte du conseil académique des universités, lorsqu'elle examine des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités, de comprendre un nombre égal d'hommes et de femmes ainsi qu'un nombre égal de représentants des professeurs des universités et des autres enseignants-chercheurs, dans des conditions précisées par décret. Ces conditions ont été posées par un décret du 7 juillet 2014²⁰³⁵ : lorsque la répartition des sièges en fonction des résultats des élections ne permet pas de respecter la parité hommes-femmes, le président du conseil académique est autorisé à retirer des membres

²⁰³⁵ Décret n° 2014-780 du 7 juillet 2014 relatif à la composition de la formation restreinte du conseil académique des universités.

des listes élues et de réduire la composition du conseil jusqu'à obtention de la double parité requise²⁰³⁶.

Cette répartition a été contestée par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'association requérante soutenait qu'en omettant de fixer les règles de désignation des membres du conseil académique appelés à siéger au sein de sa formation restreinte aux enseignants-chercheurs lorsqu'elle examine des questions individuelles relatives aux enseignants-chercheurs autres que les professeurs des universités, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions portant atteinte, notamment, au principe d'égalité devant le suffrage. En effet, les dispositions contestées ont bien pour effet d'évincer, en raison de leur sexe, des membres régulièrement élus. Se posait *in fine* la question de la marge de manœuvre des autorités publiques dans la « manipulation » des résultats des élections pour tenir compte de la complexité des exigences du législateur et assurer le respect de la parité²⁰³⁷.

Par une décision du 24 avril 2015²⁰³⁸, le Conseil constitutionnel a rejeté le premier grief lié à la méconnaissance de l'égalité devant le suffrage puisque les dispositions déférées n'étaient pas relatives à des élections à des mandats et fonctions politiques²⁰³⁹. En outre, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tenant à la méconnaissance du huitième alinéa du Préambule de 1946. Il a estimé qu'à la différence des questions relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'université, aux statuts des enseignants-chercheurs et aux autres questions les intéressant collectivement, les « *questions individuelles* » portant sur le recrutement, l'affectation et la carrière ne sont pas au nombre des « *conditions de travail* » visées par le principe de participation des travailleurs²⁰⁴⁰.

546. En définitive, l'instauration d'une double parité au sein des collèges électoraux, sur le double fondement du statut juridique et de l'appartenance professionnelle, présente en elle-même une complexité qu'il nous semble préférable d'éviter.

²⁰³⁶ Article 1^{er} du décret susvisé.

²⁰³⁷ A. LEGRAND, « Quand parité rime avec difficultés », *AJDA*, 2015, p. 1552.

²⁰³⁸ Conseil constit., 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université*, n° 2015-465, QPC.

²⁰³⁹ Décision du 24 avril 2015, précitée, cons. 5. En effet, le principe d'égalité devant le suffrage qui se dégage de l'article 3 de la Constitution est traditionnellement réservé aux élections de nature politique ; sur ce point, voir le commentaire officiel de la décision, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

²⁰⁴⁰ Décision du 24 avril 2015, précitée, considérant 6.

C) La mise en place de collèges communs garantissant une représentation équilibrée des différents statuts juridiques des travailleurs

547. La recherche d'une troisième voie. La mise en place de collèges communs aux agents publics et aux salariés pourrait constituer une issue satisfaisante sous réserve que les règles relatives à la présentation des candidats et à la répartition des sièges garantissent une représentation proportionnelle à la place occupée par chacune de ces catégories professionnelles dans l'effectif de l'entreprise, sur le modèle du dispositif issu de la loi *Rebsamen* du 17 août 2015²⁰⁴¹.

L'exemple de la représentation « équilibrée » entre hommes et femmes. Aux termes de l'article L. 2314-30 du Code du travail, les listes de candidats²⁰⁴² présentées en vue des élections du Comité social et économique (CSE) pour chaque collège électoral doivent être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. En conséquence, ces listes doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats de l'une de ces catégories. Autrement dit, il s'agit là de mettre en place une représentation équilibrée au regard de la part occupée par les hommes et les femmes dans l'effectif de l'entreprise. La part occupée par chacune de ces catégories doit d'ailleurs être mentionnée dans le protocole d'accord pré-électoral²⁰⁴³. Toutefois, lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats peuvent comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté. Ce candidat ne peut toutefois pas être placé en première position sur la liste²⁰⁴⁴.

La représentation équilibrée des différents statuts juridiques des travailleurs. Ce dispositif pourrait être mis en place au sein des entités dotées d'un personnel mixte. La représentation équilibrée des différents statuts du personnel serait alors atteinte sans qu'il soit nécessaire de

²⁰⁴¹ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, *JORF* n° 0189 du 18 août 2015.

²⁰⁴² Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque la liste est composée d'un seul et unique candidat.

²⁰⁴³ Article L. 2314-13 du Code du travail.

²⁰⁴⁴ Il s'agit là d'un ajout de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. Le dispositif issu de la loi du 17 août 2015 (codifié à l'article L. 2324-22-1 du Code du travail) ne prévoyait pas une telle possibilité. Pour cette raison, il a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation en ces termes : « *Que l'application de la disposition contestée, dont l'objectif est de favoriser une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les listes de candidatures constituées pour les élections des membres du comité d'entreprise, peut conduire à l'exclusion de toute candidature aux élections des salariés d'un même sexe ; qu'elle est ainsi susceptible, dans ses effets, d'être contraire à l'objet de la loi.* » (Cass. soc., 18 octobre 2017, n° 17-40.053). À ce jour, le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé.

créer des collèges électoraux autres que ceux résultant des différences par métiers instaurées par le Code du travail. Néanmoins, en fonction du particularisme de l'entreprise en cause et de la composition de ses effectifs, ce système pourrait également conduire à marginaliser une catégorie de travailleurs régis par un statut minoritaire. Il peut alors être utile de prédéfinir un nombre minimal de représentants par catégorie, ainsi que le prévoit l'article L. 2314-13 du Code du travail lorsque son application conduirait à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe. En revanche, il conviendrait tout de même de procéder à un vote séparé des agents publics et des salariés afin de procéder à la mesure de l'audience syndicale au sein de l'entité.

548. *En définitive*, la coexistence au sein d'une même structure, d'agents publics et de salariés impose d'adapter les règles de la représentation élue du personnel, qu'il s'agisse des règles issues du droit privé ou de celles issues du droit de la fonction publique. Il en va de même en matière de représentation syndicale.

§ 2. La légitimité syndicale au sein d'une entité dotée d'un personnel mixte

549. Il est désormais bien établi que la légitimité syndicale, appréciée au regard notamment de l'audience obtenue à chaque échéance électorale, fait partie intégrante des exigences à valeur constitutionnelle tirées du principe de participation²⁰⁴⁵. Il ne saurait en aller autrement au sein d'une entité employant concomitamment des agents publics et des salariés. La légitimité du syndicat doit donc être assise sur sa représentativité (A), laquelle déterminera à son tour la capacité du syndicat à conclure des accords collectifs (B).

À cet égard, lorsque le législateur fait le choix de soumettre aux règles du Code du travail l'organisation de la représentation collective du personnel d'une personne publique, il ne peut alors se borner à exclure les règles d'ordre public qui lui paraissent inadaptées. Il doit prévoir

²⁰⁴⁵ Conseil constit., 7 octobre 2010, CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats], n° 2010-42, QPC : « Considérant, en premier lieu, qu'il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales ; que la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles » (cons. 6). Dans le même sens, voir Cass. ass. plén., 18 juin 2010, n° 10-40.006 et n° 10-40.007 : « L'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et où la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité. »

des garanties équivalentes dans la mise en œuvre des droits et libertés que la Constitution garantit²⁰⁴⁶.

A) Les modalités de calcul de la représentativité syndicale

550. Les modalités de calcul de la représentativité syndicale définies par le Code du travail nous semblent transposables aux organisations syndicales présentes au sein des entités employant un personnel mixte, sous réserve toutefois d'une intervention législative.

En la matière, le Code du travail distingue entre les syndicats inter-catégoriels – ayant vocation à représenter l'ensemble des salariés de l'entreprise – et les syndicats catégoriels – ayant vocation à représenter uniquement les salariés relevant de leurs champs statutaires.

551. *La mesure de la représentativité du syndicat ayant vocation à représenter l'ensemble du personnel, tous statuts juridiques confondus.* Sans préjudice des critères figurant à l'article L. 2121-1 du Code du travail²⁰⁴⁷, les syndicats inter-catégoriels sont reconnus représentatifs lorsqu'ils ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique²⁰⁴⁸.

²⁰⁴⁶ Sur le calcul de la représentativité des syndicats présents au sein de la Caisse des dépôts et consignations, voir Conseil constit., 5 octobre 2016, *Caisse des dépôts et consignations* [Renvoi à un accord collectif pour la détermination des critères de représentation syndicale], n° 2016-579, QPC : « *En vertu des dispositions contestées, la Caisse des dépôts et consignations est autorisée à déroger, par accord collectif, aux règles d'ordre public édictées par le législateur en matière de représentativité syndicale, à l'exception de celles qui sont relatives à la protection statutaire des représentants syndicaux et à leurs crédits d'heures. Or, d'une part, ces accords peuvent porter, à ce titre, sur les conditions de désignation des délégués syndicaux communs aux agents de droit public et aux salariés de droit privé du groupe de la Caisse des dépôts et consignations, ce qui inclut, notamment, la définition des critères d'audience et de représentativité autorisant des organisations syndicales à nommer des délégués syndicaux communs. D'autre part, ces mêmes accords peuvent aussi porter sur la détermination des compétences de ces délégués syndicaux communs, sans que le législateur ait déterminé l'étendue des attributions qui peuvent leur être reconnues en matière de négociation collective au sein du groupe [...]. Ainsi, le législateur n'a pas défini de façon suffisamment précise l'objet et les conditions de la dérogation qu'il a entendu apporter aux règles d'ordre public qu'il avait établies en matière de représentativité syndicale et de négociation collective. En adoptant les dispositions contestées, il a par conséquent méconnu l'étendue de sa compétence et le huitième alinéa du Préambule de 1946. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution.* » (Cons. 8-9).

²⁰⁴⁷ « *La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations.* »

²⁰⁴⁸ Article L. 2122-1 du Code du travail, quel que soit le nombre de votants.

Il est acquis qu'un syndicat peut présenter des candidats dans tous les collèges que ses statuts lui donnent vocation à représenter²⁰⁴⁹. En conséquence, le calcul de la représentativité d'un syndicat inter-catégoriel est opéré sur la base des suffrages obtenus dans *l'ensemble* des collèges, peu important alors que les agents publics et les salariés de droit privé aient ou non été répartis au sein de collèges catégoriels. En effet, c'est la solution qui a été retenue au sein d'une compagnie aérienne à l'égard d'un syndicat inter-catégoriel alors qu'un collège spécifique au personnel navigant technique avait été institué²⁰⁵⁰. Retenir une solution inverse reviendrait en effet à exclure toute une catégorie de travailleurs de la participation à la détermination de la représentativité d'un syndicat se prétendant pourtant « généraliste »²⁰⁵¹.

552. La mesure de la représentativité du syndicat ayant vocation à représenter une seule catégorie statutaire du personnel. Sans préjudice des critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail²⁰⁵², les syndicats catégoriels sont représentatifs « à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats » lorsqu'ils ont recueilli « dans ces collèges » au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique²⁰⁵³.

Néanmoins, le seul fait de ne représenter statutairement qu'une partie seulement des travailleurs de l'entreprise ne permet pas de calculer sa représentativité par rapport à ces seuls

²⁰⁴⁹ Cass. soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.693, *Bull.*, V, n° 215. Voir également, Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 14-11.317 ; B. INÈS, « Notion de syndicat catégoriel : rôle des statuts et pratiques syndicales », *Dalloz Actualités*, 20 novembre 2014.

²⁰⁵⁰ Cass. soc., 12 avril 2012, *Syndicat CFDT groupe air France (SPASAF) c/ SA Air France et a.*, n° 11-22.289 et n° 11-22.408 : « Mais attendu que le critère d'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats inter-catégoriels prend nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise, peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques ; Qu'il en résulte que le tribunal a exactement décidé que les dispositions dérogatoires prévues pour assurer la représentation syndicale du personnel navigant technique n'ont pas pour effet de faire échec à l'application des dispositions légales prévoyant la mesure de la représentativité des organisations syndicales affiliées à une confédération nationale interprofessionnelle en fonction des suffrages recueillis dans l'ensemble des collèges électoraux, sans exclusion du collège spécifique au personnel navigant technique et que la recommandation n° 20 de la fédération nationale de l'aviation marchande était sans effet à cet égard. »

²⁰⁵¹ En ce sens, L. PÉCAUT-RIVOLIER, « Prise en compte des votes intervenus dans un collège catégoriel pour établir la représentativité inter-catégorielle », *JCP S*, n° 25, 19 juin 2012, 1277.

²⁰⁵² « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations. »

²⁰⁵³ Article L. 2122-2 du Code du travail, quel que soit le nombre de votants.

travailleurs. Seuls bénéficient de ce « calcul catégoriel » les syndicats affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale (soit la CFE-CGC)²⁰⁵⁴, ayant donc une vocation naturelle à représenter les personnels de l'encadrement et assimilés, et les syndicats auxquels la loi a conféré un tel avantage parce qu'ils n'ont vocation qu'à « présenter des candidats dans certains collèges déterminés »²⁰⁵⁵. Tel est le cas des syndicats de journalistes²⁰⁵⁶ et des syndicats des personnels navigants techniques²⁰⁵⁷. Cette différence de traitement a été admise tant par le juge constitutionnel²⁰⁵⁸ que par le juge judiciaire²⁰⁵⁹. Pourtant, comme l'ont observé certains auteurs, la spécificité du travail à bord d'un aéronef et le statut particulier des gens de l'air, qui justifient la représentation distincte accordée aux syndicats des personnels navigants techniques par rapport aux autres syndicats catégoriels, auraient logiquement dû amener le législateur à réserver un collège spécial aux personnels navigants commerciaux²⁰⁶⁰. En ce sens, ce privilège catégoriel devrait être étendu à l'ensemble des syndicats de métier, et pas seulement aux syndicats de journalistes et de personnels techniques navigants²⁰⁶¹.

553. La nécessité d'une intervention législative. Plus précisément, seul le législateur est compétent pour instaurer des modalités spécifiques de calcul de la représentativité lorsque le syndicat n'a vocation qu'à représenter des intérêts catégoriels, qu'il s'agisse d'agents publics ou de salariés. En effet, ces règles sont d'ordre public, de sorte que seul ce dernier peut y déroger et prévoir des modalités de calcul spécifiques aux entités dotées d'un personnel mixte²⁰⁶².

²⁰⁵⁴ Article L. 2122-2 du Code du travail. Voir not. Cass. soc., 24 septembre 2013, n° 12-27.647 : « Mais attendu que le tribunal d'instance a constaté que le SAPC ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 2122-2 du Code du travail dès lors que, rattaché d'une part à l'Union confédérale des médecins salariés de France (UCMSF), qui n'est pas interprofessionnelle, et d'autre part à l'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA), qui n'est pas catégorielle, il n'était pas affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ; qu'il en a exactement déduit que sa représentativité devait s'apprécier au regard des suffrages recueillis dans l'ensemble des collèges électoraux. » Voir égal. F. PETIT, « Être ou ne pas être un syndicat catégoriel », *Dr. soc.*, 2014, p. 183.

²⁰⁵⁵ Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 10-18.699, *Bull.*, V, n° 301.

²⁰⁵⁶ Article L. 7111-7 du Code du travail.

²⁰⁵⁷ Article L. 6524-3 du Code des transports.

²⁰⁵⁸ Conseil constit., 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie* [Représentativité syndicale], n° 2010-63/64/65, QPC.

²⁰⁵⁹ Cass. soc., 14 décembre 2011, n° 10-18.699, *Bull.*, V, n° 301.

²⁰⁶⁰ X. VINCENT, L. BELJEAN, « La définition du syndicat catégoriel en débat », *Revue de droit des transports*, n° 1, janvier 2012, comm. 10.

²⁰⁶¹ X. VINCENT, L. BELJEAN, « La définition du syndicat catégoriel en débat », *Revue de droit des transports*, n° 1, janvier 2012, comm. 10.

²⁰⁶² Conseil constit., 5 octobre 2016, *Caisse des dépôts et consignations* [Renvoi à un accord collectif pour la détermination des critères de représentation syndicale], n° 2016-579, QPC.

554. La nécessité de procéder à un vote séparé. En tout état de cause, la dualité statutaire impose de procéder à un vote séparé, par deux urnes distinctes, afin d'extraire les suffrages des fonctionnaires qui serviront à apprécier, au niveau national, la représentativité des organisations syndicales au sein des trois fonctions publiques.

Enfin, les salariés votent non seulement en fonction de leur préférence syndicale, mais aussi pour déterminer les composantes éventuelles du bloc majoritaire de syndicats qui sera seul en mesure d'engager la collectivité à travers la conclusion d'accords collectifs²⁰⁶³.

B) La capacité du syndicat à conclure des accords collectifs

555. La capacité du syndicat à négocier pour le compte des divers personnels de l'entité nous semble pouvoir être appréciée à l'aune de son champ statutaire, selon les modalités fixées par le Code du travail à l'égard des entreprises pourvues de délégués syndicaux.

556. La capacité du syndicat à conclure un accord collectif inter-catégoriel. En application de l'article L. 2232-12 du Code du travail, la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants²⁰⁶⁴.

²⁰⁶³ Sur l'introduction du principe majoritaire, voir G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *Mélanges dédiés au Président DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 429-444.

²⁰⁶⁴ Le législateur a prévu une application différée de ces conditions de validité, en fonction de l'objet de l'accord. Conformément à l'article 21 IX de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, ces dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2017 aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et, dès la publication de la loi, aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du Code du travail. Elles s'appliquent à compter du 1^{er} septembre 2019 aux autres accords collectifs, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 5125-1 du Code du travail. En outre, conformément à l'article 17 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, modifiant l'article 21 IX de la loi n° 2016-1088, ces dispositions s'appliquent, dès la publication de l'ordonnance, aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés et aux accords mentionnés à l'article L. 2254-2 du Code du travail. Conformément à l'article 40 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, les dispositions s'appliquent aux accords portant rupture conventionnelle collective dès la publication des décrets d'application de l'ordonnance. Pour tous les autres accords collectifs, les dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} mai 2018.

Si un syndicat catégoriel doit s'associer avec un syndicat inter-catégoriel pour signer un accord collectif intéressant l'ensemble du personnel²⁰⁶⁵, un syndicat inter-catégoriel peut quant à lui signer un accord intéressant une catégorie professionnelle spécifique. La Chambre sociale a ainsi jugé que *« les organisations syndicales inter-catégorielles représentatives dans l'entreprise peuvent signer un accord collectif concernant le personnel navigant commercial, lequel comporte des salariés ne relevant pas de la catégorie professionnelle représentée par la confédération syndicale nationale interprofessionnelle catégorielle, quand bien même un collège spécifique a été créé par voie conventionnelle pour ce personnel »*²⁰⁶⁶. Autrement dit, des syndicats « généralistes » peuvent engager, par leur signature, des catégories professionnelles qui, du fait de leur spécificité, ont pu désigner leurs propres représentants syndicaux.

Cette situation comporte certains risques, ainsi que l'illustre la récente décision rendue en matière de restructuration et de compression des effectifs. Par un arrêt du 5 mai 2017, le Conseil d'État a jugé, sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail²⁰⁶⁷, que *« la condition de majorité posée par cet article doit s'apprécier en additionnant l'audience électorale des syndicats signataires qui sont représentatifs au niveau de l'entreprise, sans considération des catégories de salariés que leurs statuts leur donnent vocation à représenter »*. En conséquence, il en a déduit que *« la circonstance que l'opération de restructuration à l'origine du plan de sauvegarde de l'emploi ne concernerait que certains établissements ou n'entraînerait de licenciements qu'au sein de certaines catégories professionnelles, ne fait pas obstacle à la prise en compte de l'audience électorale de tous les syndicats signataires représentatifs au niveau de l'entreprise, y compris ceux qui n'auraient*

²⁰⁶⁵ Cass. soc., 31 mai 2011, n° 10-14.391, *Bull.*, V, n° 134 : *« Un syndicat représentatif catégoriel peut, avec des syndicats représentatifs inter-catégoriels, et sans avoir à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collèges électoraux, devant alors être prise en compte pour apprécier les conditions de validité de cet accord. »*

²⁰⁶⁶ Cass. soc., 27 septembre 2017, n° 15-28.216, publié au *Bulletin*. Voir E. JEANSEN, « L'accord collectif propre au personnel navigant commercial, accord catégoriel ou inter-catégoriel ? », *JCP S*, n° 44, 7 novembre 2017, 1350.

²⁰⁶⁷ *« Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité social et économique et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité. »*

pas statutairement vocation à représenter les salariés de ces établissements ou de ces catégories professionnelles particuliers »²⁰⁶⁸.

En conséquence, dans des entités telles que l'Office national des forêts ou la Caisse des dépôts et consignations, dans lesquelles le statut juridique du travailleur conditionne ses fonctions, un syndicat catégoriel pourrait valablement conclure un accord collectif déterminant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi alors même que la catégorie professionnelle qu'il a statutairement vocation à représenter n'est pas concernée par le projet de licenciement. Une telle solution devrait être écartée au sein des entités dotées d'un personnel mixte, eu égard à la prégnance des intérêts catégoriels qui y cohabitent. En outre, si la décision du juge administratif s'explique par la lettre de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, une telle solution contrevient à l'esprit général de la législation en la matière qui, depuis la loi du 20 août 2008, vise à garantir la légitimité tant des acteurs de la négociation collective que du produit de celle-ci. Dans ces conditions, rien ne justifie que les accords collectifs déterminant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, c'est-à-dire les catégories de salariés visées par le licenciement collectif, échappent aux conditions habituelles de validité fixées pour les accords collectifs.

557. La capacité du syndicat à conclure un accord collectif catégoriel. En application de l'article L. 2232-13 du Code du travail, la représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés. Lorsque l'accord collectif ne concerne qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral spécifique, sa validité est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives dans ce collège au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants. Les règles de validité de l'accord sont les mêmes que celles requises pour les accords collectifs inter-catégoriels. Toutefois, la condition de majorité (50 %) est appréciée à l'échelle du collège électoral visé par l'accord collectif²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁸ CE, 5 mai 2017, n° 389620, *Lebon*. Sur cette question, au stade de la procédure d'appel, voir F. GÉA, « De la capacité d'un syndicat catégoriel à conclure un accord collectif sur le PSE », *Dr. soc.*, 2015, p. 613.

²⁰⁶⁹ Le législateur a prévu une application différée de ces dispositions dans les mêmes conditions que celles prévues pour les accords inter-catégoriels, voir *supra*.

Le législateur a transposé ces dispositions aux accords collectifs catégoriels conclus à l'égard des personnels navigants techniques, des journalistes, mais aussi à l'égard des personnels de l'établissement public Voies navigables de France²⁰⁷⁰ ou encore des personnels employés par les Agences régionales de santé²⁰⁷¹. Il n'est donc pas exclu d'étendre ce dispositif à l'ensemble des entités dotées d'un personnel mixte.

558. *En définitive*, à l'instar de la situation prévalant à l'égard de la représentation élue du personnel, les modalités de mise en œuvre de la représentation syndicale fixées par le Code du travail nécessitent d'être adaptées au particularisme des entités dans lesquelles coexistent des agents publics et des salariés.

²⁰⁷⁰ Article L. 4312-3-2 du Code des transports (point V).

²⁰⁷¹ Article L. 1432-11 du Code de la santé publique.

CONCLUSION DE CHAPITRE

559. L'étude des régimes de représentation collective instaurés au sein des entités dotées d'un personnel mixte appelle plusieurs observations. On notera tout d'abord la nette influence des règles du Code du travail. Ce n'est que par exception que les autorités publiques s'inspirent des règles de la fonction publique pour régir la situation des salariés de droit privé. Celles-ci sont intervenues au cas par cas, en fonction des spécificités de l'entreprise ou de l'administration concernée. Du fait de l'hybridation des droits qui en résulte, les régimes de représentation collective présentent bien souvent un caractère inutilement complexe.

En tout état de cause, la fusion des institutions représentatives du personnel par l'ordonnance du 22 septembre 2017 nécessite une nouvelle intervention des autorités publiques, la mise en place de comités sociaux et économiques devant être adaptée aux spécificités des structures composées d'un personnel mixte.

Une reconfiguration plus générale de la représentation collective invite alors à dégager des principes communs, liés à la détermination des collèges électoraux ou à la représentation syndicale, qui seraient applicables à l'ensemble des situations dans lesquelles coexistent des travailleurs soumis à des statuts juridiques différents. À cet égard, la mise en place de collèges unifiés et la répartition des sièges pourraient s'inspirer des règles visant à assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes, tandis que la détermination de la représentativité des syndicats et de leur capacité à négocier devraient relever, sous réserve d'une intervention législative, des règles s'appliquant aux syndicats catégoriels.

Pour autant, cette reconfiguration ne saurait suffire à occulter ni la complexité inhérente à une telle coexistence, ni les problématiques d'égalité que celle-ci engendre.

CHAPITRE 2. LA NEUTRALISATION DE L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ ENTRE LES TRAVAILLEURS DU SECTEUR PUBLIC

560. *L'exigence d'égalité*²⁰⁷² *peut-elle être mobilisée au service d'une harmonisation de la condition juridique des différents travailleurs du secteur public ?* On le sait, les normes constitutionnelles et les normes supranationales ont d'abord favorisé les rapprochements substantiels entre les régimes de travail applicables aux agents publics et aux salariés²⁰⁷³. Ce rapprochement a été accentué par un mouvement d'extension du droit privé du travail en dehors de son champ d'application naturel, c'est-à-dire au sein du secteur public et même du service public²⁰⁷⁴. Dans ces conditions, l'exigence d'égalité permet-elle d'aller plus loin, c'est-à-dire de dépasser les catégories légales d'agent public et de salarié, au service d'une véritable unification de la condition juridique des travailleurs ? Malgré un arsenal juridique conséquent en la matière (**Section 1**), l'approche formaliste retenue par le Conseil constitutionnel du principe d'égalité ne permet aucune comparaison effective entre les travailleurs du service public, et ce alors même que, nous l'avons vu, ces derniers peuvent être soumis indifféremment au droit de la fonction publique ou au droit privé du travail²⁰⁷⁵ (**Section 2**). Cette question se pose avec davantage d'acuité encore au sein des entreprises à personnel « hybride » ou « mixte », c'est-à-dire au sein desquelles cohabitent des personnels exerçant des fonctions similaires mais sous un statut juridique différent, de droit public ou de droit privé. Si l'exigence d'égalité engendre une certaine harmonisation de la condition juridique des travailleurs, elle ne permet pas de dépasser les divergences résultant directement de la différence de statut (**Section 3**).

SECTION 1. L'EXIGENCE D'ÉGALITÉ AU SEIN DES RELATIONS PROFESSIONNELLES

561. *Le principe d'égalité, une exigence de justice sociale.* Au sens traditionnel, l'égalité se conçoit avant tout comme une exigence liée à la justice sociale. Cette association entre l'idée

²⁰⁷² À l'instar de M. SWEENEY, on entendra l'exigence d'égalité par l'ensemble des expressions de l'égalité en droit et qui à ce titre représente une obligation ou une contrainte : les différents principes d'égalité ou d'égalité de traitement et les règles de non-discrimination. Voir not. « La diversité des sources de l'exigence d'égalité » in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) G. BORENFREUND et I. VACARIE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, pp. 39-50 et, plus largement, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges, Essai en droit social*, Éd. L'Építoge-Lextenso, coll. L'unité du Droit, vol. 5, 2016.

²⁰⁷³ Voir Partie 1, titre 2.

²⁰⁷⁴ Voir Partie 2, titre 1.

²⁰⁷⁵ Voir Partie 1, titre 1.

de justice et l'idée d'égalité est bien connue, qu'elle soit naturellement établie²⁰⁷⁶ ou qu'elle soit combattue²⁰⁷⁷. Et si cette question ne cesse de tarauder la société démocratique, c'est avant tout parce que les acceptions de l'égalité sont diverses. L'histoire des inégalités se résume ainsi, comme l'exposait Thomas PIKETTY, à la conséquence « *des représentations que se font les acteurs économiques, politiques, sociaux, de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas, des rapports de force entre ces acteurs, et des choix collectifs qui en découlent* »²⁰⁷⁸ (§ 1). À cette variété de représentations s'ajoute celle des traductions juridiques de l'égalité, qui se décline du principe général d'égalité au principe de non-discrimination (§ 2).

§ 1. Les différentes acceptions de l'exigence d'égalité

562. *Quelle égalité ?* Parler d'égalité exige des « précautions »²⁰⁷⁹ tant le terme est équivoque. Entre égalité arithmétique et égalité géométrique²⁰⁸⁰, égalité devant la loi et égalité dans la loi²⁰⁸¹, égalité de droit et égalité de fait, égalité formelle et égalité substantielle, égalité

²⁰⁷⁶ Cette assimilation est généralement admise sur le fondement de la pensée d'ARISTOTE (Éthique de Nicomaque, livre V, *La justice*, Librairie Garnier Frères, coll. Classiques Garnier, trad. J. VOILQUIN, rééd. 1940 : « Aussi est-il évident que le juste sera celui qui se conforme aux lois et qui observe l'égalité. Le juste nous fait nous conformer aux lois et à l'égalité ; l'injuste nous entraîne dans l'illégalité et l'inégalité. » (pp. 197 et s.) ou encore : « Le juste dans la société [est celui qui] existe entre gens qui vivent ensemble, afin de maintenir leur indépendance, je veux dire des hommes libres et égaux, soit proportionnellement, soit arithmétiquement [...]. Aussi refusons-nous de donner le pouvoir à un homme ; ce pouvoir nous le donnons à raison. Un homme en effet, exerce le pouvoir à son avantage et devient un tyran. Or, le magistrat qui exerce le pouvoir est le gardien de la justice, et, s'il l'est de la justice, il l'est aussi de l'égalité. » (p. 225).

²⁰⁷⁷ F.-A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, tome 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF/Quadrige, 1976, pp. 96-101.

²⁰⁷⁸ Th. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, éd. du Seuil, 2013, p. 47.

²⁰⁷⁹ A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68.

²⁰⁸⁰ L'égalité « arithmétique » commande d'accorder à chacun la même part tandis que l'égalité « géométrique » commande de traiter également ce qui est égal et inégalement ce qui est inégal. Pour une critique de cette distinction, voir E DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, spéc. p. 35. L'auteur renvoie ici à la distinction notamment opérée par PLATON (*Les lois*, VI, 757a-758a). Cette distinction peut être rapprochée de la distinction opérée par A. FABRE entre l'« égalité par tête », selon laquelle les individus jugés égaux ont exactement les mêmes droits, ceux-ci n'étant susceptibles d'aucune variation et l'« égalité en proportion », dont l'application relève d'un critère variable (par exemple : la part apportée dans le capital d'une société par un associé (« L'égalité en droit privé », in *Égalité et droit social*, (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU, IRJS éd., coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2014, pp. 87-98, spéc. pp. 94-95).

²⁰⁸¹ Cette distinction a été initiée par H. KELSEN dans sa *Théorie pure du droit* (trad. fr., 2^{ème} éd., 1962, p. 190). L'égalité devant la loi – en amont de l'acte – signifie simplement que « les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général, principe qui est immanent à tout ordre juridique ». L'égalité dans la loi s'adresse quant à elle au législateur. Elle vise le contenu de la loi et lui interdit « de fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune ». En dehors de ces critères, il n'interdit pas de fonder des différences de

abstraite et égalité concrète, égalité et équité²⁰⁸², égalité des chances et égalité de résultat, c'est peu dire que varient les acceptions et les vocables de l'égalité. Ceux-ci relèvent avant tout du choix axiologique que l'on souhaite retenir de l'exigence d'égalité. Aussi, « *le débat sur l'égalité n'oppose pas, comme on peut parfois l'interpréter superficiellement les pour et les contre ; mais porte sur la variable de référence. La vraie question est donc : quelle égalité ou, plus précisément, l'égalité de quoi ?* »²⁰⁸³

D'une manière générale, on retient un clivage traditionnel entre, d'une part, le modèle français, « *universaliste et abstrait* » et, d'autre part, une approche anglo-saxonne empirique et catégorielle jugée davantage « *soucieuse des situations concrètes et des garanties effectives plus que des grands principes* »²⁰⁸⁴. Dans ce cadre, on se focalisera sur les deux facettes du principe d'égalité communément admises en droit français : une première désignée « formelle » ou « abstraite » et une seconde, « concrète », encore appelée « réelle »²⁰⁸⁵.

L'égalité dite formelle relève de l'idée que tous les individus doivent bénéficier des mêmes droits, c'est donc un « *droit à l'égalité des droits* »²⁰⁸⁶. Cette égalité est réalisée par la généralité et l'impersonnalité de la loi, laquelle doit être la même pour tous. Au contraire, l'égalité dite concrète prend en compte la situation des individus dans leur singularité pour parvenir à une égalité dans les faits. Cette égalité privilégie donc l'adaptation de la loi aux faits et conduit à multiplier les distinctions sur lesquelles on la fonde. Autrement dit, l'égalité formelle est un principe d'action selon lequel « *les êtres d'une même catégorie essentielle*

traitement en fonction de considérations d'opportunité qui relèvent de la volonté générale dont la loi est la traduction. Pour une critique de la distinction, voir O. JOUANJAN, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, V^o Égalité, pp. 585 et s.

²⁰⁸² Sur les liens entretenus entre les concepts d'égalité et d'équité et sur les enjeux de la montée en puissance du second au détriment du premier, voir M. BORGETTO, « Égalité, solidarité... équité ? », in G. KOUBI, *Le préambule de la Constitution de 1946 – antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, pp. 240-279. Égal. CE, *Sur le principe d'égalité, Rapport public pour l'année 1996, La doc. fr.*, spéc. pp. 79 et s.

²⁰⁸³ J.-P. FITOUSSI et P. ROSANVALLON, *Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996, p. 97, cité par CE, *Sur le principe d'égalité, Rapport public pour l'année 1996, La doc. fr.*, spéc. p. 80.

²⁰⁸⁴ A. ILIOPOULO, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, (dir.) J. ROSSETTO, A. BERRAMDANE, Presses universitaires François-Rabelais, 2013, spéc. pp. 243-261.

²⁰⁸⁵ Pour une étude des subtilités des multiples terminologies employées en la matière, voir J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) G. BORENFREUND et I. VACARIE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, pp. 9-38.

²⁰⁸⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le droit à l'égalité », in *Droit constitutionnel*, (coord.) L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, Dalloz, Précis, 20^{ème} éd., 2018, p. 1040, n^o 1461.

doivent être traités de la même façon »²⁰⁸⁷ tandis que l'égalité réelle consiste à traquer les formes d'égalité et d'inégalité dans l'observation de la vie réelle des individus, des groupes ou des classes, dans la « *révélation des écarts entre la norme et le réel* »²⁰⁸⁸.

Ces deux facettes sont intimement liées : l'égalité formelle apparaît nécessaire pour maintenir l'unité et la sécurité de l'ordre juridique tandis que l'égalité substantielle repose sur la constatation que les individus se trouvent réellement dans des situations différentes quant à l'exercice de leurs droits. Pour autant, les relations qu'elles entretiennent sont difficiles. La seconde, l'égalité concrète – *i.e.* les droits proportionnés aux inégalités – est souvent avancée pour justifier des dérogations à la première, l'égalité juridique – *i.e.* les mêmes droits pour tous. Ce faisant, l'exigence d'égalité oscille continuellement entre généralité de la règle et nécessité de la différenciation de traitement²⁰⁸⁹.

Si la première facette a longtemps prévalu, le droit français a progressivement évolué vers la seconde. S'est développée une conception de l'égalité qui dépasse la seule définition des catégories essentielles du droit et qui questionne directement les motifs, les raisons, d'une décision ou d'une catégorisation retenue par la loi²⁰⁹⁰.

563. L'égalité formelle et l'égalité réelle appréhendées par les droits des relations professionnelles. En droit privé du travail, le législateur s'est depuis longtemps engagé dans la voie de l'égalité concrète. Comme le relevait le Professeur LYON-CAEN, « *ce n'est pas à proprement parler l'égalité qui occupe la position centrale dans la gestion du droit légiféré du travail, c'est plutôt l'aspiration à la correction des inégalités* »²⁰⁹¹. Ces inégalités doivent s'entendre en premier lieu dans les rapports entre l'employeur et ses salariés. Dans une étude consacrée au pouvoir de l'employeur, le Professeur SAVATIER exposait en effet que « *tous les efforts du droit du travail ont tendu à corriger les inégalités existant entre les parties [au contrat de travail], de manière à protéger le travailleur contre le pouvoir économique de*

²⁰⁸⁷ Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 26, cité par Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, n° 2, pp. 295-353.

²⁰⁸⁸ J.-M. PERNOT, « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », in (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, *Égalité et droit social*, vol. 2, coll. Bibliothèque de l'IRJS, 2014, tome 51, pp. 3-11, spéc. p. 4.

²⁰⁸⁹ Voir not. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, 2003, spéc. p. 17.

²⁰⁹⁰ Voir s'agissant du contrôle progressivement opéré par le Conseil constitutionnel et de l'exigence de justification apportée aux différences de traitement, Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, n° 2, pp. 295-353, spéc. pp. 320-322.

²⁰⁹¹ A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68.

l'employeur »²⁰⁹². En ce sens, l'exigence d'égalité a d'abord vocation à protéger le salarié de l'arbitraire dont pourrait faire preuve l'employeur dans la mise en œuvre de son pouvoir de direction. C'est ainsi, notamment, que l'article L. 1132-1 du Code du travail dresse une liste de critères que l'employeur ne peut prendre en compte au soutien de sa décision car discriminatoires²⁰⁹³. À l'inverse, c'est sur ce même fondement de l'égalité réelle que des dispositions législatives autorisent les différences de traitement fondées sur ces mêmes critères en principe prohibés, tels que l'âge ou le sexe, afin de corriger des inégalités de fait que certaines catégories de salariés sont réputées subir : en l'occurrence les jeunes, les seniors²⁰⁹⁴ et les femmes²⁰⁹⁵.

Paradoxalement, la notion d'égalité en elle-même apparaît largement ignorée par le droit privé du travail : celui-ci est traversé de part en part par des règles spéciales à des professions, à des activités, à des catégories de salariés²⁰⁹⁶. Ce sentiment est accentué par la large place accordée à la négociation collective d'entreprise ou de branche par les récentes réformes, tant en

²⁰⁹² J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1992, p. 1. Cette étude envisage le pouvoir de l'employeur au travers du droit de propriété et ses limites au travers du contrôle de l'abus ou du détournement de pouvoir ou encore du contre-pouvoir syndical, et non spécifiquement par le biais de l'égalité.

²⁰⁹³ « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.* » Plus spécifiquement, l'article L. 2141-5 pose un principe de non-discrimination en raison de l'appartenance ou de l'activité syndicale. Les articles L. 1142-1 et L. 1142-3 du Code du travail, interdisant de tenir compte de l'appartenance sexuelle du salarié, ont été codifiés dans la partie relative à l'égalité professionnelle homme/femme mais il s'agit bien d'une déclinaison du principe de non-discrimination (A. FABRE, M. GRÉVY, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT*, 2006, p. 362, spéc. p. 365).

²⁰⁹⁴ Voir, par exemple, le contrat de génération mis en place par la loi n° 2013-185 du 1^{er} mars 2013 portant création du contrat de génération (*JORF* n° 0053 du 3 mars 2013) et supprimé par l'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (*JORF* n° 0223 du 23 septembre 2017).

²⁰⁹⁵ Article L. 1142-4 du Code du travail : « *Les dispositions des articles L. 1142-1 et L. 1142-3 ne font pas obstacle à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes.* » Pour une application : Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 15-26.262, publié au *Bulletin*.

²⁰⁹⁶ A. LYON-CAEN, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 68. Voir not. les articles L. 2221-1 et s. du Code du travail.

matière de classification professionnelle que d'égalité homme-femme²⁰⁹⁷. Par ailleurs, bien qu'un aspect statutaire de la relation de travail se soit incontestablement développé depuis le siècle dernier²⁰⁹⁸, le droit du travail repose avant tout sur la conclusion d'un contrat de travail, de sorte qu'il demeure un droit de l'individualisation des rapports de travail, entre le salarié et son employeur. Il en résulte nécessairement une certaine différenciation des règles applicables à la relation de travail en fonction du secteur d'activité de l'entreprise, de l'entreprise elle-même, du poste occupé par le salarié ou encore du parcours et des compétences de ce dernier.

À première vue, le droit de la fonction publique semble au contraire relever d'une approche strictement formelle du fait de la grande diversité des statuts applicables aux agents publics : statuts des fonctions publiques de l'État, hospitalière et territoriale, statuts particuliers applicables à certains corps ou encore statuts des agents contractuels, lesquels ne peuvent prétendre qu'à une certaine résorption de leur précarité, comme en témoigne l'arrivée du contrat à durée indéterminée au sein de la fonction publique²⁰⁹⁹.

564. Le principe de l'égal accès aux emplois publics confronté aux politiques d'emplois. Il est des exigences d'égalité en matière de fonction publique qui découlent directement de la Constitution et qui demeurent inconnues du droit du travail. Il en va ainsi du principe d'égal accès aux emplois publics, auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle²¹⁰⁰ sur le fondement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et

²⁰⁹⁷ Article L. 2241-11 du Code du travail : « Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent pour négocier tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées. »

²⁰⁹⁸ Sur l'édition par la puissance publique d'une réglementation impérative dans le domaine contractuel, autrement dit par l'« insertion du statut dans le contrat », voir not. A. SUPIOT, *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadriga, 2^{ème} éd. 2011, spéc. pp. 27 et s. Sur l'influence du droit de la fonction publique sur le droit du travail, P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, rééd. *Dr. soc.*, 2010, pp. 1246-1250. Sur la place de la loi et des conventions collectives sur la détermination des conditions de réalisation de la relation de travail, voir not. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, spéc. pp. 277 et s. S'agissant plus précisément de la rémunération, laquelle n'est plus l'exacte contrepartie d'un travail effectif, de sorte que la condition du salarié se rapproche de celle du fonctionnaire, voir P. DURAND, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.*, 1942, pp. 83-85.

²⁰⁹⁹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* n° 173 du 27 juillet 2005.

²¹⁰⁰ Conseil constit., 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 85-204, DC, cons. 7 (« Le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents. ») Voir égal. Conseil constit., 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, n° 82-153, DC, cons. 5 ; Conseil constit., 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179, DC, cons. 17.

du Citoyen de 1789²¹⁰¹. Une approche littérale du principe devrait donc s'opposer à la mise en œuvre dans la fonction publique de politiques d'emploi fondées sur une approche concrète de l'égalité telles qu'on les connaît dans le secteur privé. En effet, il s'agit là principalement de politiques d'emploi instituant des mécanismes de discrimination positive afin de permettre l'accès à l'emploi de personnes défavorisées, principalement en raison de leur âge, de leur faible qualification professionnelle ou encore de leur lieu d'habitation.

En droit privé, le Conseil constitutionnel admet généralement ces politiques générales de différenciation positive aux motifs qu'« *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées dès lors que les différences de traitement qui en résultent répondent à des fins d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier* »²¹⁰². Aussi, le Conseil constitutionnel autorise les différences de traitement instaurées par le législateur au profit d'une catégorie ciblée de personnes dès lors qu'elles ont pour vocation de résoudre, dans l'intérêt général, une difficulté récurrente à laquelle cette catégorie de personnes est confrontée²¹⁰³.

565. Se pose néanmoins la question de savoir dans quelle mesure ces politiques peuvent être mises en œuvre au sein de la fonction publique au regard du principe d'égal accès aux emplois publics. En effet, si le Conseil admet en principe que la « capacité » des candidats à un emploi public²¹⁰⁴ puisse être appréciée différemment pour tenir compte tant « *de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public* »²¹⁰⁵, les

²¹⁰¹ « *Tous les citoyens, étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* » Dans le même sens, l'alinéa 18 du Préambule de 1946 énonce que « *La France [...] garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques.* »

²¹⁰² Conseil constit., 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, n° 2012-656, DC, cons. 3 ; Conseil constit., 22 juillet 2005, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*, n° 2005-521, DC, du 22 juillet 2005, cons. 13 ; Conseil constit., 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207, DC, cons. 31-32.

²¹⁰³ B. BAUDUIN, J. BODDAERT, « L'appréhension de l'égalité par le droit social et le droit civil », in *Égalité et droit social*, (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, IRJS, coll. Bibliothèque-André Tunc, 2014, spéc. p. 99.

²¹⁰⁴ On rappellera les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Tous les citoyens, étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

²¹⁰⁵ Voir not. Conseil constit., 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 85-204, DC, cons. 7 ; Conseil constit., 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, n° 82-153, DC, cons. 5. Plus largement, il résulte de la jurisprudence que les exigences constitutionnelles fixées par

politiques d'emploi traditionnelles posent difficulté en ce qu'elles sont souvent fondées sur l'absence ou la faiblesse des qualifications professionnelles de leurs bénéficiaires.

Cette question a précisément été posée avec la loi du 26 octobre 2012²¹⁰⁶ portant création des « emplois d'avenir ». Aux termes de l'article L. 5134-110 du Code du travail, l'emploi d'avenir a pour objet de faciliter l'insertion professionnelle et l'accès à la qualification des jeunes sans emploi âgés de seize à vingt-cinq ans au moment de la signature du contrat de travail soit sans qualification, soit peu qualifiés et rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, par leur recrutement dans des activités présentant un caractère d'utilité sociale ou environnementale ou ayant un fort potentiel de création d'emplois. Dans ce cadre, la loi a créé les « emplois d'avenir professeur », destinés, sous certaines conditions d'âge et de niveau d'études, à des étudiants titulaires de bourses de l'enseignement supérieur et se destinant aux métiers du professorat²¹⁰⁷. Les employeurs autorisés à avoir recours à ces contrats peuvent être de droit public²¹⁰⁸ ou de droit privé²¹⁰⁹. Dans tous les cas et par dérogation à la jurisprudence *Berkani*, l'emploi d'avenir prend la forme d'un contrat de travail de droit privé, soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée²¹¹⁰. Aussi, le recrutement sur un emploi d'avenir étant précisément réservé à des jeunes « *dépourvus de qualification* », il y avait lieu de douter de la compatibilité du dispositif avec le principe d'égal accès aux emplois publics, ce qui a conduit l'opposition à saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori*.

l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'ont pas pour effet d'imposer que tous les agents publics soient recrutés par concours. Elles n'interdisent pas davantage au législateur de diversifier les modes de recrutement pour tenir compte de la diversité des vertus et des talents. L'exigence de capacité peut s'apprécier différemment selon les besoins du service public et les mérites des intéressés (voir le commentaire autorisé de la décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel).

²¹⁰⁶ Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir, *JORF* n° 0251 du 27 octobre 2012.

²¹⁰⁷ Article L. 5134-120 du Code du travail.

²¹⁰⁸ L'article L. 5134-111 du Code du travail vise notamment « *les collectivités territoriales et leurs groupements* » et « *les autres personnes morales de droit public, à l'exception de l'État* ». S'agissant précisément des emplois d'avenir professeur, l'article L. 5134-120 vise « *les établissements publics locaux d'enseignement et les établissements publics locaux d'enseignement et de formation professionnelle agricoles* ».

²¹⁰⁹ L'article L. 5134-111 du Code du travail liste un certain nombre d'organismes de droit privé issus du secteur non marchand et par exception les entreprises du secteur marchand dans certains secteurs dont la liste est fixée au niveau régional par le Préfet. L'article L. 5134-128 du Code du travail autorise la conclusion d'« emplois d'avenir professeur » avec certains établissements d'enseignement privé.

²¹¹⁰ Article L. 5134-112 combiné à l'article L. 5134-24 du Code du travail.

Par décision du 24 octobre 2012²¹¹¹, celui-ci a estimé qu'au regard de leurs « caractéristiques » (engagements de l'employeur notamment sur « *le contenu du poste proposé et sa position dans l'organisation de la structure* », sur « *les conditions d'encadrement et de tutorat ainsi que sur la qualification ou les compétences dont l'acquisition est visée* », emploi en principe à temps plein...²¹¹²), les contrats de travail associés à un emploi d'avenir²¹¹³ conclus par des personnes publiques pour une durée indéterminée « *constitueraient, au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, des emplois publics* », emplois qui ne peuvent dès lors « *être pourvus qu'en tenant compte de la capacité, des vertus et des talents* ». Il en a conclu que « *les personnes publiques ne sauraient recourir aux emplois d'avenir que dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée* »²¹¹⁴.

566. Autrement dit, le Conseil constitutionnel estime que le principe d'égal accès aux emplois publics s'applique aux recrutements effectués par les personnes publiques par le biais de contrats à durée indéterminée mais non à ceux opérés par le biais de contrats à durée déterminée. Cette décision appelle plusieurs séries d'observations.

En premier lieu, il faut reconnaître que le critère « temporel » instauré par le juge a le mérite de préciser la notion constitutionnelle d'emploi public, dont l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ne donne pas la définition. On savait déjà qu'à côté des emplois contractuels ou titulaires soumis au droit public, des emplois pourvus par contrat de droit privé pouvaient être qualifiés d'emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. En effet, le Conseil constitutionnel retient habituellement une conception extensive de l'emploi public en prenant en compte la mission effectivement confiée au travailleur, indépendamment de la nature juridique du lien d'emploi²¹¹⁵. Il en résultait que le choix du législateur de soumettre à la législation sociale de

²¹¹¹ Conseil constit., 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, n° 2012-656, DC.

²¹¹² Considérants 13 et 15 de la décision précitée.

²¹¹³ On remarquera que le Conseil s'est saisi d'office de certaines dispositions de la loi déferée puisque les requérants se bornaient à contester la conformité à la Constitution des articles 4 et 12 de la loi relatifs aux « emplois d'avenir professeur », tandis que le Conseil se prononce plus largement sur les « emplois d'avenir ».

²¹¹⁴ Conseil constit., 24 octobre 2012, précitée, cons. 16.

²¹¹⁵ Conseil constit., 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, n° 2006-533, DC, cons. 13-16 (s'agissant des emplois au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public) ; Conseil constit., 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation*, n° 2003-471, DC, cons. 10 (s'agissant des emplois d'assistant d'éducation) ; Conseil constit., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455, DC, cons. 115 (s'agissant des emplois de jury dans le cadre de la « validation des acquis de l'expérience »).

droit privé l'ensemble des contrats aidés conclus au sein des administrations ne heurtait pas l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, lequel se borne en effet à réglementer l'accès à l'emploi et non le régime applicable²¹¹⁶.

Pour autant, la distinction opérée par le Conseil constitutionnel entre contrat à durée indéterminée et contrat à durée déterminée ne tombe pas sous le coup de l'évidence. Elle apparaît même contraire à la signification littérale de la formule du Constituant²¹¹⁷. En outre, le juge ne semble pas avoir tenu compte dans son raisonnement de la durée de l'emploi en cause²¹¹⁸, si bien que l'article R. 5134-165 du Code du travail, dans sa rédaction prise conformément à la décision constitutionnelle, dispose que les collectivités territoriales et leurs groupements ou les autres personnes morales de droit public – l'État étant exclu du dispositif – ne peuvent conclure qu'un contrat d'accompagnement dans l'emploi à durée déterminée, d'au moins douze mois et d'au plus trente-six mois. Ces durées particulièrement longues font douter de la pertinence du critère temporel dégagé par le juge constitutionnel, lequel semble relever davantage de considérations d'opportunité que d'une réelle argumentation juridique²¹¹⁹.

Au surplus, la réserve d'interprétation ainsi dégagée par le Conseil constitutionnel a été reprise pour tous les contrats d'accompagnement dans l'emploi conclus par des personnes publiques, et pas seulement pour ceux conclus dans le cadre du dispositif « emplois d'avenir ». On doit donc en déduire que cette réserve peut être transposée à l'ensemble des contrats aidés conclus par les personnes publiques postérieurement au 27 octobre 2012, date de la publication de la loi et de la décision²¹²⁰. Le résultat du compromis opéré par le Conseil

²¹¹⁶ En ce sens, la doctrine autorisée du Conseil constitutionnel précise que « *ce sont les caractéristiques de l'emploi qui doivent être examinées et non le caractère public ou privé du contrat* » (voir le commentaire autorisé de la décision n° 2012-656 DC du 24 octobre 2012, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel).

²¹¹⁷ F. MELLERAY, « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, 2013, p. 119.

²¹¹⁸ Cette donnée est absente du commentaire de la décision sur le site internet du Conseil constitutionnel.

²¹¹⁹ En ce sens, B. BAUDUIN, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, Thèse dactyl., Université Paris 1, 29 mars 2017, spéc. p. 560.

²¹²⁰ Le Conseil constitutionnel a fait application de la solution qu'il avait dégagée dans une décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 (Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances), selon laquelle « *la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* » (cons. 10). Au cas présent, les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déférée, relatives aux emplois d'avenir, affectaient le domaine d'application des dispositions du Code du travail relatives au contrat d'accompagnement dans l'emploi. Toutefois, pour d'évidentes raisons de sécurité juridique, le Conseil a limité les effets dans le temps de cette réserve afin qu'elle n'ait pas d'effet rétroactif de nature à remettre

constitutionnel – la conciliation des exigences du principe d'égal accès aux emplois publics avec une appréciation plus ouverte des politiques d'accès à l'emploi menées en faveur de populations en difficulté – peut apparaître quelque peu paradoxal, en contradiction avec la finalité d'insertion professionnelle affichée par le dispositif. En effet, il revient à permettre aux personnes publiques de recourir aux contrats aidés mais à leur interdire d'offrir aux bénéficiaires de ces dispositifs une situation professionnelle pérenne²¹²¹.

567. En définitive, si contrairement à la situation prévalant dans le secteur privé, le principe constitutionnel de l'égal accès aux emplois publics limite la possibilité du législateur de faire prévaloir l'égalité concrète sur l'égalité abstraite au sein de la fonction publique, la jurisprudence constitutionnelle ne l'empêche pas de mener des politiques de différenciation positive en faveur de certaines catégories de personnes, créant par-là des « inégalités de droit » afin de compenser des « inégalités de fait »²¹²².

§ 2. Les déclinaisons de l'exigence d'égalité

568. *L'égalité en droit interne.* L'exigence d'égalité se traduit en droit par des formulations diverses – égalité, égalité de traitement, principe de non-discrimination – dont les contours ne se recoupent pas et qui relèvent de sources plurielles – droit privé, droit public, droit de l'Union européenne, Convention européenne des droits de l'Homme, faisant intervenir chacun des ordres juridictionnels concernés.

569. *Le principe général d'égalité* constitue la charnière des systèmes politico-juridiques modernes. Il traduit les rapports entretenus entre l'État et la société civile : l'État moderne émane d'une société d'égaux (égalité politique) et doit considérer les membres de cette société comme également soumis à sa puissance (égalité civile)²¹²³. Il puise sa source en droit français dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, dont l'article 1^{er} proclame que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » et l'article 6 que la loi « *doit être*

en cause des relations contractuelles en cours. Il a donc précisé que la réserve d'interprétation n'est applicable qu'aux contrats conclus postérieurement à la publication de sa décision, soit le 27 octobre 2012 (cons. 19).

²¹²¹ Dans le même sens, F. MELLERAY, « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, 2013, p. 119.

²¹²² En ce sens, notamment s'agissant des nominations au tour extérieur, par dérogation au principe du concours, voir F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, spéc. p. 233 et s., n° 533 et s.

²¹²³ O. JOUANJAN, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, V° Égalité, pp. 585 et s.

la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». De ces normes le Conseil constitutionnel a déduit l'existence d'un principe « d'égalité devant la loi »²¹²⁴. Qualifié par la doctrine de « principe juridique directeur » ou encore de « droit tuteur », celui-ci constitue à la fois un droit fondamental en lui-même et la condition d'exercice d'autres droits fondamentaux, autrement dit le support sur lequel peuvent s'épanouir ces droits²¹²⁵.

570. L'égalité de traitement constitue une version « atténuée » de l'exigence d'égalité²¹²⁶. Elle n'interdit pas les distinctions entre les salariés de l'entreprise mais elle soumet leur validité à une exigence de justification, au travers de critères objectifs²¹²⁷. Le principe d'égalité de traitement a tout d'abord été invoqué pour contrôler l'exercice du pouvoir par les pouvoirs publics ou par des sujets de droit privé tels que l'employeur. En ce sens, l'égalité de traitement s'oppose à l'arbitraire²¹²⁸ et tend à limiter le pouvoir juridique : elle interdit à celui qui a un pouvoir sur une collectivité d'en user différemment sans justification. Aussi l'administration ne peut-elle appliquer un traitement différent à des administrés placés dans une même situation²¹²⁹, tout comme l'employeur ne peut différencier ses subordonnés dès lors qu'ils sont placés dans une situation identique, sauf à ce que ces différences soient justifiées par des éléments objectifs et pertinents²¹³⁰. Il doit, par exemple, évaluer leurs compétences selon les mêmes méthodes ou encore les rémunérer en application de la formule « à travail égal, salaire égal ». L'égalité de traitement n'est donc pas le vecteur d'une « égalisation » de la condition de tous les salariés, elle sert avant tout à contrôler que les différences instaurées par l'employeur sont légitimes.

²¹²⁴ Conseil constit., 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*, n° 73-51, DC, cons. 4.

²¹²⁵ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, 1997, pp. 251 et s. et pp. 300 et s.

²¹²⁶ A. JEAMMAUD, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.*, 2004, p. 698.

²¹²⁷ G. AUZERO, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2006, p. 822.

²¹²⁸ E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2005, spéc. p. 31.

²¹²⁹ CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, n° 92004 : « Considérant qu'en frappant la société requérante d'une mesure d'exclusion à raison des incidents susrelatés, sans qu'aucun motif tiré de l'intérêt général pût justifier cette décision, l'administration de la radiodiffusion française a usé de ses pouvoirs pour un autre but que celui en vue duquel ils lui sont conférés et a méconnu le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics et qui donnait à la société requérante, traitée jusqu'alors comme les autres grandes sociétés philharmoniques, vocation à être appelée, le cas échéant, à prêter son concours aux émissions de la radiodiffusion. »

²¹³⁰ Certains auteurs qualifient ainsi l'égalité de traitement d'« égalité justifiée », par opposition à la discrimination qui renverrait plutôt au modèle de l'« égalité-liberté » (J.-F. CESARO et P. LAGESSE, « De l'égalité liberté à l'égalité justifiée », in (dir.) J.-F. CESARO, *L'égalité en droit social*, LexiNexis, 2012, pp. 3-15.

En droit du travail, le principe d'égalité de traitement a d'abord émergé au travers de la règle prétorienne « à travail égal, salaire égal »²¹³¹, sous le prisme de l'égalité homme-femme, par le célèbre arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996²¹³². Il a par la suite été élargi au-delà de la question du seul salaire pour prendre la forme d'un principe plus général d'égalité de traitement entre tous les salariés d'une même entreprise, pour autant que les salariés en cause soient placés dans une situation identique, applicable à un « avantage » accordé par l'employeur²¹³³. La Chambre sociale a ainsi appliqué ce principe à l'attribution de tickets restaurant²¹³⁴, au versement d'une prime de treizième mois²¹³⁵, aux mesures prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi²¹³⁶.

En matière administrative²¹³⁷, le Conseil d'État a décliné le principe d'égalité des citoyens devant la loi sur de nombreux terrains au travers de diverses formulations, telles que le principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs²¹³⁸, le principe d'égalité devant les charges publiques²¹³⁹, le principe d'égalité des usagers devant le service public²¹⁴⁰ ou encore le principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires appartenant à un

²¹³¹ L'article L. 3221-4 du Code du travail précise que « sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse ».

²¹³² Cass. soc., 29 octobre 1996, *Ponsolle*, n° 92-43.680, *Bull.*, V, n° 359, *Dr. soc.*, 1996, p. 1013, note A. LYON-CAEN.

²¹³³ Voir not. Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-44.565 (relatif à l'indemnité due au titre de la réduction du temps de travail) ; Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 13-26.788 (relatif à une prime pour travail du dimanche et une prime de poste).

²¹³⁴ Cass. soc., 20 février 2008, n° 05-45.601, *Bull.*, V, n° 39. Dans cette affaire, il ressort de l'arrêt que l'employeur avait attribué des tickets restaurant aux seuls salariés non-cadres, sur le seul fondement d'une différence de catégorie professionnelle.

²¹³⁵ Cass. soc., 13 septembre 2012, n° 11-22.414. Dans cette affaire, la cour d'appel a été censurée pour avoir admis une différence de traitement entre des salariés au regard du versement d'une prime de treizième mois calculée à raison du temps de présence du salarié dans l'entreprise, « sans caractériser de raison objective justifiant, au regard de l'avantage en cause, une différence de traitement entre le salarié et ceux licenciés en 2007 ».

²¹³⁶ Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 10-24.204, *Bull.*, V, n° 321. Dans cette affaire, il a été jugé que les salariés licenciés qui bénéficient d'une pré-retraite ou d'une pension d'invalidité pouvaient être exclus du versement d'une indemnité additionnelle de licenciement prévue par le PSE dès lors qu'ils se trouvaient dans une situation de précarité moindre que les salariés en activité qui perdent, après la rupture de leur contrat de travail, l'intégralité de leur salaire et donc l'essentiel de leurs revenus.

²¹³⁷ Plus largement, voir CE, *Sur le principe d'égalité, Rapport public pour l'année 1996, La doc. fr.*, 1997, n° 48.

²¹³⁸ CE, 9 mai 1913, *Roubeau, Lebon*, p. 521.

²¹³⁹ CE, 30 novembre 1923, *Couitéas, Lebon* p. 789 ; CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Lebon*, p. 25.

²¹⁴⁰ CE, 1^{er} juillet 1936, *Veyre, Lebon*, p. 713 ; CE, ass., 1^{er} avril 1938, *Société L'alcool dénaturé de Coubert, Lebon*, p. 337. Par sa célèbre décision *Société des concerts du Conservatoire*, le Conseil d'État a

même corps²¹⁴¹. L'égalité de traitement prend ainsi la forme d'un « réquisit général »²¹⁴², qui impose de traiter de manière égale des situations équivalentes et prohibe toutes distinctions arbitraires. Mais au-delà d'une égalité de traitement abstraite, résultant de la généralité de la règle de droit, la jurisprudence admet que l'administration traite différemment des situations en elles-mêmes différentes, par exemple entre agents de corps différents²¹⁴³, ou opère des différences de traitement entre agents d'un même corps pour des raisons d'intérêt général²¹⁴⁴.

571. Le principe juridique de non-discrimination²¹⁴⁵, au contraire, ne prohibe les différences de traitement que si elles sont fondées sur un critère ou une caractéristique illicite. L'alinéa 5 du Préambule de 1946 pose le principe selon lequel « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». L'article L. 1132-1 du Code du travail donne une liste de critères et caractéristiques qu'il est interdit de prendre en compte tels que l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle ou encore les opinions politiques, les activités syndicales ou encore les convictions religieuses du salarié²¹⁴⁶. Dans le même sens, le juge administratif veille depuis longtemps à ce que

expressément qualifié le principe d'égalité de principe général du droit, lequel « régit le fonctionnement des services publics » (CE, 9 mars 1951, n° 92004).

²¹⁴¹ CE, 10 décembre 2004, *Syndicat national des infirmiers conseillers de santé*, n° 260508.

²¹⁴² J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) G. BORENFREUND et I. VACARIE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, pp. 9-38, spéc. p. 16.

²¹⁴³ Le Conseil d'État a ainsi admis que les fonctionnaires de La Poste et de France Télécom bénéficient de conditions de notation et d'avancement moins favorables que des fonctionnaires servant dans d'autres corps de la fonction publique (CE, 8 février 1999, *M. X... et a.*, n° 180058 et a., *T. Lebon*). Il admet également que le régime de rémunération puisse varier selon les corps de fonctionnaires (CE, 16 juin 1976, *Syndicat autonome des fonctionnaires des cours et tribunaux*, *Lebon*, p. 310), selon que les agents en cause sont titulaires ou contractuels (CE, 11 janvier 1980, *X.*, *T. Lebon*, p. 585).

²¹⁴⁴ Par exemple, s'agissant de remédier à un déséquilibre géographique : CE, 11 juillet 2001, *Syndicat départemental CFDT de la DDE du Gard*, n° 220062, *Lebon* : « Eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service, le gouvernement a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre agents d'un même corps, prévoir que le montant de "l'indemnité spécifique de service" – qui est distincte du traitement – varierait selon les départements et chercher ainsi à remédier par cette incitation financière aux déséquilibres constatés dans les demandes d'affectation et les vacances d'emplois. »

²¹⁴⁵ Dans le langage courant, la discrimination désigne avant tout la séparation, l'action de distinguer. Le terme a par la suite acquis une connotation péjorative. Il ne s'agit plus seulement de distinguer mais de défavoriser, de porter un jugement de valeur sur des différences. En cela, le langage courant assimile plus ou moins la discrimination à l'inégalité de traitement. Pour une étude des différents sens de l'égalité dans les langages courant, politique et juridique, voir J. PORTA, « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) G. BORENFREUND et I. VACARIE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, pp. 9-38.

²¹⁴⁶ Pour une application récente, sur l'interdiction faite à une salariée de porter le foulard islamique, voir Cass. 22 novembre 2017, n° 13-19.855, publié au *Bulletin*. On doit également faire mention de l'article 225-1 du Code pénal qui donne une liste plus restreinte de critères pénalement répréhensibles.

l'administration ne prenne pas en compte les opinions politiques²¹⁴⁷ ou les convictions religieuses²¹⁴⁸ des candidats à un poste, au stade de l'accès aux emplois publics²¹⁴⁹, ou des agents, dans le cadre des déroulements de carrière²¹⁵⁰.

572. L'égalité en droit européen. Le droit de l'Union européenne a reconnu une large place aux exigences d'égalité. La Cour de justice a ainsi reconnu l'existence d'un « *principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* »²¹⁵¹. Certes, le principe a d'abord joué un rôle économique, étant indispensable à la création d'un marché commun et d'une concurrence saine et effective, lesquels impliquent l'égalité dans la condition juridique de tous les acteurs. La dimension sociale du principe d'égalité a toutefois progressivement émergé de la jurisprudence de la Cour de justice et des Traités²¹⁵². L'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indique ainsi que « *toutes les personnes sont égales en droit* » et son article 21 prohibe « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

Par sa généralité, le principe d'égalité se distingue et dépasse les différentes interdictions de discrimination consacrées par les Traités et le droit dérivé, que ces interdictions portent sur un objet déterminé (par exemple : la libre circulation, les conditions de travail) ou sur un motif déterminé (par exemple : la nationalité, le sexe, l'âge). On se bornera à citer, pour illustration, la directive du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail²¹⁵³ ou encore l'arrêt *Küçükdeveci* par lequel la Cour de justice a affirmé que « *le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il*

²¹⁴⁷ CE, ass., 28 mai 1954, *Barel, Lebon*, p. 308.

²¹⁴⁸ CE, 25 juillet 1939, *D^{elle} Beis, Lebon*, p. 524 ; CE, 1^{er} avril 2009, *M. El Habbidoui*, n° 311888.

²¹⁴⁹ Le principe de non-discrimination se conjugue alors avec le principe de l'égal accès aux emplois publics, lequel impose que la sélection des candidats doive se faire au regard de « *leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* » en application de l'article 6 de la DDHC.

²¹⁵⁰ CE, avis, 30 mai 2000, *M^{elle} Marteaux*, n° 217017, *JORF*, n° 144 du 23 juin 2000.

²¹⁵¹ CJCE, 19 octobre 1977, *Rücksedel*, aff. C-117/76, *Rec.* 1753.

²¹⁵² Voir not. R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, 2003 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Études à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999.

²¹⁵³ Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *JOCE*, n° L 204, 26 juillet 2006, p. 23.

constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement »²¹⁵⁴. En partie parce qu'elle vise l'effectivité des principes du droit de l'Union tels que la liberté de circulation des travailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice s'inscrit plutôt dans un idéal d'égalité concrète²¹⁵⁵.

Enfin, la Convention européenne des droits de l'Homme ne connaît pas de principe d'égalité à vocation générale²¹⁵⁶. L'article 14 prévoit que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou tout autre situation* », de sorte que cet article n'a pas d'existence autonome. Son applicabilité exige d'une part, l'applicabilité de la Convention elle-même et d'autre part, la mise en jeu d'un droit ou d'une liberté que la Convention garantit²¹⁵⁷. Cette double limitation n'a toutefois pas empêché le développement d'une jurisprudence abondante en matière d'égalité, touchant notamment aux relations professionnelles²¹⁵⁸. À l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'Homme retient une approche concrète de l'égalité : elle estime que le droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention est violé à la fois « *lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues* » et « *lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »²¹⁵⁹.

²¹⁵⁴ CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, Rec. I-00365, point 50. Par l'arrêt *Mangold* du 30 juin 2005, la Cour avait déjà affirmé que « *le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire* » (CJCE, aff. C-144/04, point 75).

²¹⁵⁵ Voir not. M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, Éd. L'Épitoque-Lextenso, coll. L'unité du droit, vol. 5, 2016.

²¹⁵⁶ Le protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit en son article 1^{er} une « *interdiction générale de la discrimination* », mais il n'a pour le moment été ni signé, ni ratifié par la France.

²¹⁵⁷ CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c/ Autriche*, n° 8695/79 série A, n° 126, p. 17, § 36 : « [...] *L'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour "la jouissance des droits et libertés" qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses.* »

²¹⁵⁸ Voir not. CEDH, 6 avril 2000, *Grèce c/ Thlimmenos*, n° 34369/97, Rec. 2000-IV ; CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, n° 17371/90, Rec. 1996-V.

²¹⁵⁹ CEDH, 6 avril 2000, *Grèce c/ Thlimmenos*, n° 34369/97, Rec., 2000-IV, § 44.

573. Bilan. L'exigence d'égalité en droit interne comme en droit européen dépasse la simple revendication d'une « égalité des droits ». Elle tend à reconnaître au principe une portée concrète, notamment en matière de relations professionnelles, ce qui invite à s'interroger sur la pertinence de la distinction opérée par la loi entre les agents publics et les salariés.

SECTION 2. LA NEUTRALISATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ ENTRE LES AGENTS PUBLICS ET LES SALARIÉS HORS DU CADRE DE L'ENTREPRISE

574. La coexistence au sein de la population active de plusieurs cultures voisines, marquées par une ignorance mutuelle²¹⁶⁰, est souvent source d'incompréhensions²¹⁶¹. En mettant de côté la question – non dénuée d'intérêt – du travail indépendant²¹⁶², la distinction entre secteur privé et secteur public illustre l'existence d'un fossé au sein de la population. En ce qu'il se distingue du droit du travail, le droit de la fonction publique peut en lui-même apparaître facteur d'inégalités entre les travailleurs subordonnés, selon qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé. N'a-t-on pas écrit que « *le fonctionnaire suscite depuis longtemps l'envie et le mépris* »²¹⁶³ ? Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les catégorisations juridiques établies par le législateur aient fait l'objet de diverses contestations sur le fondement de l'égalité. Toutefois, l'approche formelle retenue par le Conseil constitutionnel en la matière ne permet pas de questionner efficacement les choix qui guident le législateur lorsqu'il soumet les travailleurs – particulièrement les agents publics et salariés – à des règles

²¹⁶⁰ En témoigne à cet égard la distinction académique qui prévaut à l'Université entre le droit public et le droit privé et plus particulièrement entre droit de la fonction publique et droit du travail. Sur ce point, voir l'étude du Professeur GARBAR sur l'opportunité d'un enseignement commun englobant à la fois le droit de la fonction publique, le droit du travail et le droit des relations de travail au sein des entreprises à statut (« Pour un cours unique de droit des relations de travail ? » in *13 paradoxes en droit du travail*, (dir.) Ph. WAQUET, coll. Axe droit, 2012, pp. 459-461).

²¹⁶¹ Pour reprendre la formule utilisée en matière de rémunération par le Professeur AUBERT-MONPEYSSAN (« Principe "à travail égal, salaire égal" – Quelques éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *JCP E*, n° 30, 26 juillet 2007, p. 1960).

²¹⁶² La question des relations entre le travail indépendant et le travail subordonné est généralement abordée sous l'angle du critère jurisprudentiel de séparation et non au prisme de l'égalité. On le sait, par l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931, la Cour de cassation a rejeté le critère du lien de dépendance économique au profit du lien de subordination juridique comme critère de reconnaissance du contrat de travail. Pour autant, cela ne résout pas toute difficulté à saisir les frontières établies entre travail non salarié et travail salarié : voir not. P. CHAUMETTE, « Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant ? », in *Le travail en perspectives*, (dir.) A. SUPIOT, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, pp. 79-100 ainsi que le Rapport *Au-delà de l'emploi*, (dir.) A. SUPIOT, Flammarion, nouvelle éd. 2016, spéc. pp. 23 et s.

²¹⁶³ E. PISIER et P. BOURETZ, *Le paradoxe du fonctionnaire*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1988, p. 11.

différentes (§ 1). Il résulte pourtant de ces choix des différences de traitement qui peuvent paraître injustifiées : ainsi en va-t-il en matière d'indemnisation chômage (§ 2).

§ 1. Les catégories juridiques de travailleurs aux prises avec l'égalité

575. La législation du travail est traversée de catégories multiples, dont l'opposition public/privé n'est qu'une illustration parmi d'autres (A). Elle résulte avant tout des choix du législateur, selon des considérations d'opportunité, et dont le juge constitutionnel refuse de questionner la pertinence au regard du principe d'égalité (B).

A) Une égalité catégorielle des travailleurs consacrée par le législateur

576. La catégorisation du travailleur. Le droit français des relations de travail constitue un droit segmenté, traversé de catégories multiples : travailleurs indépendants, travailleurs salariés, agents publics titulaires, agents publics non titulaires, travailleurs détenus, travailleurs handicapés etc.²¹⁶⁴ La loi classe et accorde des statuts particuliers aux travailleurs selon des caractéristiques propres au mode d'exercice de l'activité, dont une partie pour ce qui est du salariat est en outre renvoyée à la négociation collective d'entreprise ou de branche.

577. L'influence des catégories sur l'identité professionnelle du travailleur. Ces catégories juridiques ne sont pas dépourvues de conséquences sur les individus, dont l'une d'entre elles se manifeste par ce que le Professeur SUPIOT a appelé « *l'incidence affective* »²¹⁶⁵. En effet, la définition de l'état professionnel est lourde de signification sociale : elle façonne à la fois la manière dont l'individu se voit lui-même et celle dont les autres le voient. À ce titre, la profession fait partie intégrante de l'identité des personnes²¹⁶⁶. Au sein de l'entreprise, cette identité peut en premier lieu procéder de l'opposition juridique employeur/salarié ; la condition résultant de l'état de subordination juridique pouvant avoir pour effet d'unir la collectivité de salariés face à leur employeur commun. Au-delà du périmètre de l'entreprise, les catégories juridiques engendrent un effet traditionnellement – ou péjorativement – appelé l'« esprit de corps ». Il s'agit là du résultat d'un « *sentiment irrationnel de fraternité* » que

²¹⁶⁴ Sur la question de la fonction de « droit commun » du Code du travail, en ce qu'il exclut nombre de travailleurs, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²¹⁶⁵ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2011, p. 82.

²¹⁶⁶ Sur ce point, voir A. SUPIOT, « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges SAVATIER, 1992, pp. 409-426.

même les catégories juridiques les plus rationnelles entraînent²¹⁶⁷. Il ne concerne pas seulement les fonctionnaires – bien que le régime qui leur est applicable dépende explicitement de leur appartenance à un corps donné. Il s’attache en réalité à tout travailleur, notamment en fonction des conditions de travail qu’il partage avec d’autres. Ce sont ces caractéristiques communes qui, selon le Professeur GAUDU, permettent la fraternité entre les travailleurs, au-delà des frontières de l’entreprise : « *Il semble que la fraternité naisse de la confrontation de groupes d’hommes qualifiés relativement stables à des circonstances particulières, durables ou du moins courantes : confrontation au danger – mer, mine, rail – ; confrontation à la précarité, qui naît d’une demande de travail éternellement fluctuante, à l’intermittence.* »²¹⁶⁸ On peut alors considérer que la question de l’opposition public/privé intervient dès ce stade, indépendamment de la question de savoir si le travail s’effectue dans le cadre d’un service public ou non²¹⁶⁹. En ce sens, la *summa divisio* public/privé, de par les différences de droits et de garanties qu’elle entraîne au profit du travailleur, fait partie intégrante de l’identité professionnelle de celui-ci.

578. La place de l’égalité dans la catégorisation des travailleurs. Si l’on considère que la catégorisation des travailleurs consiste avant tout à « *distribuer les droits en les corrélant à la pratique de l’activité professionnelle* », alors le droit des catégories professionnelles « *n’organiserait pas des inégalités juridiques, mais un traitement adapté à chaque situation professionnelle* »²¹⁷⁰. D’ailleurs, selon le dictionnaire juridique CORNU, la catégorie s’entend d’un groupe distinctif d’éléments présentant des caractères semblables au sein d’un ensemble, d’une classification²¹⁷¹. Cela revient tout simplement à traiter différemment des travailleurs qui sont placés dans des situations différentes.

Toute exigence d’égalité ne peut toutefois être ignorée. Dans un premier temps, les choix de catégorisations doivent apparaître justifiés au regard des particularismes qui sont ainsi reconnus. Dans un second temps, les distinctions admises doivent apparaître pertinentes et adéquates au regard des conséquences juridiques qui en découlent. Dans cette perspective, certains auteurs distinguent entre d’une part, « *l’égalité offensive* » et, d’autre part, « *l’égalité*

²¹⁶⁷ A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2^{ème} éd., 2011, p. 82.

²¹⁶⁸ F. GAUDU, « La fraternité dans l’entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 134.

²¹⁶⁹ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 3.

²¹⁷⁰ Étude IRES, *Différences catégorielles et égalité de traitement – Les enseignements d’une comparaison européenne*, (dir.) DOCKÈS, décembre 2015, spéc. p. 83. Le rapport met en discussion la pertinence des classifications retenues dans le monde salarié.

²¹⁷¹ Vocabulaire juridique G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF coll. Quadrige, V^o *Catégorie*.

défensive »²¹⁷². La première mobilise le principe d'égalité devant la loi de manière à remettre en cause les distinctions entre les catégories professionnelles : il s'agit là d'un outil tendant à l'unification des statuts²¹⁷³. La seconde utilise le principe d'égalité dans un sens alternatif, celui de l'égalité de traitement, qui ouvre la voie à la reconnaissance des différences de traitement légitimes : il s'agit là au contraire de reconnaître et de protéger les particularismes propres aux différents rapports de travail²¹⁷⁴. C'est dans cette deuxième optique que le droit français des relations professionnelles semble tout entier orienté, ainsi qu'en témoigne la récente loi du 8 août 2016 ayant créé une instance de dialogue propre aux salariés et employeurs des réseaux de franchise²¹⁷⁵. Toute action en justice au soutien d'une « égalité offensive », dans le but d'harmoniser la condition juridique des agents publics et salariés, semble par ailleurs vouée à l'échec.

B) Une égalité catégorielle des travailleurs consacrée par le juge constitutionnel

579. Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle. L'application du principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle est relative et catégorielle : il ne vaut que « *toutes choses égales par ailleurs* », c'est-à-dire seulement à l'intérieur de catégories composées de sujets de droit essentiellement comparables²¹⁷⁶. Aussi le Conseil constitutionnel rappelle-t-il constamment que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en*

²¹⁷² Étude IRES, *Différences catégorielles et égalité de traitement – Les enseignements d'une comparaison européenne*, (dir.) DOCKÈS, décembre 2015, spéc. p. 86 et s.

²¹⁷³ Ce fut le cas de l'Allemagne et de la Belgique s'agissant de la distinction entre employés et ouvriers.

²¹⁷⁴ C'est le cas principalement des pays latins, dont la France.

²¹⁷⁵ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016. Ces dispositions ont été contestées notamment sur le fondement du principe d'égalité. Saisi de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a rejeté le grief tenant à la méconnaissance du principe d'égalité aux motifs qu'« *en imposant aux seuls réseaux d'exploitants liés par un contrat de franchise la mise en place d'une instance de dialogue regroupant les salariés de ces différents exploitants, à l'exclusion des autres formes juridiques de réseaux commerciaux, le législateur a traité différemment des situations différentes. En effet, les caractéristiques des contrats de franchise conduisent à ce que l'encadrement des modalités d'organisation et de fonctionnement des entreprises franchisées puisse avoir un impact sur les conditions de travail de leurs salariés. Cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi tendant à prendre en compte, par la création d'une instance de dialogue social, l'existence d'une communauté d'intérêt des salariés des réseaux de franchise. Par suite, les dispositions de l'article 64 ne méconnaissent pas le principe d'égalité.* » (Conseil const., 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, n° 2016-736, DC, cons. 29).

²¹⁷⁶ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Economica-PUAM* 1997, spéc. p. 253.

résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²¹⁷⁷. Il résulte de cette formule standard que le Conseil constitutionnel contrôle la justification, mais également la proportionnalité de l'atteinte alléguée au principe d'égalité²¹⁷⁸. Et c'est dans ce cadre que le Conseil constitutionnel se refuse à reconnaître un principe d'égalité entre tous les travailleurs au profit d'une simple « égalité catégorielle »²¹⁷⁹.

580. Le principe constitutionnel d'égalité n'autorise pas la comparaison entre salariés et fonctionnaires. Le Conseil constitutionnel a estimé à plusieurs reprises que les fonctionnaires sont placés dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé, de sorte que le principe d'égalité ne trouve pas à s'appliquer²¹⁸⁰. Cette position de principe – discutable – doit être mise en perspective avec celle par laquelle le Conseil constitutionnel cantonne

²¹⁷⁷ Voir not. Conseil constit., 4 août 2016, *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, n° 2016-736, DC, cons. 28 ; Conseil constit., 31 juillet 2015, *M. Jismy R.*, n° 2015-477, QPC, cons. 3 ; Conseil constit., 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, n° 97-388, DC, cons. 27.

²¹⁷⁸ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, 1997, p. 191 : « En exigeant un rapport direct entre la différence de traitement et le but de la loi, celui-ci insiste encore davantage sur le nécessaire rapport de proportionnalité qui doit les unir. » On remarquera toutefois que le Conseil d'État emploie quant à lui une formule similaire mais qui fait apparaître explicitement la nature de son contrôle : « Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier. » (CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, *Lebon*, p. 142 ; CE, 18 décembre 2002, n° 233618, *Duvignères, Lebon*, p. 463 ; CE, 30 décembre 2015, n° 373400).

²¹⁷⁹ N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. p. 240.

²¹⁸⁰ Conseil constit., 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres [Réorientation professionnelle des fonctionnaires]*, n° 2011-134, QPC ; Conseil constit., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455, DC : « Considérant que les sénateurs requérants soutiennent que cette abrogation créerait, en méconnaissance du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, "une inégalité devant la retraite entre travailleurs du secteur public et salariés du régime général", du fait de la suppression de la "déductibilité du revenu imposable des versements effectués par les salariés en vue de se constituer une épargne retraite complémentaire" [...] Considérant, en premier lieu, que les salariés liés par un contrat de travail de droit privé, d'une part, et les agents des collectivités publiques, d'autre part, relèvent de régimes juridiques différents au regard de la législation sur les retraites » (cons. 34-38). Voir égal. s'agissant d'une comparaison entre fonctionnaire et travailleurs salariés, non-salariés et non-salariés agricoles : Conseil constit., 6 février 2014, *Époux M.*, n° 2013-365, QPC : « Considérant que les fonctionnaires en congé de maladie sont dans une situation différente de celle des personnes qui perçoivent des indemnités journalières versées par les organismes de sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole ou pour leur compte » (cons. 8). Voir égal. s'agissant d'une comparaison entre les maîtres contractuels des établissements privés d'enseignement liés par contrat à l'État et les salariés de ces établissements : Conseil constit., 14 juin 2013, *M. Philippe W.*, n° 2013-322 QPC : « Considérant que les maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat ne sont pas dans une situation identique à celle des autres personnels privés employés par ces établissements au regard de leur relation avec l'État et l'accomplissement de la mission de service public de l'enseignement ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté » (cons. 16).

l'application du principe d'égalité aux agents fonctionnaires d'un même corps²¹⁸¹, à l'instar de la juridiction administrative²¹⁸².

Ainsi, par une décision QPC du 17 juin 2011²¹⁸³, le Conseil constitutionnel a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité entre salariés et fonctionnaires en matière de statut protecteur des représentants du personnel²¹⁸⁴. La contestation portait sur les dispositions de la loi du 3 août 2009²¹⁸⁵ qui instituait, pour les fonctionnaires de l'État, une nouvelle modalité de la position d'activité : la situation de « réorientation professionnelle »²¹⁸⁶.

Il s'agissait de la situation dans laquelle pouvait être placé un fonctionnaire lorsque la restructuration d'une administration de l'État ou de l'un de ses établissements publics administratifs était susceptible d'entraîner la suppression de son emploi²¹⁸⁷. La position de réorientation permettait au fonctionnaire de bénéficier prioritairement d'actions de formation

²¹⁸¹ Conseil constit., 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres* [Réorientation professionnelle des fonctionnaires], n° 2011-134, QPC, cons. 21 ; Conseil constit., 6 août 2010, *M. Jean C. et autres* [Loi Université], n° 2010-20/21, QPC, cons. 20 ; Conseil constit., 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179, DC, cons. 13 ; Conseil constit., 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, n° 76-67, DC, cons. 2.

²¹⁸² Voir not. CE, 21 mai 2008, n° 293567 ; CE, ass., 28 juin 2002, n° 223212, *Lebon* ; CE, 8 février 1999, n° 180058 et a., *T. Lebon*. Le Conseil d'État réserve les modalités de mise en œuvre du principe d'égalité (i.e. la formule classique selon laquelle « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit ») aux seuls cas dans lesquels « l'édition de normes régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois » (CE, 9 février 2005, n° 229547, *Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police, Lebon*). Dans le même sens, le Conseil d'État refuse d'appliquer le principe d'égalité entre agents titulaires et agents non titulaires au motif que « les agents titulaires ne se trouvent pas dans la même situation que les agents non titulaires » (CE, 29 octobre 2007, n° 294491). Pour une appréciation critique de la position du juge administratif, voir A. ZARCA, « L'égalité et les corps : variations en clair-obscur », *AJFP*, 2017, p. 224 et, du même auteur, « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *AJFP*, 2005, p. 10.

²¹⁸³ Conseil constit., 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres* [Réorientation professionnelle des fonctionnaires], n° 2011-134, QPC.

²¹⁸⁴ En droit privé du travail, le licenciement, la modification du contrat et le transfert du contrat de travail dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise d'un salarié représentant du personnel doit préalablement faire l'objet d'une autorisation administrative. Pour cela, il incombe à l'inspecteur du travail de s'assurer que la rupture du contrat n'est pas une mesure discriminatoire, liée aux fonctions de représentation du salarié.

²¹⁸⁵ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* n° 0180 du 6 août 2009.

²¹⁸⁶ Le dispositif a été supprimé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

²¹⁸⁷ Dans le cadre du modèle français de « fonction publique de carrière » – par opposition au modèle anglo-saxon de la « fonction publique d'emploi », la suppression de l'« emploi » est en quelque sorte l'équivalent, en droit privé du travail, de la suppression du poste de travail occupé par le salarié, lequel ne signifie pas nécessairement la perte de l'emploi.

ou de professionnalisation pour intégrer un autre emploi, à l'intérieur de la fonction publique comme à l'extérieur. Étaient plus particulièrement contestées les dispositions légales qui prévoyaient la fin de la période de réorientation lorsque le fonctionnaire avait refusé « *successivement trois offres d'emploi public fermes et précises correspondant à son grade et à son projet personnalisé d'évolution professionnelle, et tenant compte de sa situation de famille et de son lieu de résidence habituel* ». Dans ce cas, le fonctionnaire pouvait être placé en disponibilité d'office²¹⁸⁸, être « licencié » après avis de la commission paritaire, ou encore être admis à la retraite.

Les requérants soutenaient notamment que ces dispositions méconnaissaient le principe d'égalité devant la loi et les emplois publics dès lors qu'elles instituaient des différences de traitement entre les fonctionnaires et les salariés du secteur privé, s'agissant des protections dont bénéficient les représentants du personnel²¹⁸⁹. Après avoir rappelé la formule habituelle selon laquelle le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit²¹⁹⁰, le Conseil constitutionnel s'est borné à affirmer que « *les fonctionnaires sont dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé* ». Il en a déduit, par suite, qu'« *en ne prévoyant pas, pour les fonctionnaires investis de fonctions représentatives, les garanties qui existent pour les salariés investis de telles fonctions dans le secteur privé, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité devant la loi* »²¹⁹¹.

581. Une motivation discutable. Alors que les modalités du contrôle juridictionnel du principe constitutionnel d'égalité sont depuis longtemps « balisées »²¹⁹², la motivation de cette décision laisse perplexe. En effet, le Conseil n'a pas appliqué le raisonnement habituel qu'il a lui-même établi²¹⁹³. Il s'est abstenu de vérifier que la différence de traitement contestée était en rapport direct avec l'objet de la loi, alors même qu'il s'agit là d'une étape primordiale pour conclure au respect du principe d'égalité puisqu'elle permet au juge constitutionnel de se

²¹⁸⁸ Selon l'article 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'État, la disponibilité « *est la position du fonctionnaire qui, placé hors de son administration ou service d'origine, cesse de bénéficier, dans cette position, de ses droits à l'avancement et à la retraite* ».

²¹⁸⁹ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 8.

²¹⁹⁰ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 20.

²¹⁹¹ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 21.

²¹⁹² F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, p. 952.

²¹⁹³ Voir égal. B. BAUDUIN, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse dactyl., Université Paris 1, 29 mars 2017, spéc. p. 549, n° 775.

livrer « à une confrontation entre les motifs (l'existence d'une différence de situation) et l'objet, ou si on veut être plus précis, l'intention du législateur »²¹⁹⁴. Or, à en croire l'exposé des motifs de la loi du 3 août 2009, celle-ci visait à placer « la gestion des ressources humaines au cœur de la réforme de la fonction publique » ainsi qu'à mettre l'accent sur « le développement des mobilités ». À première vue donc, il n'est pas évident de déterminer le rapport direct qu'il y aurait entre l'objet de la loi et la différence de traitement établie entre fonctionnaires et salariés.

Des éléments d'explication doivent être recherchés dans les motifs de la décision relatifs à la violation alléguée par les requérants du principe de liberté syndicale et du principe de participation garantis à tous les travailleurs. Le Conseil a écarté ce grief après avoir suivi un raisonnement en quatre temps.

Premièrement, il a relevé que « les fonctionnaires bénéficient, dans leur ensemble, d'une protection statutaire [et] que celle-ci bénéficie, notamment, à ceux qui sont investis de fonctions représentatives ou syndicales »²¹⁹⁵.

Deuxièmement, il a relevé que les comités techniques, qui comprennent des représentants de l'employeur et des représentants du personnel, sont compétents pour connaître des questions d'ordre collectif relatives à la restructuration de l'administration ou de l'établissement public dans lequel ils sont institués²¹⁹⁶.

Troisièmement, il a précisé que la question de savoir si la mesure de placement en situation de réorientation professionnelle d'un fonctionnaire investi ou non de fonctions représentatives ou syndicales devait ou non, eu égard à sa portée, figurer au titre des questions d'ordre individuel pour lesquelles les commissions administratives paritaires doivent être consultées relevait de l'office du juge administratif²¹⁹⁷.

Quatrièmement, il a rappelé que les décisions administratives adoptées en application des dispositions contestées demeuraient placées sous le contrôle du juge administratif « à qui il appartiendra, le cas échéant, de s'assurer que les mesures de réorientation professionnelle qui pourraient toucher ces fonctionnaires ainsi que les mesures de mise en disponibilité ou les admissions à la retraite qui pourraient s'ensuivre ne sont pas prises en raison de leurs

²¹⁹⁴ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, p. 952.

²¹⁹⁵ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 15.

²¹⁹⁶ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 16.

²¹⁹⁷ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 17.

fonctions représentatives ou syndicales »²¹⁹⁸. Le Conseil constitutionnel en a déduit que le législateur n'avait pas méconnu les principes garantis aux alinéas 6 et 8 du Préambule.

Eu égard à l'affirmation selon laquelle « *les fonctionnaires sont dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé* », doit-on comprendre que, les fonctionnaires bénéficiant déjà d'un statut d'emploi très protecteur, il aurait été superflu d'accorder des garanties aux représentants du personnel placés en situation de réorientation professionnelle et potentiellement licenciés, mis en disponibilité d'office ou mis à la retraite ? Si tel est le cas, ce postulat est discutable.

En effet, dans le secteur privé, les représentants du personnel bénéficient d'un statut protecteur du fait de leur mandat qui impose à l'employeur de solliciter et d'obtenir une autorisation préalable de l'administration du travail avant toute décision de licenciement, de modification du contrat ou avant transfert du contrat dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise. Il incombe à l'inspecteur du travail, avant de délivrer cette autorisation, de s'assurer que la rupture du contrat n'est pas une mesure discriminatoire, liée aux fonctions de représentation du salarié.

À l'inverse, s'agissant des fonctionnaires, le Conseil constitutionnel se borne à renvoyer au juge administratif d'une part, la question de savoir si les commissions administratives seront compétentes pour donner un avis – lequel n'est que consultatif – sur les décisions individuelles de placement en situation de réorientation professionnelle qui seront prises par les employeurs publics²¹⁹⁹ et, d'autre part, le soin de vérifier a posteriori, après que la décision dommageable aura été prise à l'égard du fonctionnaire titulaire d'un mandat représentatif, si celle-ci était fondée ou non sur une discrimination liée à ses activités syndicales. Le fonctionnaire en question devra donc, contrairement au salarié, saisir le juge pour faire valoir ses droits. Dans ces conditions, on aurait pu envisager que le Conseil constitutionnel recherche si une telle différence de traitement entre représentants du personnel, selon qu'ils soient salariés ou fonctionnaires, était bien en rapport direct avec l'objet de la loi²²⁰⁰.

²¹⁹⁸ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 18.

²¹⁹⁹ La loi déferée limitait en effet l'obligation de consulter la Commission administrative paritaire au seul cas du licenciement, et non à celui de mise en disponibilité ou de la mise à la retraite.

²²⁰⁰ *Contra.* H. PAULIAT, « Le débat occulté sur la fonction publique de carrière », *JCP A*, 2011, n° 43, 2338 : « Sans insister davantage et de manière évidente, la Haute Instance rappelle que les fonctionnaires

Dans le même sens, les motifs par lesquels le Conseil constitutionnel a écarté le grief tenant à la rupture d'égalité entre fonctionnaires ne sont pas suffisamment explicites. Les requérants soutenaient en effet que les dispositions déférées instituaient des différences de traitement entre fonctionnaires, selon qu'ils sont ou non placés en situation de réorientation professionnelle, et entre fonctionnaires placés en situation de réorientation professionnelle²²⁰¹. Ici encore, le Conseil a considéré que de telles différences de traitement répondaient « à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier », sans s'interroger sur l'existence d'un rapport direct entre ces différences et l'objet de la loi²²⁰². Ici encore, on peut donc regretter que le juge constitutionnel ne soit pas allé au bout du raisonnement qu'il a lui-même construit en matière d'égalité.

Cette motivation apparaît d'autant plus expéditive si l'on se réfère à la décision du 4 février 2010²²⁰³. Dans cette espèce, le Conseil constitutionnel avait été saisi de la question de l'égalité entre fonctionnaires et salariés de droit privé lors de la transformation de l'entreprise publique La Poste en société anonyme en 2010, cette fois sous l'angle de l'égalité entre entreprises et non sous l'angle classique de l'égalité entre travailleurs. Les requérants considéraient qu'en omettant de soumettre La Poste aux dispositions du Code du travail relatives aux comités d'entreprise, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux, qui sont applicables aux personnels de toute société anonyme, le législateur avait introduit une rupture injustifiée d'égalité devant la loi.

Après avoir rappelé la formule habituelle selon laquelle le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, le Conseil constitutionnel a considéré que « *les personnels de La Poste sont composés de fonctionnaires*

sont dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé, les garanties qui existent pour chacun pouvant être de nature différente. »

²²⁰¹ Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 8.

²²⁰² Conseil constit., 17 juin 2011, précitée, cons. 23 : « *Considérant, en troisième lieu, que les dispositions contestées, qui permettent à l'administration de placer en situation de réorientation professionnelle un fonctionnaire dont l'emploi est susceptible d'être supprimé, peuvent aboutir à des distinctions entre agents appartenant à un même corps selon que leur administration connaît ou non une restructuration assortie de suppressions d'emplois ; que, toutefois, les différences de traitement qui peuvent en résulter répondent à une fin d'intérêt général qu'il appartenait au législateur d'apprécier et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution.* » En ce sens, H. PAULIAT, « Le débat occulté sur la fonction publique de carrière », *JCP A*, 2011, n° 43, 2338.

²²⁰³ Conseil constit., 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, n° 2010-601, DC.

et d'agents contractuels de droit public et de droit privé ; qu'en prévoyant un régime spécifique de représentation du personnel et de concertation au sein de cet établissement public, la loi du 2 juillet 1990 susvisée a entendu tenir compte de cette pluralité de régimes juridiques, que la transformation de La Poste en société anonyme ne fait pas disparaître » pour rejeter le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité²²⁰⁴.

En l'espèce, la motivation du Conseil constitutionnel se comprend aisément. La spécificité de la composition du personnel, mixte, exige la mise en place d'une représentation collective appropriée, qui garantisse le droit à être représenté de tout travailleur de l'entreprise, indépendamment de la nature du lien qui l'unit à son employeur. Il en résulte bien une différence de situation entre La Poste et les autres sociétés anonymes dont le personnel relève entièrement du droit du travail, de sorte que le grief tenant à la violation du principe d'égalité pouvait aisément être écarté.

Dès lors, en recourant aux formules expéditives selon lesquelles, d'une part, « *les fonctionnaires sont dans une situation différente de celle des salariés du secteur privé* » et, d'autre part, « *le principe d'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre les agents appartenant à un même corps* », le juge constitutionnel évite d'apprécier, dans chaque cas d'espèce qui lui est soumis, si l'appartenance à telle ou telle catégorie de travailleurs, ou si l'appartenance à tel corps de fonctionnaires, constitue un critère pertinent de différenciation au regard de l'objet du texte instaurant la différence de traitement. Il se satisfait d'une présomption selon laquelle chaque catégorie légale regrouperait des situations professionnelles comparables entre elles, ce dont il se déduirait *ipso facto* que les catégories ne seraient pas comparables entre elles²²⁰⁵.

À cet égard, l'automatisme du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel s'apparente presque au principe selon lequel il conviendrait de traiter différemment des personnes placées

²²⁰⁴ Conseil constit., 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, n° 2010-601, DC, cons. 12.

²²⁰⁵ Par le caractère lacunaire de sa motivation, la décision du 17 juin 2011 peut être rapprochée de celle rendue le 14 juin 2013 par le Conseil constitutionnel en matière de travail carcéral. Les requérants soutenaient qu'en excluant que les relations de travail des personnes incarcérées fassent l'objet d'un contrat de travail, sans organiser le cadre légal de ce travail, le législateur avait porté une atteinte manifeste au principe d'égalité. Pour écarter ce grief et déclarer conformes à la Constitution les dispositions légales en cause, le Conseil constitutionnel a énoncé lapidairement que « *celles-ci ne méconnaissent pas davantage le principe d'égalité ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit* » (Conseil constit., 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre* [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées], n° 2013-320/321, QPC, cons. 9).

dans des situations différentes, qu'il refuse pourtant de reconnaître²²⁰⁶. Le Conseil juge en effet que « *si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »²²⁰⁷.

582. L'absence de fondement constitutionnel à la distinction entre fonctionnaires et salariés. La solution dégagée par le Conseil constitutionnel invite à s'interroger sur l'existence d'un fondement constitutionnel à la différence de traitement entre fonctionnaires et salariés. Selon Nicolas FONT²²⁰⁸, la Constitution, elle-même, opère une distinction entre le droit du travail et le droit de la fonction publique du fait que son article 34 prévoit que la loi « *fixe les règles concernant [...] les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État* » tandis qu'elle « *détermine les principes fondamentaux [...] du droit du travail* ». L'auteur en déduit que cette « *distinction fondatrice du droit des relations de travail* » serait de nature à justifier que les agents publics et les salariés soient soumis à deux ensembles normatifs distincts qui formeraient une différence de situation autorisant le législateur à adopter des règles différentes, hormis le cas où une disposition constitutionnelle pose une règle générale (droit de grève, participation, liberté syndicale).

L'argument ne convainc pas, et ce pour deux raisons. En premier lieu, le seul usage de vocables différents²²⁰⁹ ne saurait à notre sens suffire à accorder au législateur un blanc-seing l'autorisant à n'importe quelle distinction. En second lieu, cette distinction ne saurait justifier l'ensemble des statuts existant en matière de fonction publique puisque l'article 34 se borne à viser les « *fonctionnaires civils et militaires de l'État* ». Si l'on suit la logique de l'auteur, tant l'existence des statuts des fonctions publiques hospitalière et territoriale que la situation des

²²⁰⁶ B. BAUDUIN, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse dactyl., Université Paris 1, 29 mars 2017, p. 551.

²²⁰⁷ Conseil constit., 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, n° 2003-489, DC, cons. 37. Dans le même sens, voir Conseil constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107, DC, cons. 4 : « *Si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à des situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes* ».

²²⁰⁸ N. FONT, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009 p. 239.

²²⁰⁹ Sur la distinction théorique entre la fixation des règles et la détermination des principes fondamentaux, voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 16^{ème} éd., 2014, p. 805 : « *Conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution, le législateur peut agir selon les domaines soit en profondeur et donc "fixer les règles", soit de manière plus superficielle, et donc se limiter à "déterminer les principes"*. Cette distinction ne figure toutefois plus dans la dernière édition de l'ouvrage (20^{ème} éd., 2017, précitée).

agents publics contractuels seraient alors contraires à la Constitution. En définitive, on pourrait très bien envisager que les différences de traitement instaurées entre les travailleurs par le législateur en application de l'article 34 soient passées au crible du principe d'égalité, même en dehors des cas où serait en jeu un droit ou une liberté constitutionnelle que la Constitution garantit.

583. *L'office du juge constitutionnel à l'épreuve du principe d'égalité.* Le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel procède ainsi d'une approche formelle – voire formaliste – de l'égalité, très respectueuse des catégorisations légales. Ainsi que l'a relevé un auteur²²¹⁰, le Conseil ne contrôle pas la pertinence de la classification légale en elle-même, alors même que celle-ci est à l'origine des distinctions en cause. Autrement dit, la différence de traitement entre fonctionnaires et salariés découle du statut qui leur est applicable, elle est la conséquence nécessaire de la loi. Dans ces conditions il est tautologique d'imposer le respect d'un principe que le législateur se pose à lui-même²²¹¹. L'objet du contrôle du Conseil constitutionnel consistant à faire prévaloir sur la loi le respect de principes constitutionnels supérieurs, rien ne l'obligeait à reprendre le *distinguo* ainsi posé par législateur²²¹².

Pour autant, en l'absence de base textuelle cohérente en la matière²²¹³, la réserve du Conseil doit être appréhendée au regard de la façon dont il perçoit son office. Le principe d'égalité, parce qu'il ne donne aucune indication sur ce qui est égal, relève des « *notions à contenu variable en droit* »²²¹⁴. Dans ces conditions, la légitimité du juge à intervenir sur le terrain de l'égalité, soit pour la garantir, soit pour participer à sa définition, demeure une question centrale²²¹⁵ autant qu'ancienne. En témoigne la controverse qui alimenta la doctrine au début du vingtième siècle sur la distinction entre, d'une part l'égalité *devant* la loi et, d'autre part,

²²¹⁰ M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, Éd. L'Épitoque-Lextenso, coll. L'Unité du droit, vol. 5, 2016, spéc. p. 133.

²²¹¹ M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, Éd. L'Épitoque-Lextenso, coll. L'Unité du droit, vol. 5, 2016, spéc. p. 133. L'auteur développe ici cet argument à propos de la différence entre les corps de fonctionnaires, mais, à notre sens, il vaut tout autant pour la distinction opérée par la loi entre les fonctionnaires et les salariés.

²²¹² M. SWEENEY (*L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, Éd. L'Épitoque-Lextenso, coll. L'Unité du droit, vol. 5, 2016, spéc. p. 133).

²²¹³ Cet argument a été développé à propos de la différence entre les corps de fonctionnaires, mais, à notre sens, il vaut tout autant pour la distinction opérée par la loi entre les fonctionnaires et les salariés. (A. ZARCA, « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *AJFP*, 2005, p. 10).

²²¹⁴ Ch. STARCK, « L'égalité en tant que mesure du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, (publ.) Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruylant, 1984, p. 184.

²²¹⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Cheminer par les méandres juridictionnels d'un principe », in (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, *Égalité et droit social*, IRJS, tome 51, 2014, pp. 13-36.

l'égalité dans la loi²²¹⁶. Pour les partisans de cette ligne, reconnaître un droit de contrôle des juges et y ajouter un principe général d'égalité aurait livré « *le pouvoir d'appréciation du législateur dans son ensemble à un droit correcteur illimité des juges* »²²¹⁷.

La réserve du Conseil constitutionnel en matière d'égalité s'explique donc par la volonté qu'il a d'assurer « *un juste équilibre entre le rôle du juge constitutionnel et la compétence du législateur* »²²¹⁸, au risque d'être taxé de « *cerbère de la production législative* »²²¹⁹. Il n'y a là rien de surprenant dans un État caractérisé par la séparation des pouvoirs et marqué par le primat du législatif, aux termes duquel la soumission du juge à la loi serait avant tout un gage de sécurité juridique et de liberté, chacun étant en mesure de prévoir avec certitude les conséquences de ses actes²²²⁰. Comme l'exposait le Professeur MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « *l'auto-limitation du juge représente la règle d'or du contentieux constitutionnel car elle est la condition première de sa légitimité et de son acceptation dans le cadre d'une société reposant sur le principe démocratique* »²²²¹.

De fait, il est certain qu'une interprétation stricte du principe d'égalité par le juge constitutionnel serait de nature à remettre en cause pratiquement tous les choix effectués par

²²¹⁶ Cette distinction, devenue classique par la suite, a été initiée par KELSEN dans sa *Théorie pure du droit* (trad. fr., 2^{ème} éd., 1962, p. 190) : L'égalité devant la loi – en amont de l'acte – signifie « *simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elles-mêmes, ce qui revient à affirmer tout simplement le principe de la régularité de l'application du droit en général, principe qui est immanent à tout ordre juridique* ». L'égalité dans la loi s'adresse quant à elle au législateur. Elle vise le contenu de la loi et lui interdit « *de fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune* ». En dehors de ces critères, il n'interdit pas de fonder des différences de traitement en fonction de considérations d'opportunité qui relèvent de la volonté générale dont la loi est la traduction. Pour une critique de cette distinction, voir O. JOUANJAN, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, V^o Égalité, pp. 585 et s. En droit interne, cette distinction est en outre contredite par l'article 1^{er} de la Constitution lequel dispose que « *La France [...] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.* »

²²¹⁷ Voir la synthèse opérée par O. JOUANJAN, *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, V^o Égalité, pp. 585 et s.

²²¹⁸ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « *Approches de l'égalité : le Conseil constitutionnel* » in (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU, *Égalité et droit social*, IRJS, tome 51, pp. 37-52, spéc. p. 40.

²²¹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ?* », in *Frontières du droit, critique des droits – Billets d'humeur en l'honneur de Danièle LOCHAK*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2007, pp. 251-254.

²²²⁰ Pour une étude historique, Ph. RAYNAUD, « *La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution française* », in *Archives de philosophie du droit, La jurisprudence*, tome 30, pp. 61-72, spéc. p. 11.

²²²¹ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ?* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2010, n^o 29.

le Parlement puisque « *l'activité législative qui comporte nécessairement l'établissement de différenciations de traitement selon les catégories est, par essence, discriminatoire* »²²²².

En ce sens, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier l'opportunité des choix législatifs, c'est-à-dire de rechercher s'il n'existait pas d'autres moyens pour atteindre l'objectif visé²²²³. C'est pourquoi le juge constitutionnel a toujours refusé de contrôler un « *détournement du pouvoir législatif* », estimant qu'un tel moyen porte en réalité sur l'opportunité de la loi²²²⁴. Au cas présent, en l'absence d'indication du Constituant, il ne lui appartient pas de rechercher si la création d'un statut de fonctionnaire, différant de celui de salarié, est un moyen adapté ou proportionné à l'objectif visant à garantir le bon fonctionnement et la continuité du service public.

Le Conseil constitutionnel applique d'ailleurs cette retenue à l'ensemble des décisions rendues sur le fondement de l'égalité, que ce soit en matière sociale²²²⁵ ou même s'agissant de sujets politiquement sensibles²²²⁶. Ainsi que le soulignait un auteur, « *le principe d'égalité constitue le foyer de la tension entre le législateur et le juge, entre la politique et le Droit, et, par conséquent, son application est celle qui suscite le plus fréquemment les accusations d'activisme judiciaire ou d'abdication du juge face à l'arbitraire du législateur* »²²²⁷. En ce

²²²² F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Cahiers du Conseil constitutionnel, octobre 2010, n° 29 : « *En ce sens, on peut considérer que la mise en œuvre du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel recèle en germe une potentialité d'anéantissement de la quasi-totalité des textes législatifs.* »

²²²³ Voir à propos du « contrat première embauche » : Conseil constit., 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n° 2006-535, DC, cons. 20 : « *Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie.* »

²²²⁴ Conseil constit., 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179, DC : « *Considérant, en outre, que les députés auteurs de l'une des saisines font valoir que le caractère pernicieux des effets de la loi serait révélateur des intentions du législateur, selon eux, contraires à la Constitution ; que cette critique qui porte en réalité sur l'opportunité de la loi ne saurait être retenue.* » (cons. 14).

²²²⁵ A. JEAMMAUD, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA*, 1991, p. 612 : « *Ainsi se confirme la prudence d'une institution soucieuse de respecter l'espace des politiques et de veiller à la sauvegarde du système juridique républicain sans encourir le reproche, toujours prompt à fuser, d'instaurer un "gouvernement des juges"* ».

²²²⁶ Pour avoir souligné « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* », le Conseil constitutionnel a également été accusé d'« abdiquer » sa compétence lors de l'examen de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe sur le fondement du principe d'égalité (Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. 22). Pour une explication juridique des enjeux, voir F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, p. 952.

²²²⁷ F. RUBIO LLORENTE, « La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional », *Revista española de derecho constitucional*, n° 31, 1991, p. 35, cité et traduit par F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le

sens, un auteur a mis en évidence le développement d'une « certaine méfiance » à l'égard du législateur, la doctrine actuelle étant finalement assez prompte à délester le législateur de ses compétences, soit en confiant l'écriture de la norme aux partenaires sociaux, soit en appelant le Conseil constitutionnel à un contrôle d'une intensité telle qu'il aboutirait presque à une réécriture de la loi²²²⁸. Aussi convient-il de rechercher si les normes européennes pourraient permettre de dépasser la catégorisation opérée par le législateur entre les différents travailleurs, et spécialement entre les agents publics et les salariés.

584. Le droit européen, facteur de dépassement des catégories légales ? Écartons d'emblée le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, comme exposé précédemment²²²⁹, le principe d'égalité ne peut s'appliquer que si l'exercice d'un droit garanti prévu par la Convention est en cause. Or, en elle-même, la différence de statut entre les fonctionnaires et les salariés ne contredit pas l'un de ces droits.

Cette question pourrait toutefois être discutée sur le terrain du droit de l'Union européenne, la Cour de justice ayant retenu une conception de l'égalité plus exigeante que les autorités nationales. En effet, celle-ci considère que « le principe général d'égalité [...] veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différence ne soit objectivement justifiée »²²³⁰. Elle retient une même approche de la discrimination, laquelle « consiste à traiter de manière différente des situations qui sont identiques »²²³¹.

principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2010, n° 29. À rapprocher de Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, n° 2, pp. 295-353. L'auteur affirmait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel (en 1982) aboutissait « à ériger le Conseil en juge suprême de ce que doit être l'égalité matérielle (concrète) entre les sujets de droit à l'intérieur de l'ordre juridique français. Ceci découle de façon indéniable du fait même qu'il se reconnaît le pouvoir de vérifier (en cas de saisine) si les distinctions opérées dans la loi par le Parlement, sont conformes au principe du traitement semblable des situations semblables, et que, sauf exception [...] il décide lui-même de ce que peut être le critère de similitude. Ainsi les "classes d'équivalence" posées par la loi, et qui expriment des choix politiques sur les modalités de l'égalité qui doit exister dans la société, ne sont plus élaborées souverainement par l'organe législatif, élu du suffrage universel, mais peuvent dépendre en dernière instance, de la conception que s'en fait le juge constitutionnel. » (spéc. pp. 320-322).

²²²⁸ B. BAUDUIN, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse dactyl., Université Paris 1, 29 mars 2017, spéc. p. 97, n° 137.

²²²⁹ Voir *supra*, n° 572.

²²³⁰ CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu SA c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-309/89, *Rec.*, I-01853, point 26 ; CJCE, 8 octobre 1980, *Peter Überschar c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, aff. 810/79, *Rec.*, 02747, point 16. Pour une application du principe par la Cour à elle-même : CJCE, 16 octobre 1980, *René Hochstrass c/ Cour de justice des Communautés européennes*, aff. 147/79, *Rec.*, 03005, point 7. La Cour européenne des droits de l'Homme retient une approche identique du principe (CEDH, 6 avril 2000, *Thlimennos c/ Grèce*, n° 34369/97, point 44).

²²³¹ CJCE, 23 février 1983, *Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, point 18. Dans le même sens, CJCE, 20 septembre 1988, *Royaume d'Espagne c/ Conseil des Communautés Européennes*, aff. 203/86, *Rec.*, 4563, ou encore, à

Dans ces conditions, l'égalité concrète privilégiée par la Cour de justice pourrait-elle entraîner une remise en cause, un dépassement des catégories légales internes en matière professionnelle au profit d'un principe général d'égalité des travailleurs ? La réponse nous semble négative.

En effet, en application du principe de subsidiarité, les droits nationaux relatifs à la fonction publique nous semblent devoir échapper à la compétence de l'Union européenne, sous réserve que ces règles nationales ne fassent pas obstacle aux règles de concurrence, aux règles de libre circulation, ni aux règles encore établies dans d'autres domaines relevant de sa compétence²²³². Or, si la Cour de justice de l'Union européenne interdit que des règles distinctes puissent régir les situations des fonctionnaires et des salariés là où les directives d'harmonisation ne distinguent pas entre ces catégories de travailleurs²²³³, en revanche elle ne reconnaît pas l'existence générale d'un principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La catégorie professionnelle n'est pas non plus un critère de discrimination stigmatisé par les textes européens, qu'il s'agisse de la directive 2000/78²²³⁴ portant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Enfin, si le principe d'égalité en droit européen exige de réserver aux situations comparables un traitement identique, il exige également, de façon symétrique, que des règles distinctes soient appliquées aux personnes qui se trouvent dans des situations différentes²²³⁵. Une remise en cause de la distinction établie entre les salariés et les agents publics nécessiterait alors de démontrer concrètement l'existence d'un cadre de travail absolument identique, ce qui paraît problématique précisément du fait du statut juridique distinct. Pour l'ensemble de ces raisons, une contestation de la *summa divisio* public/privé au sein des relations professionnelles ne nous semble pas de nature à prospérer au niveau européen. Cela ne signifie pas pour autant

la suite d'un raisonnement différent mais aboutissant au même résultat, CJCE, 17 juillet 1963, *République italienne c/ Commission de la Communauté économique européenne*, aff. 13-63, *Rec.*, 00337, point 4).

²²³² En application de l'article 5.2 du TFUE, la compétence de l'Union européenne en matière d'emploi se borne à édicter des mesures visant à garantir que les États membres « coordonnent » leurs politiques.

²²³³ CJUE, 16 septembre 2010, *Zoi Chatzi c/ Ypourgos Oikonomikon*, aff. C-149/10, point 29. Dans le même sens, s'agissant des dirigeants d'entreprise : CJUE, 13 février 2014, *Commission c/ Italie*, aff. C-596/12, points 16-18.

²²³⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil portant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2 décembre 2000.

²²³⁵ Voir A. ILIOPOULOU, « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Presses universitaires François Rabelais, 2007, pp. 243-261.

que les différences de traitement entre ces travailleurs qu'impose le législateur soient toujours acceptables.

§ 2. Des différences de traitement injustifiées entre salariés et agents publics contractuels : l'exemple de l'indemnisation chômage

585. Le particularisme des règles applicables aux employeurs publics. L'article L. 5424-1 du Code du travail pose le principe selon lequel les agents du secteur public bénéficient de l'indemnisation du chômage dans les mêmes conditions que les salariés du secteur privé. Toutefois, si le montant de l'allocation de retour à l'emploi est effectivement calculé selon des règles identiques, quel que soit le secteur concerné²²³⁶, l'indemnisation de l'agent public contractuel involontairement privé d'emploi dépend en réalité de la nature juridique de son employeur.

En substance, les employeurs publics ont traditionnellement le choix entre trois modes de gestion de l'inactivité de leurs anciens agents non titulaires²²³⁷. D'une part, selon le principe de l'ouvrage ils peuvent assurer eux-mêmes la charge financière et la gestion du chômage²²³⁸. D'autre part, ils peuvent, par convention, confier la gestion de l'allocation chômage à Pôle emploi agissant pour le compte de l'UNEDIC tout en conservant la charge de l'indemnisation. Enfin, ils peuvent également adhérer à l'UNEDIC et en conséquence déléguer à la fois la charge financière et la gestion de l'allocation chômage²²³⁹. Cette adhésion peut être révocable ou irrévocable en fonction de la nature juridique de la personne publique²²⁴⁰. Seuls les agents publics non titulaires sont expressément visés par ces deux dernières options.

²²³⁶ Dès 1989, le juge administratif a jugé que les conventions UNEDIC s'appliquaient aux agents des collectivités territoriales involontairement privés d'emploi (CE, 26 juin 1989, *Duprez-Wacrenier*, n° 76711, *Lebon*, p. 153).

²²³⁷ Articles L. 5424-1 et L. 5424-2 du Code du travail.

²²³⁸ Les employeurs publics en auto-assurance peuvent adhérer à l'Assurance chômage uniquement pour leur personnel en contrat d'apprentissage, dans le cadre d'un régime particulier (voir l'accord du 14 mai 2014 relatif au régime d'assurance chômage applicable aux apprentis du secteur public).

²²³⁹ C'est le choix fait de longue date par les entreprises publiques et les établissements publics industriels et commerciaux de l'État.

²²⁴⁰ En substance, l'adhésion au régime d'assurance chômage est révocable pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs, les groupements d'intérêt économique, les établissements publics d'enseignement supérieur et les établissements publics à caractère scientifique et technologique. L'adhésion est irrévocable pour les entreprises inscrites au répertoire national des entreprises contrôlées majoritairement par l'État, les établissements publics à caractère industriel et commercial des collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte détenues majoritairement par une collectivité territoriale, les chambres de métiers, les services à caractère industriel et commercial gérés par les chambres de commerce et d'industrie territoriales, les chambres d'agriculture et leurs

Les « *litiges résultant de l'adhésion au régime d'assurance* », ce qui inclut les employeurs publics ayant fait le choix de mutualiser le risque de destruction d'emploi, relèvent du contentieux général de la sécurité sociale – et donc de l'office du juge judiciaire²²⁴¹. À l'inverse, le juge administratif demeure seul compétent lorsque l'employeur public n'a pas adhéré à ce régime, que celui-ci assure lui-même la charge et la gestion de l'allocation d'assurance ou lorsqu'il s'est contenté d'en transférer la gestion²²⁴².

586. Ces employeurs publics sont aussi nombreux que diversifiés : collectivités territoriales, établissements publics administratifs autres que l'État, chambres de métiers, services à caractère industriel et commercial gérés par les chambres de commerce et d'industrie territoriales, chambres d'agriculture ainsi que leurs établissements et services d'utilité agricole, établissements publics d'enseignement supérieur, établissements publics à caractère scientifique et technologique, entreprises inscrites au répertoire national des entreprises contrôlées majoritairement par l'État, établissements publics à caractère industriel et commercial des collectivités territoriales, sociétés d'économie mixte dans lesquelles ces collectivités ont une participation majoritaire, ou encore entreprises de la branche professionnelle des industries électriques et gazières²²⁴³. Cette diversité est assez paradoxale si l'on se souvient que la fusion en 2008 de l'ANPE et des ASSEDICS au sein d'un opérateur unique pour l'accueil, le placement, le service des prestations d'indemnisation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi, Pôle emploi²²⁴⁴, était mue par un objectif de simplification et d'efficacité du service public de l'emploi.

587. On peut alors s'interroger sur les raisons du maintien d'un mécanisme d'adhésion à option au bénéfice des employeurs publics. En réalité, celui-ci est fondé sur une conception ancienne de l'emploi public qui veut que les personnes publiques ne participant que de manière résiduelle aux destructions d'emploi, doivent échapper à la mutualisation de la charge de l'indemnisation du risque chômage à laquelle sont soumis les employeurs du secteur privé. Probablement du fait des restructurations continues du secteur public, ce particularisme est actuellement discuté par les partenaires sociaux. L'article 5 de la nouvelle convention UNEDIC du 14 avril 2017 prévoit ainsi que « *les signataires de cette convention*

établissements et services d'utilité agricole de ces chambres ainsi que les entreprises soumises au statut réglementaire des industries électriques et gazières (articles L. 5424-1 et L. 5424-2 du Code du travail).

²²⁴¹ Articles L. 5424-5 et L. 5422-16 du Code du travail.

²²⁴² TC, 18 octobre 1999, n° 1530 ; CE, 16 février 2011, n° 341748.

²²⁴³ Article L. 5424-1 du Code du travail.

²²⁴⁴ Loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, *JORF* n° 0038 du 14 février 2008.

entreprendront avant la fin de l'année 2017 une concertation avec l'État en vue de l'affiliation obligatoire au régime d'assurance chômage des salariés non statutaires et non titulaires visés à l'article L. 5424-1 du Code du travail »²²⁴⁵.

Effectivement, le particularisme du secteur public tend à s'estomper sur ce point du fait d'une précarisation de l'emploi public principalement liée au recours banalisé aux agents non titulaires, ce qui relativise aujourd'hui l'intérêt de l'auto-assurance. C'est justement au regard de son exposition au risque de destruction d'emploi que l'employeur public, à la différence de l'employeur privé, pourra faire le choix ou non de la mutualisation. Cette stratégie est favorisée par le législateur qui permet la révocabilité de l'adhésion au régime général d'assurance chômage de certaines personnes publiques, notamment les collectivités territoriales. Celles-ci peuvent donc opportunément et temporairement y adhérer en périodes de réduction de personnels.

588. Cette banalisation de l'exposition au risque de destruction d'emploi des employeurs de droit public a conduit à une certaine assimilation des agents non titulaires aux salariés du secteur privé. Toutefois, le choix opéré par la personne publique entre le régime de l'auto-assurance, la convention de gestion ou l'adhésion au régime général entraîne des répercussions importantes sur la situation de ses ex-agents.

À cet égard, un auteur a souligné le caractère délicat d'une transposition directe à la fonction publique des règles du Code du travail, du fait que ces règles sont liées entre elles dans le but d'assurer une économie générale ou du moins un ensemble cohérent. Détachées de cet équilibre normatif, ces règles peuvent alors perdre une grande partie de leur signification²²⁴⁶. Si les spécificités de l'emploi public imposent parfois certains accommodements des règles de droit privé, ceux-ci ne nous semblent pas insurmontables à condition de ne pas opérer une application à géométrie variable du Code du travail : aussi l'harmonisation des régimes sans l'harmonisation des notions est-elle génératrice d'inégalités.

589. Une harmonisation inachevée, génératrice d'inégalités. La circulaire du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public concède que « *la transposition à la fonction publique des règles relatives à l'assurance chômage implique des*

²²⁴⁵ Convention UNEDIC du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, agréée par arrêté ministériel du 4 mai 2017, *JORF* du 6 mai 2017.

²²⁴⁶ N. FONT, « Le chômage du fonctionnaire », *AFJP*, 2012 p. 341.

rapprochements de notions parfois malaisés »²²⁴⁷. De fait, l'harmonisation relève du faux-semblant : les conditions d'accès et de maintien de l'indemnisation reposent sur des appréciations divergentes de notions communes telles que la perte involontaire d'emploi (A) ou encore le caractère effectif de la recherche d'un nouvel emploi (B).

A) L'ouverture du droit à indemnisation soumis à l'appréciation subjective de l'employeur public

590. Si l'article L. 5424-1 du Code du travail dispose que les agents non titulaires ont droit à un revenu de remplacement dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que les salariés du secteur privé, la décision d'octroyer une allocation chômage appartient en réalité à l'employeur public, sauf dans l'hypothèse où ce dernier a adhéré au régime général²²⁴⁸. Il faut donc reconnaître l'existence d'une inégalité entre salariés et agents non titulaires lorsque l'employeur public ne retient pas la même définition que Pôle emploi de la perte involontaire d'emploi, condition d'octroi de l'allocation de retour à l'emploi. Dès lors, l'employeur public qui est soumis au régime de l'auto-assurance ou qui a conclu une simple convention de gestion avec Pôle emploi est à la fois juge et partie du versement à l'agent, sur son propre budget, de l'allocation du revenu de remplacement.

Seule une perte *involontaire* d'emploi ouvre droit à indemnisation du demandeur d'emploi²²⁴⁹. En droit du travail, le caractère involontaire de la perte repose sur l'identification de l'auteur de la rupture. À l'exception notable de la rupture conventionnelle, la rupture ne peut qu'être à l'initiative du salarié ou de l'employeur²²⁵⁰. La perte de l'emploi est dite involontaire lorsqu'elle provient de l'employeur et dite volontaire lorsqu'elle résulte de la volonté du salarié de rompre le contrat, étant précisé dans ce cas que la rupture peut tout de même être imputable à l'employeur du fait de ses manquements. L'UNEDIC retient ainsi le caractère involontaire de la perte d'emploi résultant d'un licenciement, de l'arrivée du

²²⁴⁷ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public.

²²⁴⁸ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget n° 2012-01 du 3 janvier 2012 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public, VI).

²²⁴⁹ Article L. 5422-1 du Code du travail.

²²⁵⁰ Dans le cas de la prise d'acte, l'imputabilité de la rupture permettra de dire s'il s'agit d'une démission ou d'un licenciement.

terme d'un contrat à durée déterminée, d'une rupture conventionnelle²²⁵¹, ou encore d'une « *démission légitime* »²²⁵².

À l'inverse, dans le cas de l'auto-assurance, ou lorsque seule la gestion de l'assurance a été déléguée à Pole emploi, c'est à l'employeur public lui-même qu'il revient d'apprécier le caractère involontaire de la rupture. Or, comme l'observait un auteur, « *certaines situations de rupture des relations de travail sont de nature à miner les rapports entre employés et employeurs ; l'impartialité de ceux-ci dans l'appréciation du caractère involontaire de la perte d'emploi est alors nécessairement altérée* »²²⁵³. Pour limiter ces risques d'arbitraire, la circulaire du 21 février 2011²²⁵⁴ a précisé les cas d'ouverture du droit à indemnisation chômage au bénéfice des agents publics civils et indiqué les contours de la notion de perte involontaire d'emploi. Parmi les différents modes de radiation des cadres des agents publics non titulaires sont considérés comme une perte involontaire ouvrant droit à indemnisation du chômage : la fin du contrat, le licenciement, la démission considérée comme légitime ainsi que la non-réintégration à l'issue d'un congé pour convenances personnelles ou d'un congé de mobilité. À l'inverse, sont exclus de la qualification de perte involontaire : la mise à la retraite, l'abandon de poste (1°), la démission non reconnue comme légitime (2°), le refus d'accepter un renouvellement de contrat sans motif légitime (3°). Ces trois derniers cas d'ouverture illustrent bien le caractère inabouti de l'harmonisation amorcée entre le secteur privé et le secteur public en la matière. En effet, si la circulaire du 21 février 2011 reprend la jurisprudence administrative, elle-même en partie inspirée des circulaires UNEDIC, elle n'explicite pas ce qui doit être considéré comme *légitime*. L'agent non titulaire relève donc de règles sensiblement différentes de celles dont relève le salarié et n'est aucunement protégé du risque d'arbitraire de son ancien employeur.

1°) L'abandon de poste assimilé à un cas de perte d'emploi volontaire

591. La circulaire distingue le licenciement pour motif disciplinaire et l'abandon de poste de l'agent non titulaire. Si « *tous les cas de licenciement ouvrent droit au bénéfice des allocations chômage* » quel que soit le motif du licenciement (intérêt du service, insuffisance

²²⁵¹ Article L. 5422-1 du Code du travail.

²²⁵² Accord d'application n° 14, Convention UNEDIC et Règlement général annexé du 14 avril 2017.

²²⁵³ J. THOMAS, « L'employeur public et l'assurance chômage de ses anciens agents : de l'égalité devant le service public de l'emploi », *AJDA*, 2010.652.

²²⁵⁴ Circulaire DGEFP/DGAFFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public.

professionnelle, motif disciplinaire) en revanche, l'abandon de poste est expressément assimilé à une perte volontaire de l'emploi, confortant sur ce point l'appréciation antérieure du juge administratif²²⁵⁵. L'abandon de poste entraîne la radiation de l'agent, laquelle doit toutefois être motivée et précédée d'une mise en demeure de rejoindre son poste notifiée à l'agent et l'informant du risque de radiation des cadres qu'il encourt²²⁵⁶. Dès lors, il est traditionnellement admis que l'agent qui abandonne son poste a, de son propre fait, rompu le lien qui l'unissait à l'administration²²⁵⁷. La rupture de la relation de travail est imputée à l'agent public, lequel s'est volontairement privé de son emploi, l'administration se bornant à prendre acte de son refus de rejoindre son poste.

Cette prise en compte du comportement fautif de l'agent illustre l'alignement incomplet de l'assurance chômage des agents publics sur le droit du travail. La circulaire du 21 février 2011 n'a pas souhaité reprendre sur ce point la jurisprudence dégagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en faveur du salarié selon laquelle « *l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en œuvre la procédure de licenciement* », à défaut de quoi la rupture s'analyse comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse²²⁵⁸. Le salarié licencié pour abandon de poste n'est donc aucunement privé d'indemnisation chômage puisque la rupture demeure nécessairement à l'initiative de l'employeur, peu important alors qu'elle soit imputable au comportement fautif du salarié.

L'agent public se trouve donc placé dans une situation moins favorable que le salarié. Une telle différence de traitement est-elle justifiée ? La qualité d'agent public non titulaire rend-elle moralement et juridiquement plus grave l'abandon de son poste, au point de le priver de toute indemnisation ? Ou bien au contraire, doit-on considérer trop laxiste la jurisprudence de la Cour de cassation, l'indemnisation de la perte d'emploi du salarié étant *in fine* supportée par la collectivité et ce d'autant plus que plusieurs mécanismes tels que la résiliation judiciaire et la prise d'acte permettent au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement

²²⁵⁵ CE, 24 juin 1988, n° 73094. Le juge a retenu la même solution concernant les agents statutaires : CE, 24 juin 1998, n° 73094.

²²⁵⁶ CE, 11 décembre 1998, *Casagrande, Lebon*, p. 474 ; CE, 15 juin 2005, *Yoyotte, Lebon*, p. 941 ; CE, 15 novembre 2006, *Devois* (2 espèces), *T. Lebon*, p. 696.

²²⁵⁷ Voir not. CE, 10 octobre 2007, n° 271020, *Lebon*, p. 419 : « *Lorsque l'agent ne s'est ni présenté ni n'a fait connaître à l'administration aucune intention avant l'expiration du délai fixé par la mise en demeure, et en l'absence de toute justification d'ordre matériel ou médical, présentée par l'agent, de nature à expliquer le retard qu'il aurait eu à manifester un lien avec le service, cette administration est en droit d'estimer que le lien avec le service a été rompu du fait de l'intéressé.* »

²²⁵⁸ Voir not. Cass. 1^{ère} civ. 17 juin 2015, n° 14-18.372 ; Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01-41.150, *Bull. V*, n° 208.

de son employeur rendant impossible toute poursuite dudit contrat ? Quelle que soit la réponse à apporter, l'équité nécessite sur ce point une convergence des jurisprudences des deux ordres juridictionnels.

2°) Le caractère légitime de la démission de l'agent public

592. Si l'appréciation de la légitimité d'une démission intègre nécessairement une part de subjectivité, cette part est accrue lorsque c'est l'employeur lui-même qui l'apprécie.

En droit du travail, l'UNEDIC a élaboré une liste limitative des cas de démission dite « *légitime* » et assimilée comme telle à une perte involontaire d'emploi²²⁵⁹. En cas de litige, cette liste permet d'apprécier le bien-fondé de l'exclusion du salarié de l'indemnisation chômage. À titre d'exemple, sera considérée comme légitime la démission du salarié intervenant en raison de la mutation de son conjoint dans un autre secteur géographique²²⁶⁰.

Les agents publics ne peuvent invoquer cette liste qu'à titre indicatif seulement. Le Conseil d'État juge traditionnellement que « *s'agissant de la démission d'un agent non fonctionnaire de l'État, [...] il appartient à la seule autorité administrative compétente d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les motifs de cette démission permettent d'assimiler celle-ci à une perte involontaire d'emploi* »²²⁶¹.

La circulaire du 21 février 2011 ne livrant aucune précision sur ce point, l'appréciation du caractère légitime ou illégitime de la démission de l'agent revient donc à son employeur public, sous le contrôle *a posteriori* du juge administratif, conditionné à l'existence d'un recours administratif de la part de l'agent public. Dans ce cadre, le Conseil d'État a déjà jugé que la démission de l'agent motivée par la mutation pour raisons professionnelles de son concubin notoire constituait une démission légitime devant être assimilée à une perte involontaire d'emploi²²⁶². Il a également admis la légitimité de la démission d'un agent statutaire travaillant en Moselle, et ce, alors même qu'il aurait pu être de droit placé en disponibilité en raison de l'éloignement du nouveau lieu de travail de son épouse (mutée en

²²⁵⁹ Accord d'application n° 14, Convention UNEDIC et Règlement général annexé du 14 avril 2017.

²²⁶⁰ Accord d'application n° 14, précité, chap. 1^{er} § 1^{er} c) et d).

²²⁶¹ CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune de Bouc-Bel-Air c/ Mme Robadey*, n° 215499. Dans le même sens, CE, 25 septembre 1996, n° 135197 ; CE, 8 novembre 1995, *Mme Thumerel*, n° 100540 ; CE, 2 mai 1994, *Ministre de l'éducation nationale c/ Commaret*, n° 135773.

²²⁶² CE, 25 septembre 1996, n° 135197.

Corse)²²⁶³. Dans une autre affaire, il a refusé de reconnaître le caractère légitime d'une démission « *eu égard à la distance qui sépare ces deux communes [85 km], aux horaires de Mme X..., qui était agent à mi-temps, et aux aménagements que le maire était disposé à apporter à l'organisation de son temps de travail en vue de réduire les contraintes liées à ses déplacements, ce dernier* »²²⁶⁴. À l'inverse, dans un cas similaire, il a admis la légitimité de la démission d'un agent public à mi-temps souhaitant suivre son époux à 110 kilomètres²²⁶⁵.

De surcroît, les délibérations adoptées par les partenaires sociaux qui interprètent la circulaire UNEDIC ne s'appliquent pas aux agents publics²²⁶⁶, alors que ce sont pourtant ces mêmes délibérations qui explicitent ce que l'on entend par démission légitime ou non légitime. Ainsi, la Commission paritaire nationale, par sa délibération n° 10 du 11 janvier 1994, a assimilé à une perte involontaire d'emploi la démission motivée par le déménagement du salarié en raison d'un prochain mariage, dès lors que moins de deux mois s'écoulent entre la date de fin de l'emploi et la date du mariage. Au contraire, par un arrêt du 1^{er} octobre 2001²²⁶⁷, le Conseil d'État a estimé que la démission de l'agent, motivée par un mariage proche et le déménagement des futurs époux, ne présentait pas un caractère légitime car le départ escompté était justifié par des raisons de pures convenances personnelles.

Ici encore, l'harmonisation entre le régime d'assurance chômage des salariés et celui des agents publics apparaît donc inaboutie. Outre le fait que l'agent non titulaire ne sera pas forcément enclin à former un recours administratif contre son ex-employeur, l'appréciation casuistique du caractère légitime de sa démission le place dans une certaine insécurité, à la différence du salarié de droit privé qui peut sans ambiguïté s'appuyer sur les délibérations de la commission paritaire de l'UNEDIC²²⁶⁸, tout comme l'agent titulaire : en effet, la circulaire du 21 février 2011 précise, au bénéfice des seuls agents titulaires, que « *les démissions figurant dans l'accord d'application n° 14, pris pour l'application de l'article 4 (e) du règlement général annexé à la convention du 19 février 2009 sont considérées comme des cas de perte involontaire d'emploi* ». Dans ces conditions, on comprend mal pourquoi la circulaire s'abstient de procéder à une telle assimilation dans sa section dédiée aux agents non titulaires. En définitive, rien ne justifie une telle différence de traitement, plaçant l'agent non titulaire

²²⁶³ CE, 8 juin 2001, n° 181603.

²²⁶⁴ CE, 8 novembre 1995, n° 100540.

²²⁶⁵ CE, 9 octobre 1991, *Mme Baffalie*, n° 86933.

²²⁶⁶ CE, 29 juillet 2002, *Mlle Lauvernier*, n° 218169, *AJDA*, 2002, p. 1028.

²²⁶⁷ CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune de Bouc-Bel-Air c/ Mme Robadey*, n° 215499.

²²⁶⁸ En ce sens, M.-C. DE MONTECLER, « L'indemnisation des chômeurs ayant travaillé dans le privé et dans le public », *AJDA*, 2003, p. 395.

dans une situation précaire et ce alors même qu'il est particulièrement exposé au risque de perdre son emploi.

3°) Le refus du renouvellement de contrat sans motif légitime

593. La circulaire du 21 février 2011 prévoit que le refus par l'agent non titulaire du renouvellement de son contrat sans motif légitime constitue un cas de perte volontaire d'emploi. La circulaire se conforme ainsi à la jurisprudence administrative qui assimile à une perte volontaire d'emploi le refus exprimé par l'agent sans motif légitime²²⁶⁹, que la proposition de renouvellement émane de son employeur d'origine²²⁷⁰ ou d'un autre employeur public²²⁷¹.

Lorsque la proposition de renouvellement émane de l'employeur d'origine, il incombe ainsi à ce dernier d'estimer la légitimité des motifs invoqués par l'agent non titulaire au soutien de son refus. Autrement dit, il lui appartient de déterminer si l'offre qu'il a lui-même formulée était acceptable au regard de la situation personnelle de l'agent, pour lui attribuer ou non une allocation chômage. Pour contester l'appréciation de son employeur, l'agent sera donc contraint de saisir le juge administratif qui appréciera *a posteriori* le caractère acceptable de l'offre, notamment au regard du montant de la rémunération proposée²²⁷², de la durée du contrat²²⁷³, de la modification substantielle des termes du contrat²²⁷⁴ ou encore de la légitimité des considérations d'ordre personnel établies par l'agent, étant précisé que celui-ci sera privé d'un revenu de remplacement jusqu'à l'issue de la procédure.

Un rapprochement purement conceptuel pourrait être fait entre le refus exprimé sans motif légitime par un agent non titulaire et le contrôle opéré par Pôle emploi sur l'existence d'actes positifs et répétés de recherche d'emploi par un demandeur d'emploi. En effet, ce dernier peut être temporairement radié et privé d'allocations de remplacement dès lors qu'il refuse sans motif légitime deux offres d'emploi considérées comme raisonnables²²⁷⁵ au regard de la nature, des caractéristiques des emplois recherchés, de la zone géographique privilégiée et du

²²⁶⁹ CE, 13 janvier 2003, *CCAS de Puyravault*, n° 229251, *AJDA*, 2003, p. 1165, note C. MONIOLLE. Dans le même sens, CA Versailles, 26 janvier 2017, n° 15VE01683, *AJFP*, 2017, p. 233.

²²⁷⁰ CE, 2 juin 1995, *M. Desnoz*, n° 102491, *T. Lebon*, p. 876.

²²⁷¹ CE, 5 mai 1995, *Commune de Saint-Laurent-de-Neste c/ Mme Loudet*, n° 137028.

²²⁷² CE, 28 octobre 1994, *Bougon*, n° 110838.

²²⁷³ CE, 13 janvier 2003, n° 229251.

²²⁷⁴ CE, 2 nov. 2005, *Mme Narabutin*, n° 272373 : la perte d'emploi est réputée volontaire lorsque le renouvellement du contrat intervient dans des termes identiques.

²²⁷⁵ Article R. 5412-5 du Code du travail.

salaires de référence²²⁷⁶. Bien que ces deux hypothèses soient différentes, les critères d'appréciation des offres raisonnables d'emploi posés par le Code du travail peuvent constituer une source d'inspiration pour le juge administratif amené à apprécier le caractère légitime du refus du renouvellement du contrat.

Pour autant, l'agent public non titulaire bénéficie ici encore d'un régime moins favorable que le salarié, lequel est réputé avoir été involontairement privé d'emploi à l'arrivée du terme de son contrat à durée déterminée quand bien même il aurait refusé le renouvellement dudit contrat – refus sur lequel il n'a pas à s'expliquer et dont Pôle emploi n'est aucunement informé.

B) Le maintien du droit à indemnisation soumis à l'appréciation subjective de l'employeur public

594. Comme rappelé précédemment, le maintien du droit à indemnisation du demandeur d'emploi est en principe soumis à l'effectivité de ses recherches d'emploi. En droit commun, cette effectivité est appréciée par Pôle emploi au regard des actes effectués par le demandeur d'emploi qui doivent être « *permanents* », « *positifs et répétés* », « *réels et sérieux* » et ce « *compte tenu de la situation du demandeur et de la situation du marché du travail local* »²²⁷⁷. Lorsque l'agent non titulaire est lié à un employeur public ayant délégué la gestion et/ou l'indemnisation à Pôle emploi, seul ce dernier est en charge de ce suivi²²⁷⁸. L'employeur public ne peut que se rapprocher de Pôle emploi en cas de doute sur l'effectivité de la recherche d'emploi de son ancien agent, à charge pour Pôle emploi de contrôler la réalité de la recherche d'emploi, de radier le cas échéant le demandeur d'emploi et d'en informer l'unité territoriale dans les conditions du droit commun²²⁷⁹.

À cet égard, l'agent non titulaire lié à un employeur public en auto-assurance est placé dans une situation nettement moins favorable puisque c'est l'employeur lui-même qui apprécie la réalité et l'effectivité des recherches d'emploi de son ancien agent. Une telle appréciation recouvre nécessairement une part de subjectivité, voire d'arbitraire, sans doute influencée par l'appréciation du travail fourni au service de l'employeur public. On observera d'ailleurs que

²²⁷⁶ Articles L. 5411-6 à L. 5411-7 et R. 5411-14 à R. 5411-16 du Code du travail.

²²⁷⁷ Articles R. 5411-11, R. 5411-12 et L. 5412-1 du Code du travail.

²²⁷⁸ Article L. 5426-1 du Code du travail.

²²⁷⁹ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget n° 2012-01 du 3 janvier 2012 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public.

ce dernier n'est pas nécessairement le mieux placé pour connaître de la « *situation du marché du travail* » et donc du sérieux des recherches d'emploi.

Ici encore, pour contester un refus d'attribution d'allocation, l'agent non titulaire sera contraint de saisir le juge administratif, lequel appréciera *a posteriori* la « crédibilité » de la recherche d'emploi²²⁸⁰. Plus généralement, sont considérés comme « *notoirement insuffisants des actes de recherche d'emploi qui, compte tenu de leur nature et de la situation de l'intéressé, sont dépourvus d'une chance raisonnable d'aboutir* »²²⁸¹.

En définitive, si aux termes de l'article L. 5424-1 du Code du travail, les agents publics bénéficient en principe d'une indemnisation chômage dans les mêmes conditions que les salariés du secteur privé, en réalité les premiers demeurent largement soumis à l'arbitraire de l'employeur. L'alignement partiel du régime d'indemnisation des agents non titulaires sur le droit commun du travail entraîne des différences de traitement entre des chômeurs qui sont pourtant placés dans une même situation au regard du marché de l'emploi.

Au cas présent, si l'absence de mutualisation de la charge du chômage au profit des employeurs publics peut être justifiée par la faible exposition au risque de destruction d'emploi des entreprises publiques, en revanche, l'absence de délégation de la gestion de ce risque à Pôle emploi entraîne des différences de traitement entre les demandeurs d'emploi du seul fait de la nature juridique de leur ancien employeur. Il faut donc espérer que la concertation actuellement menée entre l'État et les partenaires sociaux visant à rendre obligatoire l'adhésion de certains employeurs publics au régime d'assurance chômage prenne en compte cet état de fait, du moins s'agissant des agents visés à l'article L. 5424-1 du Code du travail. Une harmonisation totale des régimes d'indemnisation pourrait notamment passer par une modification de l'article L. 5424-2 du Code du travail, « *afin que les employeurs publics ne puissent plus assumer la gestion de l'allocation d'assurance, mais simplement opter entre le fait d'en assurer la charge, ou d'adhérer au régime d'assurance. Dans l'un et l'autre cas, la gestion des allocations reviendrait au Pôle emploi.* »²²⁸²

En définitive, l'harmonisation de la condition des agents publics non titulaires et des salariés présente un caractère inachevé, de nature à complexifier les régimes d'indemnisation

²²⁸⁰ CE, 10 février 1992, *Ibrahim*, n° 98770 ; CE, 2 févr. 2007, *Lombois*, n° 283405.

²²⁸¹ CE, 11 juin 2003, *Roussel*, n° 238562, *AJDA*, 2003.1678 ; *D.*, 2004.3106, obs. J.-M. LABOUZ, *RDSS*, 2003.694, obs. C. WILLMANN.

²²⁸² J. THOMAS, « L'employeur public et l'assurance chômage de ses anciens agents : de l'égalité devant le service public de l'emploi », *AJDA*, 2010, p. 652.

chômage. Cette complexité est préjudiciable tant aux agents non titulaires, dont l'indemnisation est plus incertaine que celle de leurs homologues salariés, qu'aux collectivités publiques, placées dans une incertitude financière de nature à entraver l'efficacité de la gestion de l'emploi public.

595. Bilan. La distinction instaurée par la loi entre les travailleurs du secteur public et ceux du secteur privé se borne à une approche formelle, abstraite, de l'égalité, dont les juges ne recherchent pas la justification. Mais qu'en est-il lorsqu'ils cohabitent aux mêmes temps et lieux de travail ? Les restructurations du secteur public ont en effet conduit à généraliser l'hypothèse de la structure hybride, dont le personnel est composé de personnels soumis à statut de droit public ou à statut de droit privé.

SECTION 3. LE TRAITEMENT DIFFÉRENCIÉ DES PERSONNELS AU SEIN DE L'ENTREPRISE EMPLOYANT UN PERSONNEL MIXTE

596. Du fait des nombreuses restructurations du secteur public²²⁸³, la coexistence au sein d'une même structure de travailleurs effectuant un même travail mais soumis à statuts différents s'est banalisée. Il en va ainsi lorsque des établissements publics industriels et commerciaux continuent d'employer des fonctionnaires en sus de leurs salariés ou, à l'inverse, lorsque des établissements administratifs sont autorisés à recourir à du personnel dans les conditions du droit privé. Cette cohabitation n'est pas sans poser des difficultés. L'exigence d'égalité peut-elle servir de fondement à la reconstitution d'une collectivité de travail, au-delà des différences de statut ? Ainsi que l'observait le Professeur VERKINDT s'agissant des différences de traitement entre salariés permanents et salariés temporaires, l'affirmation du principe d'égalité de traitement constitue un moyen privilégié d'atteindre une véritable culture d'entreprise emportant l'adhésion du personnel « *en rappelant que quelle soit la forme juridique de son contrat, le salarié, tout salarié, est un élément essentiel des rouages de l'entreprise* »²²⁸⁴. C'est pourquoi s'est rapidement posée la question de savoir dans quelles conditions l'entreprise employant un personnel mixte peut prévoir une rémunération différente pour des travailleurs qui, effectuant le même travail, ressortent de la catégorie des agents publics ou de la catégorie des salariés de droit privé (§ 1). La question de l'égalité se pose également au sein des entreprises publiques à statut réglementaire du

²²⁸³ Voir Partie 1, Titre 1.

²²⁸⁴ P.-Y. VERKINDT, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr. soc.*, 1995, p. 870.

personnel entre les salariés statutaires et les salariés contractuels, notamment lorsque l'admissibilité au cadre statutaire repose sur des critères liés à la nationalité et à l'âge du candidat à l'embauche (§ 2).

§ 1. Les implications du principe d'égalité de traitement en cas de cohabitation d'agents publics et de salariés de droit privé

597. Si d'autres structures peuvent être concernées par cette problématique²²⁸⁵, le cas de La Poste reste emblématique en raison du nombre particulièrement conséquent de contentieux²²⁸⁶ et des longs débats judiciaires qu'a entraînés l'application différenciée du « complément poste » au sein de l'entreprise.

598. *L'affaire du complément poste – éléments de contexte.* La loi du 2 juillet 1990²²⁸⁷ ayant transformé La Poste en établissement public industriel et commercial a créé deux catégories de personnel : les agents fonctionnaires régis par des statuts particuliers propres à la fonction publique²²⁸⁸ d'une part, et, d'autre part, les agents contractuels, désormais employés dans les conditions du droit privé. L'article 11 de la loi du 9 février 2010 a transformé l'établissement public en société anonyme et par la même occasion a supprimé toute restriction à l'emploi de salariés de droit privé. Cette source de recrutement s'est donc logiquement accentuée.

Ces deux catégories de personnel bénéficient ainsi de règles distinctes en matière de rémunération. Les fonctionnaires sont rémunérés par un traitement dont le montant est fixé en fonction de leur grade, de leur échelon et qui évolue en fonction de l'échelle, de l'ancienneté indiciaire et de la valeur du point, déterminée par décret pris en Conseil d'État. Les salariés de

²²⁸⁵ Par exemple : Pôle emploi ou les Chambres consulaires, qui emploient à la fois des fonctionnaires et des salariés soumis à convention collective, voir Partie 1, titre 1, chap. 3.

²²⁸⁶ Après recherche sur le site légifrance, entre 2003 et 2017, on dénombre 24 décisions rendues par la Cour de cassation relativement à l'application différenciée entre fonctionnaires et salariés du complément poste : Cass. soc., 8 octobre 2003, n° 01-42.409 ; Cass. soc., 11 octobre 2005, n° 04-43.024 ; Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-41.919 ; Cass. soc., 20 mars 2007, n° 05-44.626 ; Cass. ass. plén., 27 février 2009, n° 08-40.059 ; Cass., 11 juillet 2012, n° 11-12.622 ; Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-26.604 ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-25.231 et s. ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-25.230 ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-18.033 et s. ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-10.874 ; Cass. soc., 13 janvier 2016, n° 14-20.328 ; Cass. soc., 17 février 2016, n° 14-29.044 ; Cass. soc., 3 mai 2016, n° 15-12.549 ; Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 14-26.264 ; Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.373 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.305 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.306 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.307 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.067 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.066 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.073 ; Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-17941 ; Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-13.901.

²²⁸⁷ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La Poste et à France Télécom, *JORF* n° 157 du 8 juillet 1990.

²²⁸⁸ En l'occurrence, aux lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

droit privé perçoivent un salaire, défini lors du recrutement au regard de la fonction occupée, du niveau de classification et du barème correspondant, tels que définis par la convention collective²²⁸⁹ et les accords salariaux de référence.

Par décision de la direction de La Poste du 27 avril 1993, l'ensemble des primes et indemnités non spécifiques à fonction publique a été regroupé, s'agissant des seuls agents fonctionnaires au sein d'un unique « complément poste ». Ce dispositif a ensuite été étendu aux agents contractuels de droit privé par décision du 25 janvier 1995. Toutefois, jusqu'à ce que les accords collectifs conclus en 2001 et 2003 comblerent les écarts existants, les salariés de droit privé percevaient un complément poste d'un montant inférieur à celui versé aux fonctionnaires²²⁹⁰.

La position originelle de la Chambre sociale. Lors des premiers contentieux, la Chambre sociale s'était bornée à entériner la différence de statut. Elle avait en effet rejeté le moyen tenant à l'application du principe « à travail égal, salaire égal » au motif que « *les salariés agents de droit privé dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement* »²²⁹¹. Certes, la fixation de la rémunération relève d'une logique différente selon qu'elle est soumise au droit public et à ce titre dépend avant tout du statut et de l'ancienneté du fonctionnaire, ou selon qu'elle est soumise au droit privé et constitue alors la contrepartie de la prestation de travail fournie par le salarié²²⁹². De telles considérations n'étaient toutefois pas opérantes au regard de la nature du « complément poste ».

La décision d'Assemblée plénière du 27 février 2009. Saisie après la résistance d'une cour de renvoi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affiné cette position de principe au regard des spécificités du « complément poste ». Après avoir énoncé que « *l'entreprise qui emploie, à la fois, des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est*

²²⁸⁹ Convention collective du 4 novembre 1991 anciennement commune La Poste – France Télécom, désormais applicable aux seuls contractuels de La Poste, ceux d'Orange étant soumis à la Convention collective nationale des télécommunications du 26 avril 2000.

²²⁹⁰ Pour une étude détaillée des dispositions réglementaires et conventionnelles applicables au sein de La Poste, se référer aux extraits publics du rapport du Conseiller rapporteur ainsi que de l'avis du Premier avocat général, publiés sous l'arrêt d'Assemblée plénière du 27 février 2009 (*BICC* du 1^{er} mai 2009, Jurisprudence, spéc. pp. 9 et 22).

²²⁹¹ Cass. soc., 11 octobre 2005, n° 04-43.024 ; Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 05-41.919 ; Cass. soc., 20 mars 2007, n° 05-44.626.

²²⁹² Th. AUBERT-MONPEYSEN, « Principe “à travail égal, salaire égal”. Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? » *JCP E*, n° 30, 26 Juillet 2007, 1960.

fondée à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé»²²⁹³, elle a toutefois précisé qu'il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé par décision unilatérale de l'employeur, applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé. Tel était bien le cas du « complément poste », lequel est défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer « *le niveau de la fonction et la maîtrise du poste* ». Dans ces conditions, la différence de statut entre les personnels en cause ne pouvait justifier la différence de traitement et il incombait à la direction de La Poste de démontrer que les personnels en comparaison ne fournissent pas un travail de valeur égale, indépendamment de la nature juridique du lien d'emploi.

L'Assemblée Plénière a ainsi fait prévaloir une application « fonctionnelle »²²⁹⁴, « concrète »²²⁹⁵ du principe « à travail égal, salaire égal », lequel impose à l'employeur d'assurer l'égalité de rémunération, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, entre ses salariés placés dans une situation identique, sauf à ce que la différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives pertinentes et matériellement vérifiables²²⁹⁶. Elle n'a pas suivi l'avis du Premier avocat général qui, après consultation des partenaires sociaux et des administrations concernées, avait conclu à la cassation de l'arrêt d'appel dès lors que les agents de droit privé et de droit public de La Poste ne pouvaient être considérés comme placés dans une « situation identique » au regard du principe « à travail égal, salaire égal », « *compte tenu des disparités de régimes tant dans le calcul des rémunérations que dans la gestion de leur carrière* »²²⁹⁷.

En effet, les différences de traitement dans le versement du complément poste ne provenaient pas de la différence de statut entre les différentes catégories de personnel – salariés et fonctionnaires. Elles prenaient au contraire leur source dans la décision unilatérale de

²²⁹³ Cass. ass. plén., 27 février 2009, n° 08-40.059, *Bull. ass. plén.*, n° 2. Sur l'arrêt, voir not. Ch. RADÉ, « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation et les justifications des atteintes au principe d'égalité salariale : épilogue de l'affaire du "Complément Poste" », *Lexbase Hebdo*, éd. soc. n° 341 du 12 mars 2009, n° N7758BI8 ; S. TOURNAUX, « Égalité de traitement et application de règles de droit public », *Lexbase Hebdo*, éd. soc. n° 475 du 1^{er} mars 2012, n° No522BTI.

²²⁹⁴ D. JEAN-PIERRE, « Égalité des rémunérations, celui qui était fonctionnaire, celui qui ne l'était pas », *JCP A*, 2009, n° 18, 2104.

²²⁹⁵ H. TISSANDIER, « Des statuts juridiques distincts suffisent-ils à justifier une différence de rémunération ? *RDT*, 2009, p. 316.

²²⁹⁶ Cass. soc., 29 octobre 1996, *Ponsolle*, n° 92-43.680, *Bull.*, V, n° 359.

²²⁹⁷ *BICC*, 1^{er} mai 2009, *Jurisprudence*, p. 7.

l'employeur d'appliquer une prime à l'ensemble du personnel sur un critère commun, tel que la fonction occupée ou les sujétions attachées au poste. En cela, la décision d'assemblée se situe dans le droit fil de la jurisprudence de la Chambre sociale.

599. Un contrôle juridictionnel nuancé selon l'auteur de la différence de traitement.

L'employeur est le premier débiteur de l'obligation d'égalité de traitement. C'est pourquoi le périmètre de comparaison entre les salariés correspond au périmètre de l'entreprise²²⁹⁸, autrement dit à l'« unité de pouvoir »²²⁹⁹. Seules échappent au principe les différences de traitement résultant de prérogatives jugées en quelque sorte « discrétionnaires » de l'employeur et directement liées à son pouvoir de direction, telles que l'attribution d'heures supplémentaires²³⁰⁰, ou encore à l'exercice de son pouvoir de sanction. L'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation des sanctions disciplinaires qui l'autorise à sanctionner différemment des salariés ayant commis une même faute ou à ne sanctionner que certains d'entre eux, dès lors que sa décision ne procède pas d'un motif discriminatoire²³⁰¹.

En revanche, l'application du principe d'égalité est exclue lorsque la différence de traitement trouve sa cause non dans la volonté de l'employeur, mais « *dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable* »²³⁰². Il en va ainsi plus généralement en matière de prévoyance complémentaire. La Cour de cassation considère qu'en raison des particularités des régimes de prévoyance incluant la protection sociale complémentaire, qui reposent sur une évaluation

²²⁹⁸ Le principe d'égalité de traitement, et plus précisément la règle « à travail égal, salaire égal », « n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard des salariés d'une même entreprise » (Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-46.104). Elle ne s'apprécie donc qu'au sein de l'entreprise et non par comparaison entre salariés d'entreprises différentes, quand bien même elles appartiendraient au même groupe (Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 13-28.415 ; Cass. soc., 23 novembre 2011, n° 10-24.897) et peu important que ces salariés soient soumis à la même convention collective (Cass. soc., 24 septembre 2008, n° 06-45.579V, n° 175). De même, si l'unité économique et sociale est caractérisée par une unité de direction et une communauté d'intérêts, elle demeure « composée de personnes juridiques distinctes » de sorte que, « pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement » (Cass. soc., 31 octobre 2012, n° 11-15.999 ; Cass. soc., 1^{er} juin 2005, n° 04-42.143, *Bull.*, V, n 185).

²²⁹⁹ M. SWEENEY, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, Éditions L'Épitoque-Lextenso, coll. l'Unité du Droit, Vol. V, 2016, spéc. p. 113.

²³⁰⁰ Cass. soc., 10 octobre 2012, n° 11-10.454, *Bull.*, V, n° 258 : « Attendu qu'il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'astreintes, sauf engagement de l'employeur vis-à-vis du salarié à en assurer l'exécution d'un certain nombre ; qu'à défaut d'un tel engagement, seul un abus de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation. »

²³⁰¹ Cass. soc., 17 décembre 1996, n° 95-41.858, *Bull.*, V, n° 445. Voir égal. Cass. soc., 29 janvier 2013, n° 11-25.695.

²³⁰² Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15.806, *Bull.*, V, n° 13.

des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, « *l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle* »²³⁰³.

Par ailleurs, la Chambre sociale a élaboré une technique de contrôle des différences de traitement instituées par les partenaires sociaux qui n'est pas sans rappeler la réserve qu'elle adopte face à celles qui sont établies par la loi ou le règlement. Depuis les arrêts du 25 janvier 2015²³⁰⁴, la Chambre sociale juge que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées* ». La liberté ainsi laissée aux négociateurs dans la catégorisation des travailleurs repose sur la combinaison des trois éléments suivants : le principe de participation des travailleurs, le rôle de la négociation collective et la représentativité des organisations syndicales, lesquelles ont été élues²³⁰⁵.

Toutefois, l'intensité du contrôle exercé par la Chambre sociale diffère selon que l'attribution de l'avantage catégoriel litigieux résulte d'un choix des partenaires sociaux ou d'un choix du législateur/pouvoir réglementaire.

Dans le premier cas, la différence de traitement est « présumée » justifiée par le juge²³⁰⁶ : c'est à celui qui conteste le bien-fondé de la différence de traitement de démontrer qu'elle est

²³⁰³ Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-12.121, *Bull.*, V, n° 184 ; Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490, *Bull.*, V, n° 70.

²³⁰⁴ Cass. soc., 27 janvier 2015, (cinq arrêts), n° 13-22.179, n° 13-25.437 ; n° 13-14.773 et 13-14.908 ; n° 14-13.569, n° 13-23.818 à 13-23.850. Sur cet arrêt, voir not. A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, "seuls juges" du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237 ; Ch. RADÉ, « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 600 du 5 février 2015, n° N5806BUL ; P. LOKIEC, « Qui dit conventionnel dit juste ! L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP G* 2015, n° 10-11.282 ; E. PESKINE, « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339. ; P.-H. ANTONMATTEI, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.*, 2015, p. 351. Pour une confirmation ultérieure : Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.444 ; Cass. soc., 26 avril 2017, n° 15-23.968, 15-23.969, 15-23.971 ; Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517 et 16-17.518.

²³⁰⁵ Sur ce point, voir A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, "seuls juges" du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237.

²³⁰⁶ La nature de cette présomption, qui n'est ni simple ni irréfragable, a été qualifiée d'« *intermédiaire* » : « *Son renversement est possible, mais il exige plus que l'apport de la preuve contraire.* » (A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, "seuls juges" du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237).

« étrangère à toute considération de nature professionnelle »²³⁰⁷. Le demandeur devra donc prouver que la distinction est dénuée de raison professionnelle, autrement dit que « rien dans l'organisation du travail, les fonctions des salariés, leurs conditions d'emploi ne pourrait en justifier l'existence »²³⁰⁸. Par sa généralité, le nouvel article L. 2262-13 du Code du travail²³⁰⁹, aux termes duquel « il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent », ne devrait pas, à notre sens, inciter la Chambre sociale à modifier sa position.

En revanche, lorsque la différence de traitement résulte de l'application de la loi ou du règlement, le contrôle du juge s'arrête à l'étape de la comparaison et ne va pas jusqu'à l'étape de la justification – il est vrai que l'employeur pourrait difficilement être tenu de s'expliquer sur la volonté du législateur. Le juge se borne à vérifier que l'agent public et le salarié ne sont pas placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause, de sorte que le principe d'égalité doit être écarté.

Cette solution apparaît conforme aux exigences du droit de l'Union européenne. En effet, la Cour de justice a déjà jugé – certes en matière d'égalité homme/femme mais le raisonnement est transposable – que lorsque « les différences observées dans les conditions de rémunération de travailleurs effectuant un même travail ou un travail de même valeur ne peuvent pas être attribuées à une source unique, il manque une entité qui est responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement », de sorte que « le travail ainsi que la rémunération de ces travailleurs ne peuvent pas alors être comparés »²³¹⁰.

Toutefois, en comparaison avec sa jurisprudence antérieure, amorcée par le très controversé arrêt *Pain*²³¹¹, la réserve de la Chambre sociale s'analyse sinon comme une « passation de

²³⁰⁷ Cass. soc., 27 janvier 2015, (cinq arrêts), n° 13-22.179, n° 13-25.437 ; n° 13-14.773 et 13-14.908 ; n° 14-13.569, n° 13-23.818 à 13-23.850. Dans le même sens : Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.444 ; Cass. soc., 26 avril 2017, n° 15-23.968, 15-23.969, 15-23.971 ; Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517 et 16-17.518.

²³⁰⁸ A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, “seuls juges” du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237.

²³⁰⁹ Créé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

²³¹⁰ CJCE, 17 septembre 2002, *A. G. Lawrence et autres c/ Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group et Mitie Secure Services Ltd*, aff. C-320/00, *Rec.*, I-07325, cons. 18.

²³¹¹ Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675, *Bull.*, V, n° 168 : « Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. » Pour une critique de l'intervention du juge, voir not. J.-E. RAY, « À travail inégal, salaire

pouvoir »²³¹² ou un « passage de relais »²³¹³, du moins comme un retrait du juge au profit des partenaires sociaux. C'est bien une question de légitimité qui empêche le juge d'exercer un contrôle sur la pertinence des distinctions professionnelles instaurées dans le cadre de la « démocratie sociale » ou sur les catégories juridiques établies dans celui de la « démocratie politique ».

En définitive, parce qu'il échappe à une définition substantielle, le principe d'égalité met en exergue l'embarras du juge dans l'exercice de sa fonction, placé à mi-chemin entre la « *légalité et l'opportunité* »²³¹⁴. Autrement dit, il est sans cesse menacé par deux écueils : « *Reste-t-il sourd aux jeux sociétaires engagés dans les conflits dont il a à connaître, se replie-t-il derrière un rigoureux légalisme, le voilà bientôt coupable de "dénier de justice" du moins au regard d'une exigence sociale de bonne justice ; tente-t-il au contraire d'innover en adoptant des solutions que les textes ne prévoient pas nécessairement, le voilà menacé "d'excès de pouvoir"*. »²³¹⁵ On comprend donc assez bien la prudence avec laquelle la Cour de cassation manie les catégorisations de travailleurs résultant de choix légaux ou conventionnels. Néanmoins, si cette jurisprudence a été confirmée à maintes reprises à l'égard de La Poste²³¹⁶, la Cour de cassation a parallèlement développé une autre approche, plus incertaine, à l'égard d'autres structures employant un personnel mixte.

inégal », *Dr. soc.*, 2011, p. 42 ; Ph. LANGLOIS « Quelle liberté pour les juges », *Dr. soc.*, 2011, p. 1172. Pour une critique de l'intensité du contrôle opéré par le juge, voir Ch. RADÉ, « Égalité de traitement. Différences. Justification. Qualité de cadre », *Dr. soc.*, 2009, p. 1002.

²³¹² A. FABRE, « Les négociateurs sociaux, "seuls juges" du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237.

²³¹³ E. PESKINE, « La Chambre sociale, architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339.

²³¹⁴ A. JACQUEMIN et B. REMICHE, « Le pouvoir judiciaire entre l'opportunité et la légalité économique », in *Les magistratures économiques et la crise*, (dir.) A. JACQUEMIN et B. REMICHE, Bruxelles, 1984, pp. 9-13, cité par F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société », in *Archives de philosophie du droit, La jurisprudence*, tome 30, pp. 9-34, spéc. p. 11.

²³¹⁵ P. MARTENS, « Les tribunaux de commerce et la crise. Entre le déni de justice et l'excès de pouvoir », in *Les magistratures économiques et la crise*, (dir.) A. JACQUEMIN et B. REMICHE, Bruxelles, 1984, pp. 143-174, cité par F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société », in *Archives de philosophie du droit, La jurisprudence*, tome 30, pp. 9-34, spéc. p. 11.

²³¹⁶ Cass., 11 juillet 2012, n° 11-12.622 ; Cass. soc., 6 février 2013, n° 11-26.604 ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-25.231 et s. ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-25.230 ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-18.033 et s. ; Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-10.874 ; Cass. soc., 13 janvier 2016, n° 14-20.328 ; Cass. soc., 17 février 2016, n° 14-29.044 ; Cass. soc., 3 mai 2016, n° 15-12.549 ; Cass. soc., 21 septembre 2016, n° 14-26.264 ; Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.373 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.305 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.306 ; Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-10.307 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.067 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.066 ; Cass. soc., 5 juillet 2017, n° 16-14.073, Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-17941 ; Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-13.901.

600. Les incertitudes liées à l'application du principe d'égalité de traitement entre agents publics et salariés de droit privé en dehors du cas spécifique du « complément poste ». Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2012²³¹⁷, plusieurs salariés intérimaires mis à disposition d'une chambre consulaire par contrats successifs de travail temporaire avaient saisi la juridiction prud'homale aux fins de faire requalifier les contrats d'intérim en contrats à durée indéterminée et de se voir allouer des rappels de salaire, une prime de treizième mois, une majoration de salaire pour des heures de travail effectuées à l'occasion de jours fériés et une prime de vacances dont le versement était prévu par le statut des agents des chambres de commerce et d'industrie. Dans cet arrêt, la Chambre sociale a élaboré un considérant de principe sensiblement différent de celui retenu par l'Assemblée plénière dans l'affaire du « complément poste ».

La Chambre sociale a ainsi affirmé qu'« *au regard du principe d'égalité de traitement, la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, sauf s'il est démontré, par des justifications dont le juge contrôle la réalité et la pertinence, que la différence de rémunération résulte de l'application de règles de droit public* ». En l'espèce, elle a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que les salariés sous contrat à durée indéterminée devaient bénéficier de la rémunération prévue par le statut de droit public, à l'instar des personnels contractuels que la Chambre consulaire employait, aux motifs que « *l'employeur n'apportait aucune justification et se bornait à affirmer que les dispositions du statut de la chambre de commerce et d'industrie n'étaient pas applicables aux salariés* ».

Autrement dit, il ne suffit pas que l'employeur se borne à exciper l'existence de règles juridiques différentes, de droit privé ou de droit public, pour écarter toute comparaison entre les travailleurs, encore faut-il que l'avantage sollicité sur le fondement de l'égalité découle directement du particularisme dû au statut de droit public. Dans cette espèce, il ressort des motifs de l'arrêt d'appel que les avantages statutaires prévus au profit des agents titulaires avaient été étendus au bénéfice des agents « contractuels » de la CCI. Il faut donc comprendre que l'employeur ne pouvait distinguer, sans en justifier, entre contractuels de droit public et contractuels de droit privé.

²³¹⁷ Cass. soc., 16 février 2012, n° 10-21.864, 10-21.865, 10-21.866, 10-21.867 et 10-21.868, *Bull.*, V, n° 76. Voir S. TOURNAUX, « Égalité de traitement et application de règles de droit public », *Lexbase Hebdo*, éd. soc. n° 475 du 1^{er} mars 2012, n° No522BTI.

601. Pour autant, il est malaisé de distinguer ce qu'il convient d'entendre par l'existence d'un rapport direct entre la différence de traitement et l'application des règles de droit public et, partant, quelle justification est ou non acceptable de la part de l'employeur.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 12 juin 2013²³¹⁸, un agent engagé par une commune dans le cadre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) sollicitait le versement d'une somme à titre de rappel de salaire correspondant aux primes pour travaux dangereux et primes de sujétion horaire, sur le fondement de dispositions réglementaires applicables aux agents publics. La Cour d'appel avait fait droit à cette demande aux motifs que l'employeur « *avait la possibilité de prévoir celles-ci pour son personnel de droit privé et qu'il n'établissait pas que sa décision d'octroyer ces primes pour travaux dangereux et sujétions horaires ne s'appliquait pas à l'ensemble de son personnel sur la base du critère de la fonction ou du poste de travail occupé* ». Après avoir rappelé que la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, sauf s'il est démontré, par des justifications dont le juge contrôle la réalité et la pertinence, que la différence de rémunération résulte de l'application de règles de droit public, la Chambre sociale a approuvé la décision des juges du fond, ces derniers ayant « *constaté que la commune de Narbonne se bornait à invoquer les fondements réglementaires d'éléments de rémunération facultatifs, sans faire état d'autres raisons propres à justifier que les salariés relevant de contrats de droit privé soient privés de primes liées à des sujétions professionnelles et accordées à des agents de droit public exposés aux mêmes désagréments dans l'exercice des mêmes fonctions* », ce dont il résultait que la différence de traitement n'était pas fondée.

602. Si ces décisions peuvent être approuvées en ce qu'elle permet de faire prévaloir une égalité concrète entre travailleurs exposés aux mêmes conditions de travail, elle interroge quant à la portée de la différence de statut juridique.

En effet, dans l'affaire du complément poste, c'est parce que le complément de rémunération résultait de la volonté de l'employeur, et non d'une disposition réglementaire de droit public qui s'imposait à lui, que la Cour de cassation a considéré que les situations des personnels en cause étaient comparables et que la seule différence de statut ne pouvait justifier la différence de traitement. Or, dans les présentes affaires, le raisonnement est différent et outrepassa la volonté du pouvoir réglementaire de réserver certaines règles à certaines catégories de

²³¹⁸ Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-17.273, *Bull.*, V, n° 153.

personnels. Il semble en effet qu'il soit reproché à l'employeur de ne pas avoir de lui-même élargi au bénéfice de son personnel des dispositions réglementaires prévues au bénéfice des agents publics alors que les deux catégories de personnel étaient, selon le juge, placées dans une situation comparable au regard de l'avantage en cause. Autrement dit, peu importe que les pouvoirs législatifs et réglementaires aient décidé de réserver une seule réglementation aux seuls agents publics, titulaires ou non titulaires, il appartenait à l'employeur d'étendre, de lui-même, les avantages en cause afin de respecter le principe d'égalité de traitement, ce dernier prévalant sur la volonté du pouvoir normatif. En cela, cette jurisprudence semble contredire la position adoptée par l'Assemblée plénière dans les contentieux liés au « complément poste »²³¹⁹.

Doit-on dès lors considérer que l'ensemble des primes et indemnités prévues par le droit public s'appliquent aux salariés de droit privé qui en remplissent les conditions, indépendamment du fait que le droit public ne leur soit pas applicable ? En contrepartie, l'égalité exigerait alors que les agents publics puissent eux-mêmes se prévaloir des règles du Code du travail, quand bien même ils sont exclus du champ d'application de ces règles.

603. Une égalité concrète intenable pour l'employeur d'un personnel mixte. Cette situation aurait le mérite d'harmoniser la condition juridique des personnels au sein d'une même structure, au-delà des divergences de statut. Mais elle ne serait pas tenable du point de vue de l'employeur, tenu d'appliquer les règles de droit fixées par le législateur ou l'autorité réglementaire. Une telle situation permettrait alors aux diverses catégories de personnels de se prévaloir des règles relatives à l'un ou l'autre statut, selon que l'avantage en cause lui serait ou non favorable. Retenir une telle solution aboutirait alors à une remise en cause totale du droit des relations de travail au sein de ces entreprises, qui excède la compétence du juge et nécessite une intervention du législateur ou, du moins, du pouvoir réglementaire.

Ce n'est en tout état de cause pas le sens de la jurisprudence administrative, laquelle, d'une part, refuse depuis l'arrêt *Dame Peynet* d'appliquer le Code du travail aux agents non titulaires, sous réserve des principes généraux du droit²³²⁰ et, d'autre part, dénie l'existence

²³¹⁹ Cass. ass. plén. 27 février 2009, n° 08-40.059, *Bull. AP*, n° 2 : « si celui qui emploie, à la fois, des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé par décision de l'employeur, applicable à l'ensemble du personnel, sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ».

²³²⁰ CE, ass. 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n° 80232, voir Partie 2, Chapitre 2.

d'un quelconque « *principe général du droit imposant de faire bénéficier les agents non titulaires de règles équivalentes à celles applicables aux fonctionnaires* »²³²¹.

604. Bilan. À l'exception de l'arrêt du 12 juin 2013, dont la portée reste difficile à appréhender, l'affirmation du principe d'égalité permet sans aucun doute une harmonisation de la condition juridique des agents publics et des salariés de droit privé au sein de l'entreprise employant du personnel mixte. Mais elle n'autorise pas l'assimilation de ces deux catégories de personnel, eu égard à la différence de statut applicable, quand bien même les travailleurs en comparaison exerceraient les mêmes fonctions. On ne saurait donc parler d'égalité entre les agents publics et les salariés.

En définitive, c'est une application purement formelle qui est faite du principe d'égalité : celui-ci est satisfait du seul fait que la division des personnels résulte d'une réglementation générale préalable – loi ou règlement. Si la prudence du juge s'impose du fait de son office, gageons toutefois que les distinctions opérées entre agents publics et salariés, de nature à faire naître un sentiment d'injustice au sein d'une collectivité de travail, continueront à produire du contentieux sur le terrain du principe d'égalité. En effet, l'égalité est d'abord une valeur, dont la plasticité lui permet de rester porteuse d'aspirations qui évoluent au cours du temps²³²². Ce qui paraît « égal » car « juste » aujourd'hui pourrait ne plus l'être demain, ainsi que l'illustre le contentieux engagé par des agents contractuels de nationalité marocaine au sein de la SNCF.

§ 2. Les implications du principe de non-discrimination à la cohabitation d'agents statutaires et contractuels de l'entreprise publique à statut réglementaire du personnel

605. Cette question se pose avec acuité au travers des restrictions à l'entrée au cadre statutaire d'entreprises publiques portant sur l'âge ou la nationalité du candidat à l'embauche.

Plus précisément, le Statut de la SNCF²³²³ réserve l'entrée au « cadre statutaire permanent » aux candidats de nationalité française ou ressortissant d'États membres de l'Union européenne, âgés de moins de 30 ans au jour de l'embauche. Les candidats ne remplissant pas

²³²¹ CE, 30 janvier 1997, avis sur le « régime juridique des agents non titulaires de l'État », n° 359964.

²³²² Avis de Mme PETIT, Premier avocat général, sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 27 février 2009, n° 08-40.059, BICC n° 701 du 1^{er} mai 2009, pp. 22-31, spéc. p. 25.

²³²³ Décret n° 50-637 du 1^{er} juin 1950 modifiant les attributions du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer français en matière de personnel - abrogé par décret n° 2015-141 du 10 février 2015.

ces conditions peuvent être embauchés sur certains métiers²³²⁴ sous le statut de « contractuel » prévu par le référentiel RH 0254 (ex « PS 25 »). Ces deux statuts divergent principalement sur les règles encadrant le déroulement de carrière et le départ à la retraite.

Actuellement, les salariés embauchés au cadre permanent représentent près de 92 % de l'effectif total de la SNCF tandis que les 8 % restants sont contractuels, en contrats à durée indéterminée ou en contrats à durée déterminée²³²⁵.

606. La condamnation de la SNCF pour discrimination en raison de la nationalité. Dans les années 70, nombre de ressortissants marocains ont été embauchés par la SNCF sous statut contractuel – puisque ne remplissant pas la condition de nationalité exigée pour être recrutés au cadre permanent. À compter de 2005, plus de 800 d'entre eux ont saisi le juge prud'homal, estimant avoir été victimes d'une discrimination en raison de la nationalité.

Par une série de jugements du 21 septembre 2015²³²⁶, le Conseil de prud'hommes de Paris a condamné la SNCF à indemniser 843 agents et anciens agents, de nationalité marocaine lors de leur embauche, pour « *discrimination à l'exécution du contrat de travail* » et pour « *discrimination dans les droits à retraite* ». La SNCF a interjeté appel et la Cour d'appel de Paris devrait se prononcer dans le courant du mois de janvier 2018.

607. Une compétence discutable du juge judiciaire. Sans préjudice du fond du litige, qui ne tient *in fine* qu'à la question de la légalité ou non des restrictions à l'entrée au cadre statutaire des étrangers extra-européens, la motivation des jugements rendus par le Conseil de prud'hommes est problématique à plusieurs égards.

D'une part, le Conseil de prud'hommes, pour rechercher l'existence d'une discrimination s'est fondé sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, sans préciser le droit garanti par la CEDH dont la jouissance aurait en l'espèce été méconnue²³²⁷.

²³²⁴ Aux termes de l'article 3 du RH0254 (ex PS 25), « le personnel contractuel est embauché pour tenir : - soit des emplois non prévus aux tableaux des filières, - soit des emplois prévus aux tableaux des filières ; l'utilisation dans ces emplois pour une durée indéterminée n'est possible que lorsque les conditions d'admission au cadre permanent ne sont pas remplies ».

²³²⁵ Chiffres avancés par le service presse de la SNCF, <http://www.sncf.com/fr/Presse/HTML-statut-cheminot-qu-est-ce-que-c-est/789234>

²³²⁶ Exemple-type : CPH de Paris, jugement de départage du 21 septembre 2015, RG, n° F 05/12309.

²³²⁷ Contrairement à ce qui a été avancé par le Défenseur des droits, le recours à l'article 8 de la Convention, sur le fondement de l'arrêt *Sidbras et Dziutas c/ Lituanie* (n° 55480/00 et n° 59330/00) rendu le 27 juillet 2004 par la Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pas pertinent dans le présent litige. En effet, après avoir affirmé que « *le droit d'avoir accès à une profession particulière n'est pas, comme tel, protégé par la Convention* » (§. 18), la Cour retient qu'« *une interdiction générale d'occuper un emploi dans le secteur privé porte bien atteinte à la vie privée* » (§. 47) et qu'en l'espèce

D'autre part, il était acquis aux débats que la discrimination sur la nationalité dont se prévalaient les requérants résultait du Statut de la SNCF, dont nul n'ignore qu'il s'agit d'un acte administratif à caractère réglementaire. Pour retenir sa compétence, le Conseil de prud'hommes s'est fondé sur la jurisprudence *SCEA du Chéneau* rendue par le Tribunal des conflits le 17 octobre 2011²³²⁸, aux termes de laquelle le juge civil saisi à titre incident de la contestation d'un acte administratif peut s'abstenir d'opérer un renvoi préjudiciel lorsqu'existe en la matière une jurisprudence établie de l'ordre administratif. Le Tribunal des conflits avait également permis au juge civil, conformément au principe de primauté du droit de l'Union, de contrôler à titre incident la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, et de l'écartier en cas de non-conformité. Lorsque se présente une difficulté sérieuse d'interprétation, le juge civil peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, sans avoir à saisir au préalable le juge administratif.

Au cas présent, le Conseil de prud'hommes de Paris se fondait, non sur une disposition du droit de l'Union européenne²³²⁹ mais sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Or, le Tribunal des conflits a précisément exclu ce contrôle de conventionalité de sa jurisprudence *SCEA du Chéneau*²³³⁰. Dès lors, en l'absence de jurisprudence établie par l'ordre administratif en la matière, ce dernier apparaissait seul compétent pour exercer ce contrôle. Le Conseil de prud'hommes aurait donc dû se référer à la jurisprudence *Septfonds*²³³¹, aux termes de laquelle le juge administratif a une compétence exclusive pour connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des actes administratifs. Il en résulte qu'en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un tel acte, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative. C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour de cassation a récemment renvoyé au Conseil d'État le

« certes, cette interdiction ne les empêche pas d'exercer certains types d'activités professionnelles mais elle affecte au plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur cause de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a des répercussions évidentes sur leur vie privée ». Ces considérations qui permettaient aisément de combiner les articles 8 et 14 de la CEDH, ne peuvent trouver à s'appliquer dans le présent litige dès lors qu'il ne s'agit pas d'une interdiction générale d'accès à l'emploi qui est en cause mais d'une restriction à l'embauche dans le cadre du statut.

²³²⁸ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n° 11-03.828, *Bull.*, TC, n° 24.

²³²⁹ L'article 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail exclut de son champ d'application les différences de traitement fondées sur la nationalité à l'égard de ressortissants de pays tiers.

²³³⁰ Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²³³¹ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n° 00732, *Lebon*, p. 49.

soin de se prononcer sur la conformité de dispositions statutaires de la SNCF au regard du principe général du droit du travail d'interdiction des sanctions pécuniaires, lequel est applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire²³³².

Dans ces conditions, bien qu'il semble qu'aucune des parties n'ait sollicité un renvoi préjudiciel, l'argumentation développée par le juge prud'homal pour retenir sa compétence et trancher le litige apparaît très contestable. Au regard du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, on s'étonnera donc que le juge prud'homal n'ait pas jugé utile d'inviter les parties à saisir le juge administratif ni, *a minima*, de saisir la CJUE d'une question préjudicielle relative à la conformité de la clause de nationalité qu'il entendait écarter. Sur ce point, l'issue aurait en effet été incertaine puisque, si le principe d'égalité constitue un principe général du droit de l'Union, la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail exclut de son champ d'application les différences de traitement fondées sur la nationalité à l'égard de ressortissants de pays tiers²³³³.

608. Une remise en cause générale de la politique de préférence nationale et intra-communautaire au sein du secteur public ? Au-delà de ce contentieux ciblé, se pose la question de la légitimité du maintien d'une politique de préférence nationale et intra-communautaire en vigueur au sein de certaines entreprises publiques, mais également dans les fonctions publiques et s'agissant de certains emplois du secteur privé, excluant par-là les étrangers pourtant autorisés à séjourner et travailler sur le territoire national.

C'est d'ailleurs dans ce contexte que, par une délibération du 15 avril 2009²³³⁴, la HALDE avait sollicité du Gouvernement la suppression des conditions de nationalité pour l'accès aux trois fonctions publiques ainsi qu'aux emplois des établissements et des entreprises publics, à l'exception des emplois relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives

²³³² Cass. soc., 26 octobre 2016, n° 14-28.055, publié au *Bulletin* : « Attendu que l'examen du pourvoi contre la décision de la juridiction prud'homale nécessite que soit posée la question de l'appréciation de la légalité de ces textes réglementaires qui, en ce qu'ils prévoient, d'une part, que "les agents en contact avec la clientèle ayant un maniement de fonds suffisamment important reçoivent une indemnité fixe mensuelle pour tenir compte des pertes que peuvent entraîner les opérations qu'ils effectuent. À ce titre, cette indemnité peut être, en tout ou partie, réduite des déficits de caisse", et, d'autre part, que "tout agent chargé de par ses fonctions, du dépôt, de la manipulation et de la conservation d'espèces ou de valeurs en est directement et personnellement responsable et doit répondre vis-à-vis de la SNCF des manquants, quelle qu'en soit l'origine" soulèvent une difficulté sérieuse qui échappe à la compétence judiciaire. »

²³³³ Article 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

²³³⁴ La HALDE, *Communiqué de presse*, 15 octobre 2009.

de puissance publique, à l'instar de la situation prévalant pour les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne. Elle a récemment été rejointe en ce sens par le Défenseur des droits dans un rapport rendu public au mois de mai 2016²³³⁵.

En effet, ces emplois ont été ouverts aux ressortissants des États membres de l'Union européenne en application du principe de libre circulation des travailleurs, à l'exception des emplois « *dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques* »²³³⁶. Comme le soulignait le Défenseur des droits, dès lors que les emplois sont ouverts aux ressortissants européens, les justifications quant à leurs restrictions aux étrangers extra-européens perdent de leur force. Ces restrictions apparaissant d'autant moins légitimes lorsque, comme c'est le cas au sein de la SNCF ou de l'Éducation nationale, les restrictions en cause n'interdisent pas l'accès à l'emploi mais prévoient la possibilité d'exercer ces mêmes missions sous le statut moins avantageux d'agent contractuel²³³⁷. D'ailleurs, dans l'affaire opposant la SNCF à ses ex-agents contractuels, il semblait acquis aux débats que les travailleurs étrangers exerçaient les mêmes fonctions que des salariés embauchés sous cadre statutaire, de sorte qu'ils participaient également au service public ferroviaire.

De telles clauses de nationalité ont d'ailleurs été supprimées au sein des organismes de sécurité sociale en 2001, à la RATP en avril 2002, chez EDF-GDF en avril 2008, chez Air-France-KLM en mai 2006 pour les personnels au sol²³³⁸, ce qui pose la question de leur maintien au sein de la SNCF ou encore au sein du Commissariat à l'Énergie Atomique et aux Énergies Alternatives (CEAEA).

Hormis le cas spécifique des emplois liés à l'exercice de la puissance publique ou à la souveraineté nationale, les restrictions à l'emploi des étrangers extra-européens interrogent donc sur l'universalisme des droits et libertés fondamentaux issus de la Constitution, dont l'usage est garanti aux étrangers résidant de manière stable et régulière sur le territoire français²³³⁹. À cet égard, l'alinéa 5 du Préambule de 1946 énonce que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son*

²³³⁵ Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016.

²³³⁶ Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

²³³⁷ Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016, pp. 238-239.

²³³⁸ Défenseur des droits, décision MLD n° 2016-188 du 21 juillet 2016, point 88.

²³³⁹ Conseil const., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325, DC, cons. 3.

emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Si le critère lié à la nationalité ne figure pas parmi les critères prohibés, l'usage du pronom indéfini « chacun » pourrait tout autant exclure une telle distinction.

Les restrictions à l'emploi à l'égard des étrangers extra-européens devraient donc reposer sur une justification objective et raisonnable, proportionnée au but légitime qu'elles poursuivent. À titre d'exemple, par un arrêt du 24 janvier 2007, le Conseil d'État a déjà jugé que méconnaissaient le principe d'égalité certaines dispositions du Code rural qui subordonnaient l'octroi d'aides à la possession de la nationalité française ou de la nationalité d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou à la faculté de pouvoir invoquer les stipulations d'un accord international. En l'espèce, l'objectif poursuivi par les dispositions en cause étant d'assurer la constitution d'exploitations viables et durables et d'en faciliter la modernisation. Dès lors, si ces aides étaient liées à des engagements pris par leurs bénéficiaires sur une certaine durée, cette circonstance ne pouvait suffire à justifier légalement une différence de traitement entre les personnes demandant à bénéficier de ces aides reposant sur leur nationalité²³⁴⁰.

En matière d'emploi, c'est bien au stade de la justification qu'apparaît le caractère anachronique des restrictions²³⁴¹ et ce à l'heure même où les autorités publiques affichent le souhait de renforcer l'attractivité de la fonction publique, et plus largement de l'emploi public. En effet, si l'on comprend, dans le cadre de l'État-nation, le refus de confier à un étranger des fonctions qui l'associeraient à l'exercice de l'autorité régaliennne (police, armée, justice, impôts...), cette explication ne convainc pas à elle seule. Le développement de l'État-providence a conduit nombre de fonctionnaires à accomplir des tâches qui ne leur confèrent aucune prérogative particulière, dans des conditions comparables aux salariés du secteur privé.

²³⁴⁰ CE, 24 novembre 2007, *Gisti*, n° 243976, *T. Lebon*. Voir égal. CE, ass., 31 mai 2006, *Gisti*, n° 273638, *Lebon*, 186 : si les chambres des métiers et de l'artisanat ont été investies de prérogatives de puissance publique relatives, ces prérogatives « ne sont pas d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles puissent fonder légalement une différence de traitement entre les artisans quant à leur éligibilité aux chambres des métiers et de l'artisanat reposant sur leur nationalité à l'effet d'exclure de la possibilité de se porter candidats ceux d'entre eux qui n'ont ni la nationalité française ni la nationalité d'un autre État membre de la Communauté européenne ou de tout autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».

²³⁴¹ Voir not. D. LOCHAK, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 76 ; J.-Ph. LHERNOULD, « Interdictions d'emploi des étrangers : la préférence nationale confirmée », *Dr. soc.*, 2003, p. 1094.

609. Une remise en cause de la condition d'admissibilité au cadre permanent liée à l'âge ?

Les contentieux relatifs à la clause de nationalité invitent à s'interroger sur la légalité de la limite d'âge à l'entrée au cadre statutaire, fixée à 30 ans par le statut de la SNCF.

L'article L. 1133-2 du Code du travail, transposant la directive n° 2000/78/ CE du 27 novembre 2000²³⁴², énonce que « *les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés* », étant précisé que ces différences peuvent notamment consister en « *la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur [...] la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite* ».

Les limites fixées en raison de l'âge ont principalement été contestées sous l'angle des « clauses couperets » prévoyant une rupture automatique du contrat de travail à un âge fixé comme étant celui de la retraite, plus rarement sous l'angle du recrutement.

La Cour de cassation a ainsi déclaré illicite l'utilisation de certaines « clauses couperets », entraînant notamment la mise à la retraite d'office à 60 ans de personnels techniques de l'Opéra de Paris²³⁴³ et de pilotes d'avion-instructeurs²³⁴⁴, ou encore la réduction d'activité à 62 ans au sein des écoles de ski²³⁴⁵. Au regard du principe d'égalité hommes/femmes, le Conseil d'État a également censuré, par un arrêt du 6 février 1981²³⁴⁶, les différences d'âge de départ à la retraite établies par le règlement intérieur d'Air France entre les « stewarts » et les

²³⁴² Article 6 de la directive – portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – autorise les États membres à prévoir des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituant pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

²³⁴³ Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-43.681, *Bull.*, V, n° 105.

²³⁴⁴ Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-45.307, *Bull.*, V, n° 105.

²³⁴⁵ Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142, *Bull.*, V, n° 53 : « *Qu'en statuant ainsi, sans constater, d'une part, que la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle, la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des écoles de ski désireuses de répondre à la demande de la clientèle, ne pouvant être considérée comme légitime au regard des articles 6 de la directive n° 2000/78 et L. 1133-2 du Code du travail, et d'autre part, que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, alors que le pacte litigieux se contente de prévoir une garantie d'activité minimale pour les "moniteurs nouvellement intégrés" sans précision d'âge, de sorte qu'il n'est pas établi que la redistribution d'activité des moniteurs âgés de plus de 61 ans bénéficiera exclusivement aux jeunes moniteurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* »

²³⁴⁶ CE, 6 février 1981, M^{lle} Baudet, Lebon.

hôtesses, tandis que la Cour de cassation a jugé illégale, par un arrêt du 15 juin 1999²³⁴⁷, la différence de limite d'âge fixée à 45 ans pour les danseurs et 40 pour les danseuses du ballet de l'Opéra de Paris²³⁴⁸.

La Section sociale du Conseil d'État a rendu en 2007 un avis – dont l'orientation nous est inconnue - relatif à la suppression de telles clauses au sein des régimes spéciaux de retraite en s'appuyant notamment sur l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances²³⁴⁹. S'agissant précisément du régime applicable à la SNCF, le Conseil d'État a jugé, par un arrêt du 19 mai 2006²³⁵⁰, que les dispositions alors en vigueur et fixant une limite d'âge ouvrant droit à pension de retraite à 55 ans²³⁵¹ ne constituaient pas en elles-mêmes une discrimination prohibée. S'inscrivant dans le cadre d'un régime spécial de retraite, ces dispositions avaient notamment pour objet de permettre à la SNCF de « *limiter la charge financière liée au nombre de ses agents* ».

La Cour de cassation a toutefois limité la portée de cet arrêt puisqu'elle a autorisé le juge judiciaire à vérifier que la décision prise par l'employeur de faire usage de la faculté de mettre à la retraite d'office un salarié déterminé ne repose pas sur un motif discriminatoire tenant à son âge²³⁵². De plus, il ressort d'un arrêt du 16 février 2011²³⁵³ que le fait que le dispositif de mise à la retraite d'office « *constitue une mesure destinée "à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs, en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité"* » ne saurait suffire à considérer la mise à la retraite du salarié comme étant justifiée par un objectif légitime, de sorte que celle-ci constitue une discrimination fondée sur l'âge qui doit être annulée²³⁵⁴.

²³⁴⁷ Cass. soc., 15 juin 1999, n° 96-45.464, *Bull.*, V, n° 284. Voir égal. Cass. soc., 21 septembre 2017, n° 16-10.291 et 16-10.292, *Publié au bulletin*.

²³⁴⁸ La Cour de cassation exclut toutefois le principe de non-discrimination en raison de l'âge du nombre des libertés fondamentales consacrées par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par la Constitution du 4 octobre 1958 (Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 15 novembre 2017, 16-14.281, publié au *Bulletin*).

²³⁴⁹ Avis cité par B. STIRN, « Approches de l'égalité : le Conseil d'État », in *Égalité et droit social*, (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU, IRJS, tome 51, 2014, pp. 45-64, spéc. p. 21. À notre connaissance, cet avis n'a pas fait l'objet d'une publication.

²³⁵⁰ CE, 19 mai 2006, n° 27692, *T. Lebon*.

²³⁵¹ Cette limite d'âge est aujourd'hui fixée entre 65 et 67 ans selon l'année de naissance de l'agent (Décret n° 2011-288 du 18 mars 2011 relatif à la limite d'âge des agents de la Société nationale des chemins de fer français et de la Régie autonome des transports parisiens)

²³⁵² Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10.465, *Bull.*, V, n° 50.

²³⁵³ Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10.465, *Bull.*, V, n° 50.

²³⁵⁴ Cass. soc., 16 février 2011, n° 10-10.465, *Bull.*, V, n° 50.

Au cas présent, la limite d'âge à l'entrée au cadre statutaire fixée par le Statut de la SNCF semble justifiée par les impératifs du régime spécial de retraite propre au cadre statutaire de l'entreprise. Cette limite d'âge semble avoir vocation à permettre la cotisation d'un nombre d'années suffisant pour ouvrir droit à pension de retraite à taux plein et de garantir l'équilibre financier du régime, conformément à l'article L.1133-2 du Code du travail. Cette clause devrait toutefois perdre de sa pertinence puisque le Président de la République a récemment annoncé sa volonté de réformer le régime spécial de retraite de la SNCF – une « loi-cadre » a été annoncée pour le premier semestre 2018²³⁵⁵. Un alignement sur le régime commun rendrait inutile la présence d'une telle clause et protégerait ainsi l'entreprise de potentiels contentieux fondés sur la prohibition des discriminations en raison de l'âge.

610. Une mise en cause de la responsabilité de la puissance publique du fait de l'illégalité du statut du personnel ? La condamnation pour discrimination de la SNCF, ayant appliqué une clause de nationalité contenue dans son statut réglementaire du personnel, pose nécessairement la question de la responsabilité de la puissance publique. Le Conseil d'État admet en effet que la responsabilité de l'État du fait des lois puisse être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, et, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France²³⁵⁶.

C'est sur ce fondement que des juridictions administratives du fond avaient retenu la responsabilité de l'État dans les contentieux liés aux « contrats nouvelles embauches » et accordé réparation aux employeurs condamnés à indemniser les salariés dont le licenciement, effectué selon les modalités légales alors applicables²³⁵⁷, avait été jugé dépourvu de cause

²³⁵⁵ *Le Monde*, 6 septembre 2017.

²³⁵⁶ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu* n° 279522, *Lebon*, 2007. Voir égal. CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, *Lebon*, 25.

²³⁵⁷ Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », *JORF* n° 179 du 3 août 2005, implicitement ratifiée par les lois n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 et n° 2006-339 du 23 mars 2006, en ce qu'elles prévoyaient les mesures de financement de l'allocation forfaitaire allouée par ladite ordonnance aux travailleurs titulaires d'un contrat « nouvelles embauches ».

réelle et sérieuse par le juge prud'homal²³⁵⁸. On rappellera en effet que la Chambre sociale de la Cour de cassation avait, par un arrêt du 1^{er} juillet 2008²³⁵⁹, déclaré le « contrat nouvelles embauches » contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, de sorte que demeuraient applicables les règles d'ordre public prévues par le Code du travail en matière de licenciement. La loi du 25 juin 2008²³⁶⁰ avait finalement abrogé l'ensemble des dispositions du Code du travail relatives au « contrat nouvelles embauches » et requalifié en contrats à durée indéterminée de droit commun lesdits contrats en cours à la date de publication de la loi, soit le 26 juin 2008.

Dans le même sens, la puissance publique peut engager sa responsabilité *pour faute* lorsqu'elle a édicté ou maintenu un acte administratif illégal²³⁶¹ ou *sans faute*, dans certaines conditions, du fait de décisions administratives légales²³⁶² ou de décisions réglementaires²³⁶³, ou même de décisions non réglementaires²³⁶⁴.

Dans le cas précis de la SNCF, le statut a certes été élaboré par une commission mixte paritaire de l'entreprise²³⁶⁵, mais il n'en demeure pas moins qu'il a été soumis à l'approbation des ministres de tutelles, qui l'a doté d'une valeur réglementaire par décret du 1^{er} juin 1950²³⁶⁶. Techniquement, on peut donc concevoir que la SNCF engage la responsabilité de la

²³⁵⁸ TA, Montpellier, 29 mars 2010, n° 0902407 ; TA, Saint-Denis-de-la-Réunion, 18 octobre 2010, *AJDA*, 2011, p. 912. Voir not. S. CAZET, « La mise en cause de la responsabilité de l'État du fait des lois, dernier rebondissement dans le contentieux du contrat nouvelles embauches », *AJDA*, 2011, p. 912 ; R. DALMASSO, « La vie contentieuse du contrat nouvelles embauches après son abrogation », *RDT*, 2011, p. 327.

²³⁵⁹ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, 07-44.124, *Bull.*, V, n° 146.

²³⁶⁰ Article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JORF* n° 0148 du 26 juin 2008. L'abrogation des dispositions relatives au « contrat nouvelles embauches » a pris effet le 27 juin 2008.

²³⁶¹ CE, ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tabacco Products et SA Philip Morris France*, n° 87753, *Lebon*, p. 78 (règlement pris en méconnaissance du droit communautaire) ; CE, 27 octobre 1976, n° 99878, *Lebon*, 1978 (sur les conséquences financières d'un règlement pris illégalement, lequel s'apparente à une faute du service public).

²³⁶² CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Lebon*, p. 789 (comme du refus légal de prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice).

²³⁶³ CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie c/ Sieur Benne*, *Lebon*, p. 113 (rupture d'égalité devant les charges publiques dont il est résulté un préjudice grave et spécial compte tenu de la nature du commerce du requérant et de la situation de son magasin).

²³⁶⁴ CE, 23 décembre 1970, *EDF c/ Farsat*, *Lebon*, p. 790 (pour l'abandon d'une procédure d'expropriation).

²³⁶⁵ Comprenant des membres de la direction de l'entreprise et des membres des organisations syndicales, sous la présidence d'un fonctionnaire du ministère des travaux publics, des transports et du tourisme.

²³⁶⁶ Décret n° 50-637 du 1^{er} juin 1950 modifiant les attributions du conseil d'administration de la Société nationale des chemins de fer français en matière de personnel, abrogé par . Décret n° 2015-141 du 10 février 2015 relatif à la commission du statut particulier mentionné à l'article L. 2101-2 du code des transports.

puissance publique devant la juridiction administrative – pour faute ou sans faute selon que la clause de nationalité soit déclarée légale ou illégale – afin d’obtenir réparation des sommes qu’elle serait potentiellement condamnée à verser à ses anciens agents contractuels par la Cour d’appel de Paris. La réalité d’un tel recours devrait toutefois rester théorique dans la mesure où l’autorité de tutelle du Groupe public ferroviaire est précisément la puissance publique.

611. En définitive, il est souhaitable que les autorités publiques dressent un inventaire de l’ensemble des restrictions à l’emploi public à l’égard des ressortissants non européens, dont il serait alors possible de vérifier la pertinence. En tout état de cause, on peut regretter que de telles clauses amènent, au sein d’une même structure, à appliquer un statut de travail différent à des personnels exerçant les mêmes fonctions, selon des critères qui apparaissent aujourd’hui dénués de pertinence.

CONCLUSION DE CHAPITRE

612. D'une manière générale, le principe d'égalité ne permet pas de dépasser les catégorisations légales de droit privé ou de droit public dont relèvent les différents personnels du secteur public. En dehors de l'entreprise, l'approche formelle du principe retenue par le Conseil constitutionnel empêche toute comparaison entre les catégories de personnel définies par le législateur. À l'intérieur de l'entreprise, le juge judiciaire semble se borner à contrôler les décisions relevant du pouvoir de décision de l'employeur et écarter le principe d'égalité lorsque les différences de traitement résultent de l'application de règles de droit public qui s'imposent à l'employeur. La position de la Chambre sociale n'est toutefois pas très claire sur ce point. En outre, la question de la validité des clauses de nationalité ou d'âge de recrutement encore contenues dans les statuts réglementaires de certaines entreprises publiques n'a pas encore été clairement tranchée.

En fin de compte, le principe formel d'égalité ne s'oppose pas à ce que des travailleurs soient soumis à des statuts différents alors qu'ils exercent les mêmes fonctions au sein d'une même entreprise. Ces différences de statut, qui ne présentent aucun lien avec la réalisation ou non d'une mission de service public, ne pourront toutefois échapper indéfiniment à toute remise en cause. En effet, tandis que la banalisation des activités menées par les autorités publiques accroît la comparabilité entre les différentes catégories de personnel du secteur public et du secteur privé, les exigences liées à l'égalité concrète progressent indéniablement, comme l'illustre la multiplication des contentieux engagés sur ce fondement.

CONCLUSION DE TITRE

613. À plusieurs égards, l'hybridation du droit du travail et du droit de la fonction publique n'est pas satisfaisante. En dehors de l'entreprise, elle génère des problématiques liées à l'égalité entre les différents travailleurs du secteur public, au sein duquel les différences de statut existantes reposent sur des justifications fragiles, voire non identifiées.

Au niveau de l'entreprise, la coexistence d'agents publics et de salariés au sein d'une même entité tend à priver de visibilité, voire à détruire, les collectivités de travail et communautés d'intérêts. En effet, cette coexistence a nécessité la mise en place d'institutions représentatives du personnel complexes, faisant intervenir à la fois des règles de droit du travail et des règles du droit de la fonction publique dans une proportion qui échappe à toute systématisation et toute cohérence d'ensemble. De surcroît, dans la mesure où les agents publics et les salariés sont dans la majorité des cas employés pour exercer des fonctions similaires, cette coexistence accroît les revendications liées à l'égalité de traitement, source de difficultés aussi bien pour l'employeur que pour son personnel.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

614. L'implantation du droit du travail au sein du secteur public relève directement de la volonté du législateur et, indirectement, de l'œuvre commune des Hautes juridictions. Chacun des procédés utilisés, du fait de la rencontre de deux droits sous-tendus par des logiques distinctes au service d'intérêts de nature différente, se heurte à des difficultés d'application ou des points de friction plus ou moins importants.

L'implantation fragmentée du droit privé du travail conduit à une application distributive des dispositions du Code du travail et à diverses formes d'hybridation du droit du travail et du droit de la fonction publique en dehors de tout impératif lié à la poursuite d'une mission de service public. En tant que telle, cette imbrication est source d'une complexité d'apparence insurmontable. Elle révèle le caractère inabouti de l'implantation du droit privé du travail, sans pour autant permettre d'identifier de contraintes juridiques majeures susceptibles de faire obstacle à une implantation de plus grande ampleur.

En effet, les principes fondamentaux du service public (continuité, mutabilité, égalité) sont déjà appliqués ou peuvent l'être sans difficulté par le juge judiciaire, qu'il s'agisse des règles tenant à la neutralité religieuse ou à l'encadrement du droit de grève, et ce quel que soit la nature juridique du lien d'emploi unissant l'employeur à son personnel.

En outre, en accordant au principe de l'immutabilité du contrat individuel de travail la valeur d'un principe général du droit du travail, le juge administratif a sérieusement porté atteinte à la logique statutaire de l'emploi public, lequel est déjà mis à mal par la faible mobilité des fonctionnaires.

Les spécificités de l'emploi public semblent en réalité reposer sur les spécificités du cadre normatif de la fonction publique lui-même, ce qui revient, de manière tautologique, à justifier d'un particularisme par sa seule existence. En cela, il ne peut suffire à constituer un obstacle juridique à l'implantation continue du droit privé du travail au sein du secteur public.

On l'aura compris, le particularisme juridique de la fonction publique, et plus généralement du droit de l'emploi public, quel que soit la forme statutaire qu'il prend, est contingent d'une appréciation politique qui a pour ressort idéologique la volonté de différencier ou, au

contraire, d'indifférencier le travail réalisé au service de l'intérêt général du travail sous-tendu par des intérêts privés²³⁶⁷.

Dès lors, aucun élément ne peut établir une incompatibilité de principe entre le droit privé du travail et le secteur public. Au déclin progressif du particularisme juridique de l'activité de service public, par un alignement sur le droit commun des activités du secteur privé, répond l'effacement du particularisme juridique de l'emploi dans le cadre d'un service public, par un alignement sur le droit commun du travail au sein du secteur privé.

²³⁶⁷ Voir J.-L. BODIGUEL, Ch-A. GARBAR, A. SUPLOT, *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000.

CONCLUSION GÉNÉRALE

615. Parvenus au terme de cette étude, nous souhaiterions en récapituler les principaux résultats. Une synthèse des positions défendues au cours des pages précédentes sera ci-dessous présentée.

I. L'effacement progressif du particularisme juridique du service public se traduit par une remise en cause générale du lien nécessaire entre la poursuite d'une mission de service public et l'application d'un droit spécifique.

§1) La poursuite d'une telle activité ne préjuge ni de la forme juridique de l'entité qui l'assume, ni même du régime juridique qui lui est applicable. Une telle activité peut indifféremment être confiée à une personne publique ou à une personne privée, employant un personnel indifféremment régi par un statut de droit public ou de droit privé.

1. Pour parvenir à un marché unique et appliquer le plus largement possible les règles économiques et sociales du droit de l'Union européenne, les Institutions européennes ont retenu une acception aussi extensive des notions d'entreprise et d'activité économique qu'est restreinte celle de l'administration publique et de la puissance publique. En conséquence, le droit applicable à l'activité de service public, à l'entité publique qui en a la charge comme à son personnel, a été aligné sur le droit commun de l'Union européenne.

2. Les autorités françaises elles-mêmes ont largement tendance à privilégier la forme de la société de droit privé à participation publique minoritaire pour gérer des services publics. Il en résulte un alignement des modes de gestion des services publics sur le droit commun des sociétés.

3. La gestion d'activités qui relevaient traditionnellement du cœur de l'action administrative et de la souveraineté étatique, est largement externalisée au profit des personnes privées. Il en résulte une certaine érosion de la puissance publique, qui se traduit par la perte de contrôle effectif sur ces activités, au profit de l'affirmation des personnes privées de nature à constituer de véritables « *puissances de fait* ».

4. La soumission du travailleur à un régime exorbitant du droit commun devait initialement découler de la spécificité de son emploi, au service de l'intérêt général, par opposition à l'emploi au service d'intérêts privés. Toutefois, l'état du droit positif ne permet plus d'établir ce lien. Il a ainsi été admis que des corps de fonctionnaires puissent être créés et affectés à des activités purement commerciales, au service de personnes privées, tandis que

les statuts réglementaires du personnel au sein des entreprises industrielles et commerciales ne doivent bien souvent leur survivance qu'à la prévalence de considérations sociales ou économiques, exclusives de tout impératif de service public.

§2) La montée en puissance des droits fondamentaux du travailleur, par le biais des normes constitutionnelles et supranationales, a entraîné une certaine harmonisation de la condition juridique des travailleurs subordonnés, que ces derniers soient employés ou non dans le cadre d'un service public. Toutefois, le service public présente encore une spécificité irréductible qui empêche toute assimilation de ces deux catégories de personnel.

1. Tandis que les principes de bon fonctionnement et de continuité du service public peuvent restreindre les libertés collectives des travailleurs du service public, les obligations déontologiques auxquelles demeurent soumis les fonctionnaires font obstacle à un épanouissement plus large de leurs libertés individuelles. L'intensité de ces restrictions varie néanmoins en fonction, d'une part, de la mission de service public en cause, selon qu'elle touche ou non à l'activité régaliennne de l'État et, d'autre part, du niveau de responsabilité des fonctions exercées par l'agent public.

2. Pour autant, certaines règles exorbitantes du droit commun ne semblent plus nécessairement adaptées aux évolutions de la société. Ainsi, s'agissant du droit de grève au sein des services publics, il conviendrait de dresser un inventaire précis des activités propres à satisfaire les besoins essentiels de la population et des conditions dans lesquelles celles-ci peuvent, ou non, supporter des interruptions résultant de la cessation collective et concertée des travailleurs.

En définitive, parce que ses frontières s'effritent et parce que le traitement juridique qui lui est réservé n'est pas unifié, le service public est particulièrement vulnérable à l'implantation du droit commun et plus particulièrement du droit privé du travail. En effet, l'alignement sur le droit commun des activités de service public rend difficilement identifiable, puis justifiable, un traitement différencié de son personnel.

II. L'implantation du droit privé du travail au sein du secteur public est indéniable mais elle est progressive. Ce caractère inachevé, conjugué au maintien de certaines règles caractéristiques de l'emploi dans le secteur public, favorise les points de frictions et les complexités inutiles.

§1) La recodification opérée par la loi du 21 janvier 2008 a clarifié et étendu des champs d'application du Code du travail aux employeurs publics. Elle n'a toutefois pas été l'occasion d'une réforme de fond, permettant d'intégrer dans le droit commun du travail les éventuelles spécificités du travail réalisé dans le cadre d'un service public. De ce fait, l'articulation des normes demeure source d'incertitudes au sein des entreprises à statut.

1. En l'absence de règle de conflit incontestable en cas de conflit de normes entre des dispositions du Code du travail et le statut réglementaire d'une entreprise, le Conseil d'État a adopté la démarche suivante. Il vérifie en premier lieu que les dispositions du Code du travail intègrent, dans leur champ d'application, l'employeur public en cause. Dans l'affirmative, le Conseil d'État détermine si ces dispositions doivent en tant que telles s'appliquer ou être adaptées en raison des nécessités de service public. Dans la négative, c'est donc le statut qui doit fixer les règles en la matière, mais en respectant les principes généraux du droit du travail, sauf à ce que leur respect soit incompatible avec les exigences du service public.

Si l'on comprend aisément que le juge administratif souhaite par-là concilier les exigences tenant au bon fonctionnement des services publics à la protection des droits des travailleurs, cette méthode peut avoir pour conséquence de priver de cohérence les « statuts-contreparties » des entreprises publiques, lesquels impliquent, comme dans la fonction publique, des rapports d'interdépendance entre les avantages et les sujétions du personnel. À cet égard, les règles de droit privé encadrant la modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ne nous semblent pas adaptées à la logique statutaire de ces entreprises et à la garantie de l'emploi qui y est attachée.

2. Les restructurations du secteur public posent la question du maintien des contrats de travail et du sort des droits et garanties prévus par le statut réglementaire en cas de transfert d'entreprise. Dans la mesure où le contrat de travail au sein des entreprises publiques demeure un acte-condition, déclencheur de l'application du statut, les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail doivent être adaptées au cas particulier du transfert de personnel intervenant entre une entreprise publique à statut et une entreprise du secteur privé, entièrement soumise aux règles du Code du travail.

§2) Par leur action commune, les juges ont participé à une certaine harmonisation des conditions de travail au sein du secteur public.

1. La répartition des compétences juridictionnelles au sein des entreprises à statut demeure source d'incertitudes. L'abondance de la jurisprudence rendue en la matière montre qu'il peut être difficile de distinguer l'acte tenant à l'« *organisation du service public* », relevant de la compétence du juge administratif, de l'acte tenant aux « *conditions d'emploi ou de travail du personnel* », relevant de la compétence du juge judiciaire.

2. Le dialogue des juges permet une application identique des principes fondamentaux du service public quel que soit l'ordre juridictionnel saisi, comme l'illustrent les contentieux liés à l'obligation de neutralité religieuse.

3. La reconnaissance par le juge administratif de « principes généraux du droit du travail » lui permet de pallier l'insuffisance de la protection accordée aux agents publics non titulaires ou aux salariés des entreprises à statut, sans pour autant être lié par la lettre du texte. À cette occasion, le juge administratif a bouleversé la logique statutaire en privilégiant une approche contractuelle de la relation de travail, sous la réserve, certes, de « *nécessités du service public* », dont la teneur ne peut toutefois être véritablement identifiée.

§3) L'influence du droit privé du travail sur les différentes réformes que connaît le droit de la fonction publique ne produit qu'un alignement en demi-teinte du second sur le premier. Les mécanismes issus du droit privé du travail se heurtent ou s'adaptent mal aux particularismes normatifs et culturels dont la fonction publique reste empreinte.

1. Alors que le dialogue social au sein de la fonction publique a été rénové sur le modèle du dialogue social au sein du secteur privé, le principe statutaire et réglementaire a fait obstacle à la reconnaissance d'une valeur juridique des accords collectifs. Celle-ci pourrait toutefois être reconnue sans difficulté par la remise en cause de la logique statutaire, au profit d'un contrat collectif de fonction publique.

2. La rénovation de la gestion des ressources de la fonction publique, qui a intégré les notions de management, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou encore de formation professionnelle sur le modèle des entreprises privées, conduit à favoriser une approche de la fonction publique par métier, et non plus par grade.

À cet égard, alors que la logique statutaire semble avoir pour finalité l'adaptation des emplois aux nécessités du service, elle se traduit dans les faits par une sous-mobilité des fonctionnaires. Les réformes mises en œuvre par le législateur, sur le modèle de la gestion

du personnel au sein du secteur privé, visent à favoriser la mobilité professionnelle des agents à l'intérieur comme à l'extérieur de la fonction publique. En cela, elle heurte l'organisation de la fonction publique sur le modèle de la carrière, par opposition à la logique d'emploi.

Par ailleurs, si la notion d'efficacité est indissociable des exigences tenant au bon fonctionnement et à l'adaptabilité du service public aux besoins de la population, les dispositifs valorisant la performance collective des agents publics se traduisent par une certaine dénaturation des dispositifs originels de l'entreprise. Plus encore, l'introduction d'une logique de rémunération en fonction de la performance individuelle de l'agent public devrait engendrer un coût financier dont il n'est nullement certain qu'il puisse être pris en charge par les autorités ministérielles.

En tout état de cause, l'enchevêtrement de dispositifs épars, lesquels semblent varier à chaque alternance politique, à l'instar du dispositif de réorientation professionnelle ou de la prime de fonctions et de résultats, illustre le caractère éminemment politique du droit de la fonction publique.

3. L'implantation en demi-teinte des règles issues du droit privé du travail ne permet pas d'écarter la fonction de droit commun du Code du travail et sa capacité à régir l'ensemble du « droit du travail subordonné », notamment dans le cadre d'une mission de service public.

En effet, s'agissant des exigences de continuité et de bon fonctionnement du service public, les dispositions relatives au droit de grève dans les services publics sont rassemblées dans le Code du travail et sont applicables indépendamment de la nature publique ou privée du lien d'emploi. En outre, le juge judiciaire ne rencontre aucune difficulté à faire appliquer aux entreprises et salariés régis par le droit privé d'autres principes fondamentaux du service public, tels que la neutralité religieuse.

§4) L'implantation du droit privé du travail dans le secteur public est encore problématique lorsqu'elle se traduit par une hybridation des règles de droit du travail et de celles du droit de la fonction publique. Un tel métissage engendre alors de nouvelles difficultés, auxquelles le droit positif n'apporte pas de solutions convaincantes.

1. Dans les entités employant à la fois des agents publics et des salariés, les autorités publiques ont été contraintes d'intervenir, au cas par cas, pour mettre en place des

institutions représentatives du personnel complexes, faisant intervenir à la fois des règles de droit du travail et des règles du droit de la fonction publique, dont il n'est pas garanti qu'elles permettent aux travailleurs concernés de faire valoir effectivement leurs intérêts respectifs.

2. Les ordonnances du 22 septembre 2017 portant réforme des institutions représentatives du personnel et de la négociation collective invite à une reconfiguration générale de la représentation collective au sein des entités employant un personnel mixte. Il conviendrait alors dégager des principes communs applicables à l'ensemble des situations dans lesquelles coexistent des travailleurs soumis à des statuts juridiques différents. À cet égard, la mise en place de collèges unifiés et la répartition des sièges pourraient s'inspirer des règles visant à assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes, tandis que la détermination de la représentativité des syndicats et de leur capacité à négocier devraient relever, sous réserve d'une intervention législative, des règles s'appliquant aux syndicats catégoriels.

3. L'hybridation des régimes de travail accroît la pertinence des comparaisons opérées entre les travailleurs, employés sous différents statuts pour des fonctions analogues. Elle engendre naturellement des revendications en termes d'égalité, que ce soit entre travailleurs du secteur public ou entre les travailleurs d'une même entreprise, lorsque celle-ci emploie des travailleurs soumis à une pluralité de statuts. L'état actuel du droit positif ne permet ni de contenir, ni de satisfaire ces exigences d'égalité.

En définitive, qu'il relève des statuts de la fonction publique ou des statuts réglementaires d'entreprises publiques, le particularisme de l'emploi public semble être justifié, par une sorte de tautologie, par la simple existence de ce particularisme. En cela, il ne constitue pas un obstacle juridique à l'implantation continue du droit privé du travail dans le secteur public, celle-ci ne résultant finalement que de choix politiques.

BIBLIOGRAPHIE

1. Traités, ouvrages généraux et manuels

- A -

AUBY (J.-M.), AUBY (J.-B.), JEAN-PIERRE (D.), TAILLEFAIT (A.),

- *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 2012, 7^{ème} éd.

- *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, 2002, 4^{ème} éd.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, t. 2, LGDJ, 1975, 2^e éd.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2017, 31^{ème} éd.

- B -

BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, t. 2, *Les rapports collectifs de travail*, Sirey, 1978, 2^{ème} éd.

BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P.),

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2017, 21^{ème} éd.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2009, 17^{ème} éd.

- C -

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1 et 2, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd.

CHEVALLIER (J.),

- *Le service public*, PUF, 2015, 10^{ème} éd.

- *Science administrative*, PUF, 2013, 5^{ème} éd.

- D -

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2017, 4^{ème} éd.

DORD (O.), *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis droit, 2017, 3^{ème} éd.

DUGUIT (L.),

- *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, De Boccard, 3^{ème} éd., 1929.

- *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, Librairie Fontemoing et cie, 2^{ème} éd., 1921.

- *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Collin, 1913, rééd. La mémoire du droit, 1999, p. 51.

- E -

ECKERT (G.), *Droit public des affaires*, LGDJ, 2013, 2^{ème} éd.

- F -

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 2016, 5^{ème} éd.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TRÉMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis, 2012, 2^{ème} éd.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFFONI (G.),

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2018, 20^{ème} éd.

- *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2014, 16^{ème} éd.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2005, 13^{ème} éd.

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, LGDJ, Domat, 2017, 11^{ème} éd.

- G -

GAUDEMET (Y.), STIRN (B.), DAL FARRA (Th.) et ROLIN (F.), *Les Grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, 3^{ème} éd.

GRÉGOIRE (R.), *La fonction publique*, Librairie Armand Colin, 1954.

GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public*, LGDJ, Domat, 2016, 4^{ème} éd.

- H -

HAURIOU (M.),

- *La gestion administrative*, éd. Larose, 1899, rééd. Dalloz, 2012.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, 12^{ème} éd., rééd. Dalloz, 2002.

- *Principes de droit public*, Dalloz, 1910, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2010.

- J -

JÈZE (G.),

- *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, Giard, 1930, 3^{ème} éd., rééd. Dalloz 2004.

- *Les principes généraux du droit administratif*, tome 3, Giard, 1926, 3^{ème} éd., rééd. Dalloz, 2011.

- L-

LACHAUME (J.-F.), PAULIAT (H.), BOITEAU (C.), DEFFIGIER (C.), *Droit des services publics*, LexisNexis, 2015, 2^{ème} éd.

LINOTTE (D.), MESTRE (A.), ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, Litec, 1992, 2^{ème} éd.

LOKIEC (P.), *Droit du travail*, t. 1, PUF, Thémis droit, 2011.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 1956, 1^{ère} éd.

LYON-CAEN (G.), *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 1995.

- M -

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, LGDJ, Domat, 10^{ème} éd., 2016, pp. 25-26.

MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, Economica, 2017, 4^{ème} éd.

MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 2017, 21^{ème} éd.

- N -

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, LGDJ, Domat, Précis, 2016, 5^{ème} éd.

- P -

PÉLISSIER (J.), LYON-CAEN (A.), JEAMMAUD (A.), DOCKÈS (E.), *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, 4^{ème} éd.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, Dalloz, 2017, 11^{ème} éd.

PIQUEMAL (M.), *Le fonctionnaire*, t. 1 et 2, Berger-Levrault, 1979, 2^{ème} éd.

PLANTEY (A.) et PLANTEY (M.-C.), *Traité de la fonction publique*, Lexisnexis, 3^{ème} éd., 2012, p. 1.

- R -

RAY (J.-E.), *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons, 2018, 26^{ème} éd.

RIVERO (J.)

- *Droit administratif*, Dalloz, 1975, 7^{ème} éd.

- *Droit administratif*, Dalloz, 1960, (rééd. 2011), 1^{ère} éd.

RODIÈRE (P.), *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, 2^{ème} éd.

- S -

SAINT-JOURS (Y.), *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, LGDJ, 1986, 2^{ème} éd.

- T -

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 2015, 10^{ème} éd.

TEYSSIÉ (B.), **CESARO (J.-F.)**, **MARTINON (A.)**, *Droit du travail, Relations individuelles*, Lexisnexis, 2014, 3^{ème} éd.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, Thémis droit, 2017, 7^{ème} éd.

- V -

VERDIER (J.-M.), *Syndicats et droit syndical*, vol. 1, Dalloz, coll. Droit du travail, (dir.) G.-H. CAMERLYNCK, 1987, 2^{ème} éd.

VIGOUROUX (Ch.),

- *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2013/2014, 2^{ème} éd.

- *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012.

- W -

WALINE (J.), *Droit administratif*, Dalloz, Précis, 2016, 26^{ème} éd.

2. Ouvrages spécialisés, thèses et monographies

- A -

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), (dir.), *Le Conseil d'État et le droit social*, LGDJ, 2011.

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), **LACABARATS (A.)** et **STIRN (B.)**, (coord.), « Droit du travail et droit de la fonction publique », *Les cahiers de la fonction publique*, suppl. n° 340, 2014.

ASSOCIATION FRANCAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *Le service public*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014.

- B -

BACCHETTA (C.), *Quelle liberté d'expression professionnelle pour les militaires ?*, Economica, 2004.

BARON (F.), *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, PUAM, 1998.

BAUDUIN (B.), *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, th. dactyl., Paris 1, 2017.

BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994.

BERNARD (G.) et **DESCHODT (J.-P.)**, (dir.), *Les forces syndicales françaises*, PUF, 2010, 1^{ère} éd.

BIGOT (G.), *Ce droit qu'on dit administratif...*, La Mémoire du Droit, 2015.

BLATMAN (M.), **VERKINDT (P.-Y.)**, **BOURGEOIS (S.)**, *L'état de santé du salarié*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2014, 3^{ème} éd.

BODIGUEL (J.-L.), **GARBAR (Ch.-A.)** et **SUPIOT (A.)**, (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000.

BONNET (B.) et **DEUMIER (P.)**, (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010.

- C -

CABRILLAC (R.), *Les codifications*, PUF, coll. Droit éthique et société, 2002.

CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008.

CARTIER-BRESSON (A.), *L'État actionnaire*, LGDJ, 2010.

CHAUVET (C.), *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013.

CHEVALLIER (J.),

- *Le service public*, PUF, coll. Que sais-je, 2015, 10^{ème} éd.

- *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, 2^{ème} éd.

CHORIN (J.), *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994.

CHRISTIEN (R.), *Pratique du dialogue social, droit syndical, droit de grève dans les trois fonctions publiques*, Berger-Levrault, 1997.

COSSALTER (Ph.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union Européenne*, LGDJ, 2007.

COURRÈGES (M.), *Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève*, Anne Rideau éd., 2015.

COUTURIER (G.) et AKANDJI-KOMBÉ (J.-F) (dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, Le passage de l'accord à la loi*, IRJS, Les Rencontres Sociales de la Sorbonne, Vol. 1, 2013.

- D -

DE BELLESCISE (R.), *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, 2005.

DEBORD (F.), *Le droit du travail applicable aux salariés des entreprises publiques*, thèse dactyl. Lyon 2, 1994.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, La Librairie du XX^{ème} siècle, 1994.

DIRRINGER (J.), *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015.

DOCKÈS (E.), *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

DRAGO (R.), *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950.

DRIGUEZ (L.), *Droit social et droit de la concurrence*, FEC/Bruylant, Série concurrence, 2006.

- E -

ESPLUGAS-LABATUT (P.), DUBREUIL (C-A.) et MORAND (M.), (dir.), *Le droit public du travail*, L'Épitoque, L'unité du droit, vol. 14, 2016.

- F -

FAVOREU (L.), (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1982.

FERKANE (Y.), *L'accord collectif de travail, Étude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, 2017.

FONT (N.), *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009.

FORTIER (Ch.), (dir.), *Le statut général des fonctionnaires : Trente ans, et après ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014.

- G -

GARBAR (Ch.), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996.

- H -

HAYEK (F.-A.), *Droit, législation et liberté*, t. 2 : *Le mirage de la justice sociale*, PUF/Quadrige, 1976.

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, 2003.

- J -

JEANNEAU (B.), *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.

JESTAZ (Ph.), *Les sources du droit*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005.

JUBÉ (S.), *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011.

- K -

KELSEN (H.),

- *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, coll. La pensée juridique, traduit par Ch. EISENMANN, 1999.

- L -

LACHAUME (J.-F.), VIROT-LANDAIS (A.), *La fonction publique*, Dalloz, Connaissance du droit, 2017, 4^{ème} éd.

LARONZE (F.), *Les conflits de normes dans les relations de travail, contribution à l'étude des organisations*, PUAM, coll. du centre de droit social, 2012.

LE GOFF (J.), *Droit du travail et société*, t. 1 et 2, PUR, 2001.

- M -

MAGGI-GERMAIN (N.), *Négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*, LGDJ, 1996.

MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, 2003.

MBONGO (P.), (dir.), *Traité de droit de la police et de la sécurité*, LGDJ, Lextenso, 2014.

MELLERAY (F.), (dir.),

- *Autour de Léon DUGUIT, Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon DUGUIT*, Université Montesquieu Bordeaux IV, Bruylant, 2011

- *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, Université de Poitiers, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2004.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM, 1997.

MOIZARD (N.), *Transfert d'entreprise, Droit de l'Union européenne et droit français*, Larcier, coll. Paradigme, 2015.

MONIOLLE (C.), *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État : entre précarité et pérennité*, LGDJ, 1999.

MORIN (M.-L.), *Le droit à la négociation collective. Principe général du droit*, LGDJ, 1994.

MORIN (J.-A.), *Le régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles et la responsabilité civile : enquête sur un régime de responsabilité au cœur de la Sécurité Sociale*, th. dactyl. Paris 1, 2016.

MORIN-GALVIN (A.), *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, LGDJ, 2013.

- O -

OGIER-BERNAUD (V.), *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003.

- P -

PERELMAN (Ch.), *Justice et raison*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1972.

PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000.

PISIER (E.) et BOURETZ (P.), *Le paradoxe du fonctionnaire*, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1988.

POCHARD (M.), *Les 100 mots de la fonction publique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2011.

- R -

RADÉ (Ch.) et DECHRISTÉ (C.), (annot.),
- *Code du travail*, Dalloz, 80^{ème} éd., 2017-2018.
- *Code du travail*, Dalloz, 76^{ème} éd. 2014.
- *Code du travail*, Dalloz, 69^{ème} éd., 2007.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 2^{ème} éd.

ROBIN-OLIVIER (S.), *Le principe d'égalité en droit communautaire, Études à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999.

ROSANVALLON (P.), *La question syndicale, Histoire et avenir d'une forme sociale*, Calmann-Lévy, 1988.

ROSA (F.), *Les actes de réglementation privée*, Th. dactyl. Paris 1, 2011.

ROUBAN (L.), *Quel avenir pour la fonction publique ?*, La doc. fr., 2017.

ROUVILLOIS (F.) et DEGOS (M.) (dir.), *La privatisation de l'État*, CNRS, 2012.

RUZIE (D.), *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, LGDJ, 1960.

- S -

SUPIOT (A.), *Critique de droit du travail*, PUF, coll. Quadrige, 2015, 3^{ème} éd.

SUPIOT (A.), (dir.),

- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, rééd. 2016.

- *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998.

SWEENEY (M.), *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, L'Építoge-Lextenso, l'Unité du Droit, Vol. 5, 2016.

- T -

TERNEYRE (Ph.), *La grève dans les services publics*, Sirey, 1991.

TEYSSIÉ (B.), *Code du travail*, Lexisnexis, 2018.

TOUZEIL-DIVINA (M.) et SWEENEY (M.), (dir.), *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité(s) du droit ?*, L'Építoge, L'Unité du droit, vol. 1, 2012.

- W -

WAQUET (Ph.), *L'entreprise et les libertés du salarié*, Liaisons, coll. Droit vivant, 2003.

WAQUET (Ph.), **STRUILLOU (Y.)** et **PÉCAUT-RIVOLIER (L.)**, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, Liaisons, coll. Droit vivant, 2014.

WEBER (B.), *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2007.

- Z -

ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, LGDJ, 2015.

3. Articles, notes de jurisprudence, observations et conclusions

- A -

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), « Cheminer par les méandres juridictionnels d'un principe », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, (L.) PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLOU (dir.), *Égalité et droit social*, IRJS, tome 51, 2014, p. 13.

ALADJIDI (F.), « Le droit de grève et le service public d'exploitation des centrales nucléaires : les pouvoirs de réglementation et de réquisition de la société Électricité de France,

conclusions sur CE, ass., 12 avril 2013, *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines et Autres*, n° 329570 et al », *RFDA*, 2013, p. 637.

ANTONMATTEI (P.-H.),

- « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.*, 2015, p. 351.

- « La réécriture des champs d'application du Code du travail », *SSL* 2010, suppl., n° 1472, p. 60.

ARVIS (B.), « Contrôle du juge administratif sur les dérogations du statut de la SNCF au Code du travail », *AJDA*, 2012, p. 1467.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Entretien avec le vice-président du Tribunal des conflits », *JCP G*, 2014, 598.

AUBERT-MONPEYSSEN (Th.), « Principe "à travail égal, salaire égal". Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? » *JCP E*, 2007, 1960.

AUBIN (E.),

- Retour sur quelques idées reçues, *AJDA*, 2017, p. 383

- « Fonction publique et service public », in (coll.) *Le service public*, Thèmes et commentaires AFDA, Dalloz, 2014, p. 223.

- « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

AUBY (J.-B.),

- « À propos de la notion d'exorbitance en droit administratif », in MELLERAY (F.) (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, éd. Université de Poitiers, diff. LGDJ, 2004, p. 9.

- « Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit française », in (dir.) AUBY (J.-B.) et FREEDLAND (M.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 19.

- « Réflexions sur les rapports du droit de la fonction publique et du droit du travail au travers du cas du secteur hospitalier », *Dr. Soc.*, 1989, p. 153.

AUBY (J.-M.), « L'évolution des sources du droit de la fonction publique », *AJDA*, 1984, p. 246.

AUZERO (G.), « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2006, p. 822.

AZOUAOU (Ph.), « Les obligations du fonctionnaire imposées au salarié », *CSBP*, 2014, n° 269, p. 719.

- B -

BABIN (L.), LIGNÈRES (P.), « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.*, 2002, n° 5.

BACCHETTA (C.), « La liberté d'association professionnelle dans les armées », *Les Champs de Mars*, 2001, n° 9.

BACHELIER (G.), « Le Tribunal des conflits : juge administratif ou juge judiciaire ? », in A. VAN LANG (dir.), *Le dualisme juridictionnel, limites et mérites*, Dalloz, 2007, p. 67.

BAILLEUL (D.), « Vers la fin de l'établissement public ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, 2006, 100017.

BARAV (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 1.

BARBÉ (F.), GILLARD-DUPIN (P.) et TUAL (M.-C.), « Code du travail, un lifting qui fait des vagues », *CEC magazine*, 2007, n° 121.

BAUDUIN (B.) et BODDAERT (J.), « L'appréhension de l'égalité par le droit social et le droit civil », in AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), PÉCAUT-RIVOLIER(L.) et STRUILLOU (Y.), (dir.), *Égalité et droit social*, IRJS, 2014, p. 99.

BAUGARD (D.), « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit privé », *Les Cahiers de la fonction publique*, suppl. 2014, n° 340, pp. 38-45.

BAZILE (S.), « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », *AJFP*, 2010, p. 116.

BEAUD (O.), « Obligation de réserve ou devoir de parler ? Deux conceptions de la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 865.

BÉRAUD (J.-M.), « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 197.

BERNAUD (V.), « Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ? », *Dr. soc.*, 2013, p. 496.

BERROD (F.), « Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle », in (coll.) *Le service public*, Dalloz, coll. Thème et commentaires de l'AFDA, 2014, p. 108.

BÉROUJON (F.), « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *RFDA*, 2008, p. 26.

BIGOT (G.),

- « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », *RFDA*, 2008, p. 1.

- « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 527.

BODIGUEL (J.-L.), « Fonction publique et intérêt général », in BODIGUEL (J.-L.), GARBAR (Ch.) et SUPIOT (A.), (dir.), *Servir l'intérêt général*, PUF, 2000, p. 36.

BOISSARD (S.), « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut, Conseil d'État, 29 juin 2001, *Philippe Berton* », *Dr. soc.*, 2001, p. 948.

BOITEAU (C.),

- « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA*, 2017, p. 57.

- « Vers une définition du service public ? », *RFDA*, 2007, p. 803.

- « L'exorbitance du droit des services publics », in F. MELLERAY (dir.) *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 179.

BORGETTO (M.), « Égalité, solidarité... équité ? », in G. KOUBI (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 – antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 239.

BORENFREUND (G.), « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 429.

BOTTEGHI (D.), « Quelle protection pour un fonctionnaire représentant des salariés de droit privé ? », *RDT*, 2011, p. 558.

BOUALILI (H.), « Laïcité et port du foulard islamique au travail, Conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010 », *Dr. Soc.*, 2011, p. 779.

BOUILLON (H.), « Reprise en régie d'un SPA et refus du salarié de voir son contrat de travail transformé en contrat de droit public », *AJFP*, 2017, p. 199.

BOUISSON (S.), « L'agent public entre l'allégeance et la tentation d'Antigone : la clause de conscience », *AJFP*, 2003, p. 34.

BOURDON (P.), « La garantie de l'État en faveur des établissements publics industriels et commerciaux : une aide d'État illicite, mais pas rédhibitoire », *Revue UE*, 2015, p. 523.

BOURDON (J.), « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP*, 2005, p. 284.

BRAIBANT (G.), « Codification : pourquoi ? Comment ? », *RFAP*, 1995, p. 133.

BRAIBANT (G.) et ZARADNY (A.), « L'action de la Commission supérieure de codification », *AJDA*, 2004, p. 1856.

BRUNET (P.), « Doctrines "juridictionnelles" et doctrine "méta-conceptuelles" du service public », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 22.

BUFFA (S.), « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AJFP*, 2013, p. 5.

- C -

CABRILLAC (R.),

- « D'un code à l'autre, les difficultés d'une recodification », in *De code en code : Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, 2009, p. 53.

- « L'idéologie des tentatives contemporaines de codification : l'exemple français », in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?*, *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruylant, 2004, p. 409.

CAILLOSSE (J.), « La modernisation de l'État », *AJDA*, 1991, p. 755.

CARTIER-BRESSON (A.), « Externalisation et contraintes communautaires », in ROUVILLOIS (F.) et DEGOTTE (M.) (dir.), *La privatisation de l'État*, CNRS, éd. 2012, p. 30.

CATHERINE (A.), « Compétence du pouvoir réglementaire et définition des conditions d'exercice de droits constitutionnellement protégés : le cas du droit de grève et du droit à l'information et à la participation du public en matière environnementale », *RFDC*, 2013, n° 94.

CAVALLO PERIN (R.), **GAGLIARDI (B.)**, « La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne : les modèles italien et français de recrutement dans la fonction publique », in *Droit du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, Éd. L'Épilogue-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. 1, p. 169.

CAZET (S.), « La mise en cause de la responsabilité de l'État du fait des lois, dernier rebondissement dans le contentieux du contrat nouvelles embauches », *AJDA*, 2011, p. 912.

CESARO (J.-F.), LAGESSE (P.), « De l'égalité liberté à l'égalité justifiée », in (dir.) CESARO (J.-F.), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, p. 3.

CHALARON (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle LOCHAK*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2007, p. 251.

- « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995.323.

CHAMPY (G.), « Le caractère propre du droit syndical dans les établissements privés sous contrat d'association », *Dr. soc.*, 2017, p. 537.

CHAPUS (R.), « De la valeur des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chron. 99.

CHAUMETTE (P.), « Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant ? », in (dir.) A. SUPIOT, *Le travail en perspectives*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998.

CHENOT (B.), « Les paradoxes de l'entreprise publique », *Revue française de science politique*, 1955, n° 4, pp. 725-735.

CHEVALLIER (J.),

- « Contractualisation et régulation », in (dir.), CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2008, p. 83.

- « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol.2, PUF, 1979, p. 50.

- « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 11.

CHORIN (J.),

- « Débats », in *Droit du travail et droit de la fonction publique*, Actes du colloque inaugural du 12 janvier 2014, Les rencontres sociales de la Sorbonne, *Les Cahiers de la fonction publique*, n° 3340.

- « Choix nationaux et choix européens : le reflux des statuts dans les services publics industriels et commerciaux », *Dr. soc.*, 2011, p. 448.

- « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », *JCP S*, 2010, 1463.

- « La grève dans les services publics, Quelques questions d'actualité », *Dr. soc.*, 2003, p. 567.
- « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.*, 2002, p. 410.
- « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA*, 2000, p. 382.
- « Entreprises publiques à statut : actualité jurisprudentielle », *Dr. soc.*, 1996, p. 175.

COHEN (D.), « Droit du travail et droit public : les questions préjudicielles et la Chambre sociale de la Cour de cassation », *AJDA*, 1991, p. 596.

COMBARNOUS (M.), « L'Équité et le juge administratif », *Justices*, 1998, n° 9, p. 77.

COMBREXELLE (J.-D.) et LANOUZIÈRE (H.), « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Dr. soc.*, 2007, p. 517.

COMBREXELLE (J.-D.), « Application du principe dont s'inspire l'article 1326 du Code civil à un contrat administratif » (concl. sur CE, section, 18 juin 1996, *Krief*), *JCP G*, 1996. II. 227004.

CORMIER (Ch.), « L'établissement français du sang », *RDSS*, 2001, p.763.

COSSALTER (P.), « Le droit de l'externalisation des activités publiques dans les principaux systèmes européens », Chaire-MADP, Sciencepo.fr.

COUTURIER (G.), « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études à J. FLOUR*, Defrénois, 1979, rééd. LGDJ, 2013, p. 95.

- D -

DALMASSO (R.), « La vie contentieuse du contrat nouvelles embauches après son abrogation », *RDT*, 2011, p. 327.

DE BÉCHILLON (D.), « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ*, 2006, p. 29.

DE BELLESCIZE (R.),

- « La Constitution comme obstacle à la privatisation de l'État », in *La privatisation de l'État*, (dir.) ROUVILLOIS (F.) et DEGOFFE (M.), CNRS éd. 2012, p. 89.

- « Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel », *RFDA*, 2006, p. 1163.

- « La réforme du statut général des militaires (Loi n° 2005270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires) », *RDP*, 2006, n° 2, p. 313.

DEBORD (F.),

- « Contrat de travail de droit public et contrat de travail de droit privé », *RDT*, 2016, p. 693.
- « Fonctionnaire détaché : l'opposition au renouvellement du détachement ne constitue pas un licenciement », *RDT*, 2013, p. 31.
- « Droit du travail dans le secteur public », *RDT*, 2010, p. 692.
- « France Télécom : application cumulée à une même relation de travail d'un statut de fonctionnaire et du Code du travail », *RDT*, 2008, p. 306.

DEBORD (F.), GIRAUDET (C.), « Droit public ou privé de la représentation du personnel : quelles différences pour qui ? », *RDT*, 2017, p. 782.

DE SILVA (I.), « Conclusions sur CE 23 avril 2009, *M. Guigue* », *AJDA*, 2009, p. 1373.

DE CORAIL (J.-L.),

- « La notion d'entreprise d'intérêt général et l'interventionnisme économique », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur de Georges Péquignot*, t. 1, CERAM, 1984, p. 143.
- « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », in *Mélanges EISENMANN*, Cujas, 1975, p. 299.

DE GOUTTES (M.), « Le dialogue des juges », à l'occasion du colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel organisé le 3 novembre 2008, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel.

DE MONTALIVET (P.), Les objectifs de valeur constitutionnelle, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006.

DE MONTECLER (M.-Ch.),

- « Une nouvelle étape dans la banalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2017, p. 140
- « Mobilité dans la fonction publique : l'occasion manquée », *AJDA*, 2003, p. 1081.
- « L'indemnisation des chômeurs ayant travaillé dans le privé et dans le public », *AJDA*, 2003, p. 395.

DE SILVA (I.), concl. sur CE 23 avril 2009, *M. Guigue*, *AJDA*, 2009, p.1373.

DELION (A.-G.),

- « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, 2007/4, p. 537.
- « Service public et comptabilité publique », *AJDA*, 1997, p. 69.
- « La notion d'entreprise publique, *AJDA*, 1979, p. 3.

DEREPAS (L.), « Le régime de prévoyance des maîtres de l'enseignement privé doit être négocié selon les règles de droit commun », *Dr. soc.*, 2009, p. 475.

DEVES (C.), « De la société d'économie mixte locale à la société publique locale : similitudes ou grand écart », *RFDA*, 2013, p. 1082.

DORD (O.), « La loi Mobilité ou l'adaptation du statut par une gestion renouvelée des personnels », *AJDA*, 2010, p. 193.

DOUVRELEUR (O.), « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012/3, n° 143, p. 286.

DRAGO (R.), « La codification en droit administratif français et comparé », *Droits*, n° 24, 1996, p. 95.

DREYFUS (J.-D.), « L'externalisation, éléments de droit public », *AJDA*, 2002, p. 1214.

DRIGUEZ (L.), « Effet du transfert d'entreprise sur les droits conventionnels des salariés », *Rev. Europe*, 2013, comm. 418.

DRIGUEZ (L.) et RODRIGUES (S.), « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation », *AJDA*, 2008, p. 191.

DUBOS (O.), « L'exorbitance du droit de la fonction publique », in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, éd. Université de Poitiers, diff. LGDJ, 2004, p. 243.

DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence source abusive du droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 1960, t. 2, p. 349.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.),

- « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Colloques & débats, LexisNexis, 2012, p. 57.

- « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA*, 2008, p. 499.

DUQUESNE (F.), « Autodétermination des grévistes lors de la prise de service dans le secteur des transports de voyageurs », *Dr. soc.*, 2010, p. 1099.

DURAND (P.),

- « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective. Le "statut du personnel" et la théorie des sources du droit du travail », *CJEG*, 1954, p. 99.

- « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.*, 1952, rééd. *Dr. soc.*, 2010, p. 1246.

- « Les entreprises nationalisées et la juridiction prud'homale », *Dr. soc.*, 1949, p. 341.

- « La crise de la Législation », *Dr. soc.*, 1946, p. 177.

- « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.*, 1942, p. 83.

DURUPTY (M.), « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *Rev. adm.* 1984, p. 7.

DYENS (S.), « Le lanceur d'alerte dans la loi "Sapin 2" : un renforcement en trompe-l'œil », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p. 127.

- E -

ECKERT (G.), « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP A*, n° 21, 26 mai 2014, 2160.

EISENMANN (Ch.),

- « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 379.

- F -

FABRE (A.),

- « Les négociateurs sociaux, "seuls juges" du principe d'égalité », *Dr. soc.*, 2015, p. 237.

- « L'égalité en droit privé », in (dir.) J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, L. PÉCAUT-RIVOLIER et Y. STRUILLLOU *Égalité et droit social*, IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2014, p. 87.

- « Les techniques de contrôle du pouvoir de l'employeur : une comparaison public/privé », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, (dir.), M.TOUZEIL-DIVINA et M. SWEENEY, L'unité du droit, L'Épilogue, 2012, p. 65.

FABRE (A.), **GRÉVY (M.)**, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362.

FATÔME (E.), « Établissement public et service public », *AJDA*, 1997, p. 96.

FERKANE (Y.), « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, vol. 1, Collection L'Unité du droit, L'Épilogue, 2012, p. 129.

FERRIER (N.), « À propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail », *D.*, 2008, p. 2011.

FOMBEUR (P.),

- « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 28 février 2001, Casanovas », *RFDA*, 2001, p. 399.

- « Liberté d'expression et discrétion professionnelles des fonctionnaires de l'administration du travail », *Dr. soc.*, 2001, p. 263.

FONT (N.),

- « La liberté syndicale : du droit privé au droit public », *Dr. soc.*, 2017, p. 486.
- « Le chômage du fonctionnaire », *AFJP*, 2012, p. 341.
- « La notion de "travailleur" à l'aune des droits nationaux et internationaux », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, dir. TOUZEIL-DIVINA, coll. L'Unité du Droit, éd. L'Épilogue-Lextenso, 2012, p. 39.

FORTIER (Ch.), « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public », *AJDA*, 1999, p. 291.

FOULQUIER (N.) et ROLIN (F.), « Constitution et service public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2012, n° 37.

FOURNIER (J.), « L'entreprise publique. Une espèce hybride en voie de disparition ou une plante vivace porteuse d'avenir ? », in (dir.) SUPIOT (A.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, Les sens du droit, 2015, p. 287.

FRATACCI (S.), « La gestion des ressources humaines dans l'administration », *AJFP*, 2000, p. 6.

FROUIN (J.-Y.), « Protection de la personne du salarié, intérêt de l'entreprise et construction prétorienne du droit du travail », *JCP S* 2010, 1087.

FUSILIER (R.), « Le statut du personnel des entreprises nationalisées comparé au statut de la fonction publique », *RDP*, 1956, p. 502.

- G -

GAEL (B.), « Modernisation de la fonction publique et mobilité : la réforme des mises à dispositions », *AFJP*, 2007, p. 324.

GARBAR (Ch.-A.),

- « Service public de crise, service public en crise. Quelques réflexions sur la déconstruction du "service public à la française" », in (dir.) BERRAMDANE (A.), CREMER (W.), PUTTLER (A.), ROSSETTO (J.), *Union Européenne : Crises et perspectives*, Mare et Martin, coll. droit public, 2014, p. 185.
- « Pour un cours unique de droit des relations de travail ? » in *13 paradoxes en droit du travail*, (dir.) WAQUET (Ph.), Lamy, coll. Axe droit, 2012.
- « Les EPIC face à leurs personnels. De la différenciation à l'indifférenciation », *JCP A* 2009, 2199.
- « Les relations du travail dans les entreprises publiques peuvent-elles servir de modèle à la Fonction publique ? », *Rev. adm.*, 2004, p. 189.
- « Le droit social vu du droit public : un lieu d'hybridation », *SSL*, 2002, Supplément n° 1095, 40.

- « Principes généraux du droit du travail : une nouvelle étape vers la banalisation du droit applicable aux personnels des entreprises à statut ? (Quelques remarques sur l'arrêt *Berton*) », in *Mélanges en l'honneur de B. JEANNEAU*, Dalloz, 2002, p. 119.

- « La résistible théorie de l'applicabilité du Code du travail au personnel des entreprises publiques à statut. Quelques remarques sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation et du Conseil d'État (1995-1998) », *RJS*, 1998, chron. p. 355.

GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron. XVIII, p. 91.

GAUDEMET (P.-M.), « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. XXXV, p. 137.

GAUDEMET (Y.), « Droit public et droit social - rapport de synthèse », *Dr. soc.*, 1991, n° 3, p. 241.

GAUDU (F.), « La fraternité dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1990, p. 134.

GÉA (F.), « De la capacité d'un syndicat catégoriel à conclure un accord collectif sur le PSE », *Dr. soc.*, 2015, p. 613.

GEFFROY (J.-B.), « Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *RDJ*, 1987, p. 49.

GENNEVOIS (B.), « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 1998, p. 477.

GESLOT (Ch.), « La vocation du fonctionnaire au service public n'est pas un principe constitutionnel », *AFJP*, 2013, p. 11.

GLASER (E.),

- « La privatisation des sociétés d'autoroute, Conclusions sur CE, section, 27 septembre 2006, Bayrou et autres », *RFDA*, 2006, p. 1147.

- « Article L. 122-12 et service public administratif, Conclusions sur CE, 22 octobre 2004, Lamblin, n° 245154 », *Dr. soc.*, 2005, p. 37.

GOHIN (O.), « Rapport de synthèse des journées de colloque », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, TOUZEIL-DIVINA (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'Épitoge-Lextenso, 2012, p. 246.

GOUTNER-DIALLO (A.), « D'un avis du Conseil d'État à une décision du Conseil constitutionnel : la disparition d'un principe constitutionnel relatif aux missions de service public des corps de fonctionnaires », *RFDA*, 2013, p. 407.

GRATTON (L.), « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *Dr. soc.*, 2016, p. 4.

GRÉVY (M.), « Pouvoirs et libertés », *RDT*, 2008, p. 8.

GROSHENS (J.-C.), « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *AJDA*, 1966, p. 140.

GUGLIELMI (G.), « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », *Dr. ouvr.*, 2008, p. 175.

GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), « La notion de service public en droit européen », *AJDA*, 2009, p. 1783.

GUILLET (N.), « Droit de grève : L'élargissement du pouvoir de réquisition aux autorités d'une société privée gérant un service public » [PDF] in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 17 mai 2013.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.),

- « Régime juridique applicable aux agents de différentes catégories de personnes publiques », *AJDA*, 2000, p. 410.

- « Le contrat de travail des agents de la SNCF ne peut être modifié sans leur accord », *AJDA*, 2001, p. 648.

GUYOMAR (M.), DOMINO (X.), « Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice », *AJDA*, 2012, p. 27.

- H -

HASSLER (Th.), « L'intérêt commun », *RTD Com.*, 1984, p. 581.

HERVIEU (N.), « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 288.

HOUILLOU (G.), « Lobbying et progression du droit négocié », in *La privatisation de l'État*, (dir.) F. ROUVILLOIS et M. DEGOFFE, CNRS, éd. 2012, p. 165.

- I -

ILIOPOULOU (A.), « Le principe de non-discrimination devant les juges communautaire et national », in *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, (dir.) ROSSETTO (J.), BERRAMDANE (A.), Presses universitaires François-Rabelais, 2013, p. 243.

INÈS (B.), « Notion de syndicat catégoriel : rôle des statuts et pratiques syndicales », *Dalloz Actualités*, 20 novembre 2014.

ICARD (J.), « L’alerte individuelle en droit du travail », *Dr. soc.*, 2017, p. 545.

- J -

JACOTOT (D.), note sous Cass. soc., 18 décembre 2007, *RATP c/ Somazzi*, *JCP*, 2008, II, 10023.

JACQUEMIN (A.), REMICHE (B.), « Le pouvoir judiciaire entre l’opportunité et la légalité économique », in (dir.) JACQUEMIN (A.), REMICHE (B.), *Les magistratures économiques et la crise*, Bruxelles, 1984, p. 9.

JEAMMAUD (A.),

- « Du principe d’égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.*, 2004, p. 698.

- « Le principe de faveur – Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.*, 1999, p. 115.

- « La codification en droit du travail », *Droits*, 27, 1998, p. 166.

- « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *AJDA*, 1991, p. 612.

JEAMMAUD (A.) et LYON-CAEN (A.), « Ni indignité, ni excès d’honneur », *RDT*, 2007, p. 356.

JEANNEAU (B.),

- « L’évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques », in *Mélanges offerts à Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 243.

- « La théorie des principes généraux du droit à l’épreuve du temps », *EDCE*, 1981-1982, n° 33, p. 46.

JEANNOT (G.), « Réforme de la fonction publique et réorganisation de l’État », *Esprit*, n° 350, déc. 2008, p. 94.

JEAN-PIERRE (D.),

- « La quête du “GRAF” », *JCP A*, 2010, p. 2301.

- « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *JCP A*, 2010, p. 2284.

- « La loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique », *JCP A*, 2009, p. 2232.

- « Égalité des rémunérations, celui qui était fonctionnaire, celui qui ne l’était pas », *JCP A*, 2009, n° 18, 2104.

- « Rémunérer le mérite dans la fonction publique : la grande illusion ou un nouvel espoir ? », *JCP A*, 2004, p. 1738.

- « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A*, 2003, n° 29.

JEANSEN (E.),

- « L'accord collectif propre au personnel navigant commercial, accord catégoriel ou intercatégoriel » ? *JCP S*, 2017, 1350.
- « L'articulation des dispositions du Code du travail avec les statuts d'entreprise », in *L'articulation des normes en droit du travail*, TEYSSIÉ (B.) (dir.), Economica, 2011, p. 128.

JULIEN-LAFERRIÈRE (F.), « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *L'Unité du Droit, mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 395.

- K -

KARPENSCHIF (M.),

- « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP A*, 2009, n° 31-35, 2197.
- « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, p. 58.

KERBOUC'H (J.-Y.), « Nouveau Code du travail et frontières du salariat », *SSL*, Supplément, n° 1472, p. 54.

KOVAR (R.), « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, 1996, p. 215.

KOUBI (G.),

- « L'idéologie du service public », in *Le service public*, AFDA, Dalloz Thèmes et commentaires, 2014, p. 41.
- « Orientation et réorientation professionnelles. Indices d'une disparition programmée du modèle de la fonction publique », in (dir.) M. TOUZEIL-DIVINA, M. SWEENEY, *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, L'Épitoge-Lextenso, 2012, p. 234.

- L -

LACABARATS (A.), « Ouverture de la journée des rencontres de la Chambre sociale », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2012, n° 768, p. 6.

LACHAUME (J.-F.),

- « Brèves remarques sur les services publics à double visage », *RFDA*, 2003, p. 362.
- « Les non-principes généraux du droit », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau*, Dalloz, 2002.
- « La prohibition, par un principe général du droit, des sanctions pécuniaires dans le secteur public », *Dr. soc.*, 1989, p. 513.

LANDAIS (C.), concl. sur CE, section, 23 mars 2012, *Fédérations Sud Santé sociaux*, n° 331805, *RFDA*, 2012, p. 432.

LANOUZIÈRE (H.),

- « Recodification du Code du travail et intéressement : pourquoi le droit constant a bien été respecté », *JCP S*, 2010, 1165.

- « La santé et la sécurité au travail », *AJDA*, 2008, p. 861.

LAROQUE (P.), « Contentieux social et juridiction sociale », *Dr. soc.*, 1945, p. 272.

LATOURE (X.), « La place du secteur privé dans la politique moderne de sécurité », *AJDA*, 2010, p. 657.

LENICA (F.), « La réglementation du droit de grève à la RATP », *AJDA*, 2010, p. 1719,

LE BOT (O.), « “Dehaene” n’est pas mort », *Constitutions*, 2011, p. 255.

LE PORS (A.),

- « Faut-il rapprocher les statuts d’agents publics et de salariés », *RDT*, 2010, p. 144.

- « Une loi de dénaturation de la fonction publique », *JCP A*, 2007, 2069.

LEBEN (Ch.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d’égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 295.

LEGRAND (A.),

- « Quand parité rime avec difficultés », *AJDA*, 2015, p. 1552.

- « Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique », in *L’unité du Droit, mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 59.

LEMAIRE (E.), « Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police », *RFDA*, 2009, p. 767.

LIGNERES (P.), « Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non régaliennes », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bryulant, 2007, p. 983.

LHERNOULD (J.-Ph.), « Interdictions d’emploi des étrangers : la préférence nationale confirmée », *Dr. soc.*, 2003, p. 1094.

LINDITCH (F.), « Puissance publique et externalisation », in *La puissance publique*, LexisNexis, Colloques & débats, Travaux de l’AFDA, 2012, p. 77.

LINOTTE (D.), « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et accession du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *Act. Jur.*, 1980, p. 632.

LOCHAK (D.),

- « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.*, 1990, p. 76.

- « La liberté syndicale dans la fonction publique », *Dr. ouvr.*, 1978, p. 85 (orthographié LOSCHAK).
- « Principe hiérarchique et participation dans la fonction publique », *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, 1976, n° 37, p. 121 (orthographié LOSCHAK).

LOKIEC (P.),

- « Qui dit conventionnel dit juste ! L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP G*, 2015, 282.
- « La sanction disciplinaire déguisée », *RDT*, 2012, p. 145

LOMBARD (M.),

- « L'impact du droit communautaire sur les entreprises publiques » et « L'impact du droit communautaire sur le service public », in (dir.) AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 901.
- « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA*, 2006, p. 79.
- « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *AJDA*, 1991, p. 605.
- « L'application du Code du travail aux "entreprises à statut" », *AJDA*, 1991, p. 604.

LOMBARD (M.), GLASER (E.) et NICINSKI (S.), « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », *AJDA*, 2014, p. 1242.

LORDONNOIS (M.), « L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron », *RFDA*, 2016, p. 94.

LOUBET DEL BAYLE (J.-L.), « La police dans le système politique », *Revue française de science politique*, n° 3, juin 1981, p. 513.

LOUVEL (B.), « Pour l'unité de juridiction », tribune du 25 juillet 2017, disponible sur le site de la Cour de cassation.

LYON-CAEN (A.), « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 68.

LYON-CAEN (G.),

- « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvr.*, 2004, p. 49.
- « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 709.
- « Le droit de grève des fonctionnaires », *Dr. ouvr.*, 1952, p. 1.
- « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951, reproduit in *Dr. ouvr.* 2004, p. 52

- M -

MAGGI-GERMAIN (N.), « Mobilis in mobile : Le Code du travail en mouvement », *SSL*, Suppl., n° 1472, 2010, p. 62.

MARC (E.),

- « Les rapports droit du travail-droit de la fonction publique vus du droit public », *Les CFP*, suppl. n° 340, 2014, p. 46.
- « Une protection accrue de la santé et de la sécurité de “l’homme au travail” dans la fonction publique », *AJDA*, 2011, p. 2284.
- « La fin non assumée de la garantie de l’emploi des fonctionnaires et/ou l’émergence d’un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », *AJDA*, 2011, p. 162.

MARC (E.), STRUILLOU (Y.),

- « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Dr. adm.*, 2010, étude 20.
- « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l’émergence d’un droit de l’activité professionnelle », *RFDA*, 2010, p. 1181.

MARCOU (G.),

- « Maintenir l’expression et la notion de “service public” », *AJDA*, 2008, p. 833.
- « Que reste-t-il de l’alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192.

MARGUÉNAUD (J.-M.), MOULY (J.), « L’avènement d’une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH. 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*) », *D.* 2009, 739.

MARILLIA (F.), « L’européanisation du droit public du travail dans le secteur public », in *Le droit public du travail*, Éd. L’Épilogue-Lextenso, Coll. L’Unité du droit, 2016, p. 37.

MARQUIS (C.), « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Dr. soc.*, 2003, p. 583.

MARTENS (P.), « Les tribunaux de commerce et la crise. Entre le déni de justice et l’excès de pouvoir », in (dir.) JACQUEMIN (A.) et REMICHE (B.), *Les magistratures économiques et la crise*, Bruxelles, 1984, p. 143.

MASHKOVA (E.), « Travail stable, travail précaire : confrontation productrice de risques. L’hypothèse mise à l’épreuve dans le secteur du bâtiment. Note de synthèse du rapport de recherche », *Revue française des affaires sociales*, 2008, p. 391.

MATELLY (J.-H.), « L’incertaine liberté critique du militaire », *AJDA*, 2005, p. 2156.

MATUTANO (E.), « La mobilité d’emploi dans les fonctions publiques : entre textes incitateurs et pratiques restrictives », *AJFP*, 2009, p. 19.

MAUCLAIR (S.), « La force normative de l’adage *specilia generalibus derogant* » in *La force normative, Naissance d’un concept*, THIBIERGE (C.), LGDJ, Bruylant, 2009.

MAUGÜÉ (Ch.) et COURRÈGES (A.), « La méthode et le processus de recodification », *AJDA*, 2008, p. 842.

MAZEAUD (A.), « Licenciement des salariés refusant les offres de contrat présentées en cas de reprise par une personne publique (dans le cadre de l'article L. 1224-3 du Code du travail antérieurement au transfert) », *Dr. soc.*, 2013, p. 755.

MAZIÈRES (A.), note, *Dr. ouvr.*, 2013, p. 651.

MEKHANTAR (J.),

- « Des mobilités des personnels à l'unité du droit social », *AJFP*, 2009, p. 225.
- « Manquement à l'obligation de discrétion professionnelle par courriel », *AFJP*, 2007, p. 28.
- « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques », *AJFP*, 2000, p. 21.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.),

- « La loi et le principe d'égalité », *RFDA*, 2013, p. 952.
- « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29.

MELLERAY (F.),

- « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, 2013, p. 119.
- « L'impossible codification de l'obligation de réserve des fonctionnaires ? », *AJDA*, 2013, p. 1593.
- « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 2045.
- « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *AJDA*, 2007, p. 1752.
- « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom », *AJDA*, 2003, p. 2078.
- « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », *AJDA*, 2003, p. 1961.

MELLERAY (F.), MAUGÜÉ (Ch.), COURRÈGES (A.), « Code du travail et personnes publiques », *AJDA*, 2008, p. 855.

MERLEY (N.) et LAULOM (S.), « La fabrication du principe de faveur », *RDT*, 2009, p. 219.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA*, 1976, p. 596.

MIHMAN (N.), « Analyse du détachement et de la mise à disposition en droit du travail (Des apports possibles du droit des fonctions publiques) », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, coll. L'Unité du droit, Vol. 1, 2012, p. 121.

MODERNE (F.),

- « Le recours par le juge administratif aux “principes dont s’inspire le code civil” », in *Juger l’administration, administrer la justice, Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 641.
- « Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit », *RFDA*, 1999, p. 722.
- « Actualités des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998 p. 495.

MOLINA (P.-A.), « “Privatisation”, Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics », *RJEP*, n° 639, 2007, 100004.

MONIOLLE (C.),

- « La liberté d’association dans l’armée », *Dr. soc.*, 2017, p. 509.
- « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234.

MORANGE (G.), « La liberté d’opinion des fonctionnaires publics », *Rec. Dalloz*, 1953, chron. n° 154.

MORIN (M.-L.), « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 26.

MORGANA (L.), « Un précurseur du New Public Management : Henri Fayol (1841-1925) », *Gestion et management public* 2012/2 (Volume 1/n° 2), pp. 4-21 (DOI 10.3917/gmp.002.0004).

MORVAN (P.),

- « La liberté d’expression des travailleurs français en droits français et américain », in *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, coll. Thèmes & commentaires Actes, Dalloz, 2008, p. 173.
- « Télé-réalité et contrat de travail » (1^{ère} partie), *SSL*, 2006, n° 1278, p. 5.
- « Télé-réalité et contrat de travail » (2^{ème} partie), *SSL*, 2006, n° 1279, p. 6.

MOULY (J.),

- « La rétrogradation disciplinaire des salariés à statut : vers une généralisation de la jurisprudence *Hôtel Le Berry* ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 665.
- « Transfert à une personne publique d’un service public administratif employant des salariés : le défaut de notification de la rupture de plein droit du contrat des salariés ayant refusé les propositions du repreneur constitue une simple irrégularité donnant lieu à des dommages-intérêts égaux au préjudice subi », *Dr. soc.*, 2017, p. 79.
- « La modification du contrat de travail consécutive au transfert d’entreprise : quelle cause de licenciement en cas de refus du salarié ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 775.

- « Vie personnelle et licenciement disciplinaire », *JCP E*, 2011, n° 21-22, 1422.

- N -

NADAL (S.), « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, coll. L'Unité du Droit, Vol. 1, 2012, p. 87.

NICINSKI (S.), « Les modes de gestion du service public », in *Le service public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires de l'AFDA, 2014, p. 163.

NIZARD (L.), « À propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975 p. 91.

- O -

OBBERDORFF (H.), « L'influence du droit communautaire sur la fonction publique » in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 983.

ODERO (A.), « Une perspective particulière de l'OIT : la négociation collective dans la fonction publique », *Les CFP*, 2014, p. 21.

OLIVIER (J.-M.), « La distinction du droit public et du droit privé dans le droit du travail », in (dir.) AUBY (J.-B.) et FREEDLAND (M.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, éd. Panthéon Assas, 2004, p. 69.

OLSZAK (N.) et SCHAEFFER (S.), « La prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *JCP A*, 2005, p. 1273.

ONDUVA (A.), « Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique », in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 777.

OST (F.), « Quelle jurisprudence, pour quelle société », *Arch. phil. droit*, t. 30, 1982, p. 30.

- P -

PAGANI (K.), « Retrait du contrat de travail de droit public proposé à un salarié de droit privé à la suite d'une reprise en régie d'un SPA », *JCP S*, 2017, 1153.

PAULIAT (H.), « Le débat occulté sur la fonction publique de carrière », *JCP A*, 2011, 2338.

PAVIA (M.-L.), « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *Petites affiches*, 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.),

- « Le statut toujours hybride des maîtres de l'enseignement privé : qui paye les heures de délégation accomplies en sus du temps de travail ? Demande d'avis n° 02/11 », *Dr. soc.*, 2011, p. 789.

- « Prise en compte des votes intervenus dans un collège catégoriel pour établir la représentativité intercatégorielle », *JCP S*, n° 25, 19 juin 2012, 1277.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.) et STRUILLLOU (Y.),

- « Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune », *Dr. soc.*, 2010, p. 902

- « Le licenciement pour motif disciplinaire des salariés protégés : une partition à quatre mains », *SSL*, 2008, n° 1343.

PÊCHEUR (B.), « La fonction publique : entre le “big bang” et le statu quo ? », *Pouvoirs*, 2006, n° 117, p. 93.

PENNEAU (A.), « Contractualisation et recherche d'une légitimité technique », in *La contractualisation de la production normative*, in (dir.) CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2008, p. 109.

PERNOT (J.-M.), « L'égalité en matière sociale : réflexions à partir de l'histoire des relations sociales », in (dir.) AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.) et STRUILLLOU (Y.), *Égalité et droit social*, coll. Bibliothèque de l'IRJS, 2014, tome 51, p. 3.

PERRET (B.), « L'évaluation des politiques publiques, entre culture du résultat et apprentissage collectif », *Esprit*, n° 350, 2008, p. 142.

PESKINE (E.), « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339.

PETIT (C.), Premier avocat général, Avis sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 27 février 2009, n° 08-40.059, *BICC* n° 701 du 1^{er} mai 2009, p. 22.

PETIT (F.),

- « Le droit de grève dans les services publics : un puzzle à recomposer ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 503.

- « L'effectivité du principe de participation », *Dr. soc.*, 2014, p. 88.

- « Être ou ne pas être un syndicat catégoriel », *Dr. soc.*, 2014, p. 183.

PETIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Les collectivités locales : Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica, 2003, p. 345.

PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 6.

PIQUEMAL (M.), « La situation du personnel du SEITA », *Dr. ouvr.*, 1967, p. 162.

PIROVANO (A.), « Introduction générale », *Changement social et droit négocié, De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, in (dir.) PIROVANO (A.), *Economica*, 1988.

PLESSIX (B.), « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A*, 2007, p. 38.

POCHARD (M.),

- « La prime d'intéressement dans la fonction publique, Risques et chances », *AJDA*, 2011, p. 1705.

- « Faut-il rapprocher les statuts d'agents publics et de salariés », *RDT*, 2010, p. 144.

- « La récente loi de modernisation de la fonction publique va-t-elle dans le bon sens ? », *JCP A*, 2007, p. 2070.

- « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, 2003, p. 1906.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 925.

PORTA (J.), « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) BORENFREUND (G.) et VACARIE (I.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2013, p. 9.

POULET-GIBOT LECLERC (N.), « Le pouvoir hiérarchique », *RFDA*, 2007, p. 508.

PRÉTOT (X.), « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in (dir.) TEYSSIE (B.), *Les sources du droit du travail*, PUF 1998, p. 150

- Q -

QUESTIAUX (N.), concl. sur CE, 1^{er} mars 1968, *Dr. soc.*, 1969, p. 33.

QUINTON-FANTONI (S.) et CARON (M.), « Santé au travail : l'influence du secteur privé sur la fonction publique territoriale », *RDSS*, 2013, p. 83.

QUIOT (G.), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *AJDA*, 2005, p. 813.

- R -

RADÉ (Ch.),

- « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo*, éd. soc., n° 600 du 5 février 2015, n° N5806BUL.
- « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Dr. soc.*, 2012, p. 477.
- « L'Assemblée plénière de la Cour de cassation et les justifications des atteintes au principe d'égalité salariale : épilogue de l'affaire du "Complément Poste" », *Lexbase Hebdo*, éd. soc. n° 341 du 12 mars 2009, n° N7758BI8.
- « Le Code du travail nouveau est arrivé », *D.* 2008, p. 1214.
- « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.*, 2007, p. 513.
- « L'office du juge et l'acte réglementaire illégal : pour en finir avec une certaine hypocrisie », *Dr. soc.*, 2003, p. 459.

RAMIN (A.), « La grève dans les services publics en France : quelques réflexions sur la situation de l'utilisateur », *Dr. soc.*, 1985, p. 33.

RAPP (L.),

- « Qu'est-ce qu'une "entreprise publique" ? », *AJDA*, 2017, p. 1993.
- « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 2004, p. 579.
- « Les conséquences de la grève dans les services publics : réflexions sur l'utilisateur », *RFDA*, 1988, p. 832.
- « Le personnel des filiales des entreprises publiques », *Dr. soc.*, 1982, p. 748.

RAY (J.-E.),

- « À propos d'une rébellion (Cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, Baby-Loup », *Dr. Soc.*, 2014, p. 4.
- « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.*, 2007, p. 1205.
- « La grève dans les transports publics, pour une conciliation des droits », *Dr. soc.*, 2004, p. 747.
- « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *Dr. soc.*, 1991, p. 220.

RAYNAUD (Ph.), « La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution française », *Arch. Phil. Droit.*, t. 30, p. 61.

RÉMY-CORLAY (P.), « Le contrôle par le juge judiciaire de la "légalité européenne" des actes administratifs », *RTD civ.*, 2011, p. 735.

RENAUDIE (O.), « La dimension idéologique du service public hospitalier », *RDSS*, 2017, p. 617.

REYNÈS (V.-B.), « La notion de travailleur salarié en droit communautaire : une notion en devenir... », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, PUSST, 2002, p. 239.

RÉZENTHEL (R.), « La création des grands ports maritimes », *RFDA*, 2008, p. 969.

RIALS (S.), « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *Act. Jur.*, 1981, p. 115.

RICHER (L.),

- « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, 1998, p. 1.
- « Remarques sur les entreprises privées de service public », *AJDA*, 1997, p. 103.

RIVERO (J.),

- « Sur l'obligation de réserve », *AJDA*, 1977, p. 580.
- « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, p. 153.
- « Droit du travail et droit administratif », *Dr. soc.*, 1960, p. 609.
- « Le juge administratif français : Un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, chron. 21.
- « Droit public et droit privé : conquête ou *statut quo* », *Rec. Dalloz*, 1947, chron. 69.
- « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *Rec. Dalloz* 1947, chron. 38.

RIVERO (J.) et VEDEL (G.), « Les principes économiques et sociaux de la constitution : le Préambule », *Dr. soc.*, 1947, p. 13.

ROBLOT-TROISIER (A.), « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1136.

ROCHÉ (S.), « Vers une démonopolisation des fonctions régaliennes : contractualisation, territorialisation et européanisation de la sécurité intérieure », *Revue française de science politique*, 2004/1, Vol. 54, p. 44.

ROCHECORBON (G.), « Feu la procédure TOUTEE », *Dr. soc.*, 1968, p. 578.

ROLIN (F.), « De l'utilisation abusive du déclinatoire de compétence pour échapper à la censure de l'ordonnance sur le contrat "nouvelles embauches" », *D.* 2006, chron. 2265.

ROME (F.), « Caco(de)phonie sociale », *D.* 2008, p. 1265.

ROUAULT (M.-C.) et DUQUESNE (F.), « Que reste-t-il de l'interdiction de la grève tournante au sein du service public ? », *RJS*, n° 3/2007.

ROUBAN (L.), « L'univers axiologique des fonctionnaires », *RFAP*, 2009, n° 132, p. 771.

- S -

SAINT-GEOURS (J.), « L'avenir des entreprises publiques en France. Contrôle et régulation », in (dir.) DRAGO (R.) *Quel avenir pour les entreprises publiques*, PUF, 2001, p. 31.

SAINT-JOURS (Y.),

- La situation juridique des personnels employés dans les services publics, *Dr. ouvr.*, 2008, p. 186.

- « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Tendances du droit du travail français contemporain : études offertes à G. H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1977, p. 231.

- « Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique », *Dr. soc.*, 1975, p. 227.

SALON (S.),

- « Conditions et modalités du pouvoir du président d'une société nationale de nommer et gérer des fonctionnaires », *AJDA*, 1996, p. 468.

- « France Télécom, un pas de plus... un pas de trop pour les fonctionnaires ? », *Les Cah. Fonct. Publ.*, sept. 2003, p. 16.

SALON (S.), **SAVIGNAC (J.-C.)**, « Administration moderne et notation », *AJDA*, 1977, p. 591.

SARAMITO (F.),

- « Un précédent dangereux : les restrictions du droit de grève dans les services publics de transport terrestre de voyageurs », *Dr. ouvr.*, 2008, p. 191.

- « Le droit applicable aux relations de travail à la SNCF », *Dr. ouvr.*, 1989, p. 161.

SAURET (A.) et **LIPSKI (J.-S.)**, « L'intéressement des salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise : l'impact de la recodification », *JCP S*, 2009, 1279.

SAVATIER (J.),

- « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1992, p. 1.

- « La liberté dans le travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 49.

SCHRAMECK (O.), « Contrôle de la répartition des compétences entre la loi et le règlement à propos de l'instance de régulation des télécommunications », *AJDA*, 1996, p. 694.

SEILLER (B.), « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

SERVERIN (E.), « Litiges individuels du travail et conseils de prud'hommes », *RDT*, 2008, p. 353.

STARCK (Ch.), « L'égalité en tant que mesure du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, (publ.) PERELMAN (Ch.), VANDER ELST (R.), Bruylant, 1984.

STIRN (B.),

- « Approches de l'égalité : le Conseil d'État », in (dir.) AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.) et STRUILLLOU (Y.), *Égalité et droit social*, IRJS, tome 51, 2014, p. 45.

- « Droit du travail et droit public : l'agent public, réflexions sur la jurisprudence », *AJDA*, 1991, p. 587.

STRUILLLOU (Y.),

- « La représentation des organisations syndicales dans les entreprises employant des fonctionnaires et des salariés de droit privé : le cas de France Télécom - Rapport sur Cour de cassation, 2 juillet 2012, avis n° 12-00.006 », *RFDA*, 2012, p. 991.

- « Le nouveau visage de la justice du travail en France », *RDT*, 2013, p. 26.

- « Liberté syndicale, principe de participation des travailleurs et agents des collectivités publiques : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2012, p. 342.

- « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *AJDA*, 2011, p. 2399.

- « Droit du travail – droit public : des interactions aux effets paradoxaux », *SSL*, 2011, suppl. n° 13.

SUDRE (F.), « Syndicats : l'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP S*, 2009, p. 14.

SUPIOT (A.),

- « Introduction », in *Servir l'intérêt général*, (dir.) BODIGUEL (J.-L.), GARBAR (Ch.), SUPIOT (A.), PUF, 2000, p. 13.

- « La dynamique du corps (Protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale) », in *Scritti in onore di Gino GUIGNI*, tomo II, Cacucci Editore – Bari, 1999, p. 1621.

- « Malaise dans le social », *Dr. soc.*, 1996, p. 115.

- « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, *Mélanges SAVATIER*, 1992, p. 402.

- « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.*, 1989, p. 777.

SUPIOT (A.) et LEMARCHAND (Y.), *Préface*, in JUBÉ (S.), *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, 2011.

SWEENEY (M.), « La diversité des sources de l'exigence d'égalité » in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, (dir.) BORENFREUND (G.) et VACARIE (I.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 39.

- T -

TAILLEFAIT (A.),

- « Militaires : restez groupés ! », *AJDA*, 2014, 1969.

- « Mobilité professionnelle et fonction publique », *JCP A*, 2013, 2216.

TERNEYRE (Ph.), « *Vade-mecum* du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève », *Dr. soc.*, 1989, p. 804.

TEYSSIÉ (B.),

- « Un nouveau Code du travail », *JCP S*, 2008, 1265.

- « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 623.

THÉBAUD-MONY (A.), « Rationalité instrumentale et santé au travail : le cas de l'industrie nucléaire », *Revue Internationale de Psychologie*, 1997, vol 3, n° 8.

THIERRY (D.), « Le protocole sur les services d'intérêt général du traité de Lisbonne », in (dir.) ROSSETTO (J.), BERRAMDANE (A.), CREMER (W.) et PUTTLER (A.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Presses universitaires François-Rabelais, 2010, p. 243.

THOMAS (J.), « L'employeur public et l'assurance chômage de ses anciens agents : de l'égalité devant le service public de l'emploi », *AJDA*, 2010, p. 652.

TIMSIT (G.), « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », *Droits*, 1996, p. 83.

TISSANDIER (H.),

- « Des statuts juridiques distincts suffisent-ils à justifier une différence de rémunération ? » *RDT* 2009, p. 316.

- « Pas de liberté syndicale sans droit à la négociation collective », *RJS*, 3/2009, p. 195.

TOURNAUX (S.), « Égalité de traitement et application de règles de droit public », *Lexbase Hebdo*, éd. soc. n° 475 du 1^{er} mars 2012, n° N0522BTI.

TOUZEIL-DIVINA (M.),

- « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier ... au droit du travail », in (dir.) M. TOUZEIL-DIVINA et M. SWEENEY, *Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ?*, L'Építoge-Lextenso, coll. L'unité du Droit, 2012, p. 9.

- « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228.

TROPER (M.), « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 183.

TROSA (S.), « Payer les fonctionnaires au mérite ? », *Sociétal*, n° 44, 2004.

TRUCHET (D.),

- « Renoncer à l'expression service public », *AJDA*, 2008, p. 553.

- « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'état : retour aux sources et équilibre » in CE, *L'intérêt général, Rapport public pour l'année 1999*, EDCE, 1999, p. 361.

- « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

THOMAS-TUAL (B.), « Service public, puissance publique et fonction publique : un triptyque par-delà la doctrine », in Mélanges en l'honneur de Didier Truchet, *L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 615.

TUOT (T.), « La réforme des offices de l'habitat », *AJDA*, 2008, p. 517.

TURGIS (S.), « Les droits fondamentaux des travailleurs : harmonisations ? », in *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, TOUZEIL-DIVINA (dir.), coll. L'Unité du Droit, éd. L'Épilogue-Lextenso, 2012, p. 154.

TURPIN (D.), « Représentation et Démocratie », *Droits*, 1987, p. 79.

- S -

SARGOS (P.), « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », *Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004*.

SUDRE (F.), « Syndicats : l'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP S* 2009, p. 14.

- V -

VACHET (G.), « Participation. Intéressement des salariés », *RDSS*, 1995, p. 550.

VAN RUYMBEKE (O.), « Le Code du travail s'applique-t-il aux entreprises à statut ? », *Dr. soc.*, 1988, p. 775.

VEDEL (G.),

- « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges R. DRAGO, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 1.

VENEZIA (J.-C.), « Puissance publique, Puissance privée », in *Études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 363.

VERDIER (J.-M.), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.*, 1963, chron. 269.

VERKINDT (P.-Y.),

- « L'association des syndicats à l'élaboration de la loi », *Dr. soc.*, 2015, p. 954.
- « La collectivité de travail ou "La belle inconnue" », *Dr. soc.*, 2012, p. 1006.
- « L'entreprise », in (dir.) B. TEYSSIÉ, *Les notions fondamentales du droit du travail*, (dir.), Panthéon-Assas, 2009, p. 43.
- « Prendre le droit du travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP S*, 2009, 41.
- « Un nouveau droit des conditions de travail », *Dr. soc.*, 2008, p. 634.
- « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr. soc.*, 1995, p. 870.

VIALETES (M.), « Les nouvelles règles de la représentativité syndicale à la SNCF (conclusions M. VIALETES) », *Dr. soc.*, 2011, p. 186.

VINCENT (X.) et L. BELJEAN (L.), « La définition du syndicat catégoriel en débat », *Revue de droit des transports*, n° 1, janvier 2012, comm. 10.

VIRIOT-BARRIAL (D.), « Le syndicalisme dans la magistrature judiciaire », *Dr. soc.*, 2017, p. 518.

- W -

WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du Droit public : études en l'honneur de George Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 613.

WAQUET (Ph.),

- « Le nouveau Code du travail et le droit du licenciement », *AJDA*, 2008, p. 866.
- « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *Les Cahiers sociaux du barreau de Paris*, 1994, p. 289.

WOLIKOW (J.), « Fonctionnaires et salariés : différences, convergences », *AFJP*, 2010, p. 172.

- Z -

ZAPATA (F.), « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public », *Dr. soc.*, 1996, p. 697.

ZARCA (A.),

- « L'égalité et les corps : variations en clair-obscur », *AJFP*, 2017, p. 224.
- « L'Europe des droits de l'Homme et la liberté syndicale des militaires », *AJFP*, 2015, p. 42.

- « L'inapplicabilité du principe d'égalité entre fonctionnaires de corps différents : une pétition de principe discutable », *AJFP*, 2005, p. 10.

4. Publications officielles, rapports et articles de presse

a) Publications officielles et rapports

AGENCE DES PARTICIPATIONS DE L'ÉTAT,

- *Rapport d'activité de l'État actionnaire 2015-2016.*

- *Rapport d'activité de l'État actionnaire 2010.*

ATTALI (J.), (prés.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, 2008.

BADINTER (R.), (dir.), *Rapport du Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, 2016.

BIRRAUX (C.) et SIDO (B.), *Rapport d'étape de la mission parlementaire sur la sécurité nucléaire, la place de la filière et son avenir*, Sénat, n° 701 (2010-2011), 30 juin 2011.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Études d'ensemble relatives aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique : La négociation collective dans la fonction publique : un chemin à suivre*, Rapport III 1B, 2013.

CENSI (Y.), *Rapport sur la proposition de loi n° 1757 visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat*, Assemblée nationale, n° 1963, 1^{er} décembre 2004.

CHASSAIGNE (A.), *Avis présenté au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2016*, n° 3096.

COHEN (E.), HENRY (C.), *Service public Secteur public*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 1997.

COMBREXELLE (J.-D.), *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport remis au Premier ministre le 9 septembre 2015, La Documentation française, 2015.

COMMISSION DE LA DÉFENSE NATIONALE ET DES FORCES ARMÉES, *Rapport d'information sur l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense*, Rapport n° 3595, 2002.

COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION,

- *Rapport annuel d'activité*, 2008 La documentation française.

- *Rapport annuel d'activité*, 2006, La documentation française.
- *Rapport annuel d'activité*, 1994, La documentation française.

COMMISSION DES FINANCES, DE L'ECONOMIE GENERALE ET DU PLAN DE L'ASSEMBLEE NATIONALE, Compte-rendu n° 94 du mardi 17 juin 2008.

CONSEIL D'ÉTAT,

- *Rapport d'étude sur les établissements publics*, EDCE, La documentation française, 2009.
- *Rapport pour l'année 2008*, « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », EDCE, La documentation française, 2008.
- *Rapport public pour l'année 2005*, « Responsabilité et socialisation du risque », EDCE, La documentation française, 2005.
- *Rapport public pour l'année 2004*, « Un siècle de laïcité », EDCE, La documentation française, 2004.
- *Rapport public pour l'année 2003*, « Perspectives pour la fonction publique », EDCE, La documentation française, 2003.
- *Rapport pour l'année 2002*, « Collectivités publiques et concurrence », EDCE, La documentation française, 2002.
- *Rapport public pour l'année 1999*, « L'intérêt général », EDCE, La documentation française, 1999.
- *Rapport public pour l'année 1996*, « Sur le principe d'égalité », EDCE, La documentation française, 1997.

CONZE (H.) et JOLIVET (A.), « L'Avenir de la DCN (Direction des constructions navales) : diagnostic », La Documentation française, 1996.

COUR DE CASSATION, *Jurisprudence de la cour, Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international*, Rapport pour l'année 2013 (Livre 4), 2013.

COUR DES COMPTES,

- *Rapport sur l'État actionnaire*, 2017.
- Enquête sur les enjeux et les leviers de la maîtrise de la masse salariale de l'État, Rapport remis à la commission des finances du Sénat, 2015.
- *Enquête sur les enjeux et les leviers de la maîtrise de la masse salariale de l'État*, Rapport remis à la commission des finances du Sénat, 2015.
- *Rapport sur les exercices 2009 à 2012 de l'Office national des forêts*, 2014.
- *L'organisation territoriale de l'État*, Rapport public thématique, La Documentation française, 2013.
- *Rapport public pour l'année 2012*.
- *Rapport public pour l'année 2011*.
- *Un premier bilan des externalisations au ministère de la Défense*, Rapport 2011.
- *Rapport sur la fonction publique de l'État*, 1999.

DARES, *Analyses*, juillet 2014, n° 053.

DASSEUX (M.), Rapport d'information sur l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense, *Assemblée nationale*, 12 février 2002, n° 3595.

DÉFENSEUR DES DROITS, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016.

DENOIX DE SAINT MARC (R.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996.

DIEFENBACHER (M.), *Rapport sur la gestion des entreprises publiques*, t. 1, Assemblée nationale, n° 1004, 2003.

DIRECTION GÉNÉRALE DES COLLECTIVITÉS LOCALES, *Bulletin d'information statistique*, n° 107, décembre 2015.

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA MODERNISATION DE L'ÉTAT, « La RGPP en pratique », *Bulletin*, septembre 2008.

FAGON (Y.), député-rapporteur du texte sur le statut général en 1946 devant l'Assemblée nationale Constituante, *JOAN* du 17 septembre 1946, p. 627).

FRANCINA (M.), Rapport d'information sur les perspectives d'externalisation pour le ministère de la défense, Assemblée nationale, 2007, n° 3561.

GRIGNON (F.), « Conditions pour une expérimentation portant sur l'ouverture à la concurrence des services de transports ferroviaires régionaux de voyageurs », Rapport remis au secrétaire d'État aux Transports, 18 mai 2011.

INSTITUT DE RECHERCHES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES (IRES), *Différences catégorielles et égalité de traitement – Les enseignements d'une comparaison européenne*, 2015.

LALLET (A.) et PÊCHEUR (B.), *Rapport sur le droit d'association professionnelle des militaires*, Rapport remis au président de la République, 2014.

LE BRIS (G.), MOURRUT (E.), *Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le dialogue social dans les armées*, Assemblée nationale, 2011.

MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE,

- *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, 2016.

- *DGAFP, GRH et LOLF : gestion et reconnaissance de la performance*, 2005.

MOREL-À-L'HUISSIER (P.), *Rapport sur le projet de loi relatif à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, 2010.

NORA (S.), *Rapport sur les entreprises publiques*, 1967, La Documentation française, 1968.

PÊCHEUR (B.), *Rapport sur la fonction publique*, Rapport remis au Premier ministre, 2013.

ROUVILLOIS (F.), *L'externalisation ou comment recentrer l'État sur ses compétences essentielles*, FONDAPOL, Rapport 2008.

b) Livres blancs et verts

COMMISSION EUROPÉENNE,

- *Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général*, 2004.

- *Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général*, 2003.

- *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, 2001.

FOURNIER (J.), *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La Documentation française, 2002.

POCHARD (M.), *Livre vert sur l'évolution du métier d'enseignant*, La Documentation française, 2008.

SILICANI (J.-L.), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La Documentation française, 2007.

c) Articles de presse, communiqués de presse

CONSEIL DES MINISTRES,

- compte-rendu du Conseil des ministres, gouvernance et opérations sur le capital des sociétés à participation, 20 août 2014, disponible sur le site du gouvernement.

- communiqué de presse du 7 mars 2007 précédant l'ordonnance n° 2007-329 de recodification du Code du travail du 12 mars 2007.

RAY (J.-E.), interview, *Le Monde*, 2 et 3 mai 2008.

GRUMBACH (T.), interview, *Le Nouvel Observateur*, 13 décembre 2007.

HALDE, Communiqué de presse, 15 octobre 2009.

SAUVADET (M.), Communiqué de presse, Ministère de la fonction publique, 5 juillet 2010.

SNCF, Communiqué de presse, n° 38, 10 novembre 2015.

5. Répertoires et dictionnaires

a) Répertoires

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), LATOURNERIE (M.-A.), *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz, V° « Tribunal des conflits ». février 2007 (actualisation: avril 2015).

GENNEVOIS (B.), GUYOMAR (M.), *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz, V° « Principes généraux du droit », octobre 2010 (actualisation : juin 2017).

DENKIEWICZ (B.), MAURIN (Ph.), *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, V° « Épargne salariale », septembre 2012 (actualisation : août 2017).

SELLIER (B.), *Répertoire de Contentieux administratif*, Dalloz, V° « Questions préjudicielles », septembre 2014 (actualisation : novembre 2017).

TERNEYRE (Ph.), *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, V° « Grève dans les services publics », septembre 2006 (Actualité : juin 2015).

b) Dictionnaires

ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2003.

BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.), (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Les Presses de Sciences Po, coll Références, 4^{ème} éd., 2014.

CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige.

TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dictionnaire de droit public interne*, Lexisnexis, 2017.

6. Discours, débats, auditions

BOUFFANDEAU (T.), allocution sur les progrès de la jurisprudence du Conseil d'État à l'occasion du cent-cinquantième du Conseil d'État en juin 1950.

CHORIN (J.), « Point de vue d'un représentant syndical », Cycle d'étude Droit du travail et Droit de la fonction publique, le 26 septembre 2014 à l'Université d'Avignon organisé dans le cadre des Rencontres sociales de la Sorbonne.

DRAGO (G.), Audition par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale du 12 novembre 2014.

FAGON (Y.), député-rapporteur du texte sur le statut général en 1946 devant l'Assemblée nationale Constituante (*JOAN* du 17 septembre 1946, p. 627).

GOHIN (M.), Audition par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale du 12 novembre 2014.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.), Intervention lors du Colloque intitulé « L'acte administratif sous le regard du juge judiciaire » organisé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 mars 2014.

SARKOZY (N.), Discours à l'Institut régional d'administration de Nantes le 19 septembre 2007.

SAUVÉ (J.-M.), « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », Discours à l'École Nationale de la Magistrature le 21 juillet 2017.

7. Textes non juridiques

a) Ouvrages

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, livre V, *La justice*, Librairie Garnier Frères, coll. Classiques Garnier, trad. J. VOILQUIN, rééd. 1940.

BEZES (Ph.), *Réinventer l'État*, PUF, 2009.

DE SINGLY (F.) et THÉLOT (C.), *Gens du privé gens du public. La grande différence.*, Bordas, coll. L'œil économique, 1989.

FITOUSSI (J.-P.), **ROSANVALLON (P.)**, *Le nouvel âge des inégalités*, Le Seuil, 1996.

PIKETTI (Th.), *Le capital au XXI^{ème} siècle*, éd. du Seuil, 2013.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986,

WEBER (M.), *La domination*, La Découverte, coll. Politique et société, 2013.

b) Dictionnaire

REY (A.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005.

c) Articles

AMAR (A.) et BERTHIER (L.), « Le nouveau management public : avantages et limites », in *Gestion et management publics, Revue du RECEMAP*, décembre 2007.

DURKHEIM (E.), « Débat sur le rapport des fonctionnaires et de l'État », in *Textes*, Vol. 3, Les Éditions de minuit, coll. Le sens commun, rééd. 1975 [1908].

HOARAU (Ch.), « Place et rôle de la normalisation comptable en France », *Revue française de gestion*, 2003/6, n° 147, pp. 33-47.

d) Rapports

APCME, *La construction du cadastre des postes de travail en cause dans les cas de cancers au bassin minier de La Fos-sur-Mer*, 2009.

DONIOL-SHAW (G.), HUEZ (D.) et SANDRET (N.), *Les intermittents du nucléaire. Enquête sur le travail en sous-traitance dans la maintenance des centrales nucléaires*, Octarès, 1995.

INDEX THÉMATIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe.)

- A -

Abus de position dominante : 42, 45.

Accord collectif : voir convention collective.

Acte d'organisation du service public : 396 et s., 446, 615.

Activité :

- activité économique : 37, 39 s., 76 s., 104, 144, 615.

- activité de puissance publique : 90.

Administration publique : 92 s., 104.

Aide d'État : 66 s., 72.

Air France-KLM : 120, 122, 344, 609.

AP-HP : n° 456.

Auto-assurance : 344, 479, 587 s., 594.

Autorité des marchés financiers : 108, 507.

Assurance chômage : 127, 463, 587 s.

- B -

Banque de France : 108, 192, 503.

- C -

Caisse des dépôts et consignations : 108, 335, 503.

Caisse nationale de prévoyance (CNP) : 179, 182.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 48, 466, 572, 584.

Charte sociale européenne : 239, 416 s., 466.

Code du travail :

- champ d'application : 315 s., 326 s.

- recodification : 311 s.

Collectivité de travail : 372, 496 s., 511, 526, 534, 539, 544, 596, 604.

Commission administrative paritaire : 452, 478, 533.

Comité/Commission d'hygiène, de santé et des conditions de travail : 297, 332, 399, 452, 508, 510, 530, 532 s.

Comité technique : 176, 231, 508, 530, 533.

Comité d'entreprise : 332, 452, 501 s., 508, 510, 518, 525, 532, 540, 543.

Comité social et économique : 231 s., 452, 502, 539, 547, 551 s., 556.

Compétence juridictionnelles :

- liaison de la compétence et du fond : 395.

- partage de compétences : 391 s., 403 s.

- renvoi préjudiciel (question préjudicielle) : 396, 404 s. 409 s., 607.

Concertation : 448, 451 s., 455, 460, 489, 522, 528, 533, 581, 587, 594.

Contrat de travail :

- acte-condition : 360, 362.

- modification du contrat : 84, 368 s., 384, 581, 615.

- maintien en cas de transfert d'entreprise : 77 s., 373 s.

Contrat aidé (emploi d'avenir) : 565.

Contrôle de conventionnalité : 411, 413, 416.

Conventions, accords collectifs :

- conditions de validité : 456, 461, 465, 530, 532.
- égalité de traitement : 599.
- valeur juridique : 460 s.

Convention européenne des droits de l'Homme :

- Article 11 : 231, 242, 466.
- Article 10 : 284, 286.
- Article 14 : 571.

Cour des comptes : 142, 470, 485, 532.

Critère de l'investisseur privé en économie de marché : 72.

- D -

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : 101, 146, 282, 564, 566.

Demandeur d'emploi : 585 s.

Devoir :

- d'obéissance : 216, 220, 223 s., 232, 243, 286, 289, 315.
- de réserve : 223, 225 s., 243, 284 s., 286 s., 305.
- de loyauté : 84, 228, 234, 288, 292, 455.

Droit acquis (absence): 132, 439.

Droit à la formation professionnelle : 127, 476.

Droit négocié : 160.

Droit de grève :

- définition : 253.
- interdiction : 247 s.,
- monopole syndical : 258 s.
- préavis : 257 s.
- réquisition : 268 s.
- service minimum : 267, 278.

Droit syndical : voir liberté syndicale et représentation syndicale.

Dualisme juridictionnel :

- fondement : 386.
- voir compétence.

- E -

EDF : 67, 112 s., 120, 122, 272, 302, 396, 400, 608.

Elections professionnelles :

- prise en compte dans les effectifs : 496, 510, 530.
- détermination des collègues : 536 s., 559.

Emploi public :

- égal accès aux emplois publics : 100, 564.
- liberté de circulation des travailleurs : 92 s., 572.

Engie : 120 s., 203.

Entreprise :

- voir activité économique.

Entreprise publique :

- définition : 6.
- participation publique : 72, 107 s., 615.

Établissement Français du Sang : 198, 199, 503.

Établissement public :

- comptabilité : 108.
- principe de spécialité : 111.
- régime de travail : 10 s.

État actionnaire : 38, 71 s., 120, 122, 302.

- F -

Fonction publique :

- contrat de fonction publique : 468.
- contrat collectif de fonction publique : 463, 493, 615.
- fonction publique de carrière : 100, 464, 472.

- fonction publique d'emploi : 463, 464, 480, 100.
- voir statut.

Fonctionnaire :

- détachement, mise à disposition : 472 s., 475, 525.
- voir devoir.

France Télécom (Orange) : 57, 72, 112, 114, 133, 175, 178 s., 183 s., 186 s., 504, 516, 518 s., 525, 541.

- G -

Garantie :

- garantie d'emploi : 265, 472, 484.
- garantie illimitée (implicite) : 66 s.

Gaz de France, GDF-Suez : 112, 120, 129, 203, 380, 608.

Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : 470, 474, 615.

Grands ports maritimes (GPM) : 381.

Groupement industriel des armements terrestres (GIAT) : 112, 120, 182, 186, 202.

Grève : voir droit de grève.

- H -

Haute autorité de Santé : 108, 508.

- I -

Institut français du Pétrole-Energies nouvelles (IFPEN) : 69.

Intéressement collectif : 324, 331, 333 s., 486, 487, 490.

Intérêt général :

- définition : 16.
- considérations d' - : 70, 72, 174.

- J -

Jurisprudence :

- convergence : 390 s.

- L -

La Poste : 43 s., 67, 69, 112, 396, 399 s., 502, 504, 527 s., 581, 597, 396, 398 s.

- M -

Maîtres contractuels de l'enseignement privé : 506, 510 s., 543.

Mobilité : 113, 356, 361, 419, 471 s., 493, 614, 615.

Modification du contrat de travail : voir contrat de travail.

- N -

Naval Group : 156.

Négociation collective :

- reconnaissance : 450 s.
- voir convention collective.
- voir principe de participation.
- voir syndicalisme.

Neutralité religieuse : 415, 419, 430 s., 446, 615.

New public management : 469 s.

Norme :

- complémentarité : 342, 347, 348 s.
- concours : 339, 346.
- conflit : 310, 347, 356, 411, 615.

- O -

Obligation de réserve : voir devoir de réserve.

Obligations déontologiques : 198, 213, 280, 285, 291, 305, 306, 481, 615.

Office national des forêts (ONF) : 172, 531, 533, 539, 556.

Offices publics de l'habitat : 199.

Opéra de Paris : 414, 609.

Ordre public : 85, 123, 146, 237, 249 s., 262, 270 s., 331, 340, 355, 364, 375, 380, 463, 549, 553, 610.

- P -

Paritarisme :

- principe : 451.
- suppression : 452.
- Tribunal des conflits : 388.

Parité :

- entre agent public-salarié : 547.
- entre homme-femme : 545.

Participation :

- participation publique : 72, 107 s., 615.
- principe de participation : 324, 496, 499, 513 s., 525, 540, 549, 599.
- participation aux résultats financiers de l'entreprise : 487 s.

Performance : 469 s., 483 s.

Pôle emploi : 141, 172, 197, 400, 477, 506, 509, 543, 585 s., 590 s.

Police : 95, 146 s., 226, 238, 240, 250, 270, 284, 291, 300 s., 382.

Politique de l'emploi : 91, 564.

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

- alinéa 6 : 237.
- alinéa 7 : 237, 248.
- alinéa 8 : 448, 464, 513.
- alinéa 9 : 110, 124 s.

Principe :

- principe fondamental du droit du travail : 356.

- principe fondamental reconnu par les lois de la République : 180, 386.

- principe général du droit : 216, 327, 339, 352, 356, 398, 432 s., 540, 569, 572, 603, 607.

- principe général du droit de la fonction publique : 436.

- principe général du droit du travail : 436.

- principe général du droit de l'Union européenne : 572.

- principe hiérarchique : 215 s., 284, 455, 463.

- principe statutaire (logique) : 194, 199, 200 s., 383 s., 460 s., 615.

- principe de réparation intégrale du préjudice : 298.

Prime de fonctions et de résultats : 486, 615.

Privatisation :

- « privatisation » du régime : 108.
- « privatisation » du statut : 109.
- privatisation de la propriété : 110.
- constitutionnalité : 124 s.

Puissance publique :

- acception : 15.
- effacement : 164 s.
- prérogatives de puissance publique : 15, 62, 93, 98, 137, 139, 140, 174, 406, 608.

- R -

Régie autonome transports parisiens (RATP) : 69, 113, 369 s., 608.

Règlement intérieur : 270, 292, 340, 419, 609.

Rémunération :

- rémunération au mérite : 485 s.

Représentativité : voir syndicalisme.

Responsabilité :

- faute inexcusable de l'employeur : 298.
- responsabilité de l'État : 151, 298, 610.

- S -

Secteur public :

- notion : 5.

Sécurité privée : 147, 152 s., 164, 301.

Service public :

- définition : 18.

- principe de continuité : 20, 214, 244, 262, 267, 269, 275, 442.

- principe de mutabilité (adaptabilité) : 20, 366, 440, 460, 462, 478, 483, 490, 614, 615.

- principe d'égalité (neutralité) : 20, 415, 419, 431, 446, 494, 615.

- services publics constitutionnels : 124 s.

- service public national : 124 s.

- services publics sociaux : 394.

Service d'intérêt général :

- service d'intérêt général (SIG) : 46 s., 63.

- service d'intérêt économique général (SIEG) : 47 s., 50, 58,

- service d'intérêt général non économique (SIGNE) : 61, 64.

- service universel : 53 s., 56 s., 133.

Séparation des autorités administrative et judiciaire :

- principe : 386.

- voir compétence.

Situation de

réorientation professionnelle : 477, 581.

SNCF : 45, 69, 113, 204, 340, 344, 346, 355, 361, 368, 371, 375, 382, 397, 491, 605 s., 609 s.

Souveraineté : 98, 127, 142, 148 s., 159 s., 166 s., 218, 240, 243, 278, 307, 394, 608, 615.

Statut de la magistrature : 226.

Statut des ouvriers de l'État : 202.

Statut des militaires : 226, 229 s.

Statut du mineur : 201.

Syndicalisme :

- reconnaissance : 219 s.

- interdiction : 227 s.

- représentativité : 259, 350, 355, 399, 436, 457, 507, 519, 524, 532, 535, 549 s., 559.

- syndicat catégoriel : 556 s., 559, 615.

TABLE DES MATIÈRES

(Les nombres renvoient aux numéros de page.)

Liste des principales abréviations	7
Sommaire	13
INTRODUCTION	15
§ 1. Délimitation de l'étude	16
a. Le périmètre du droit privé du travail.....	16
b. Le périmètre du secteur public	17
c. Le cadre juridique des relations professionnelles du secteur public.....	21
§ 2. Prérequis de l'étude : le particularisme juridique de la puissance publique.....	23
a. La reconnaissance d'un droit spécifique à la puissance publique	24
b. L'intérêt général, moteur de l'action publique	26
c. Le service public, notion cardinale du droit de l'administration	27
§ 3. Intérêts de l'étude associant le droit privé du travail et le secteur public.....	29
a. Un renouvellement du droit applicable au secteur public économique	30
b. Un renouvellement des interférences entre le droit du travail et le droit de la fonction publique.....	31
c. Le regard de la doctrine sur l'opposition droit du travail – droit de la fonction publique	33
§ 4. Problématique.....	35
PREMIÈRE PARTIE : L'EFFACEMENT PROGRESSIF DU PARTICULARISME ATTACHÉ AU SERVICE PUBLIC	38
TITRE I. LE PARTICULARISME CONFRONTÉ À LA BANALISATION DU SERVICE PUBLIC	39
Chapitre 1. La banalisation par le droit de l'Union européenne	40
Section 1. La banalisation du régime juridique applicable au service public.....	40
§ 1. L'appréciation extensive de la notion d'entreprise.....	41
§ 2. La conception restreinte des services d'intérêt général	46

§ 3. La confrontation du statut d'établissement public industriel et commercial avec l'interdiction des aides publiques incompatibles avec le marché.....	60
§ 4. La remise en cause de l'état actionnaire comme soutien au marché	65
 Section 2. La banalisation du régime juridique applicable à l'emploi public	69
§ 1. Le maintien des emplois en cas de transfert d'activité entre une administration et une entreprise	70
§ 2. La libre circulation des travailleurs au sein des emplois publics.....	80
 Conclusion de chapitre	88
 Chapitre 2. La banalisation par les nouveaux modes de gestion des activités de service public	89
 Section 1. L'intensification de la transformation des établissements publics en sociétés de droit privé	90
§ 1. L'intensification de la transformation des établissements publics en sociétés de droit privé	92
§ 2. L'intensification de l'ouverture au secteur privé du capital social des sociétés du secteur public.....	97
§ 3. La neutralisation de l'alinéa 9 du préambule de 1946 face aux transformations de l'entreprise publique.....	101
 Section 2. L'intensification des transferts de la gestion des services publics à des personnes de droit privé.....	107
§ 1. La dévolution classique des activités de service public aux personnes privées	108
§ 2. L'externalisation accrue des missions régaliennes de l'état	112
A) Le transfert de la mission de police de l'état.....	116
1°) L'externalisation croissante des tâches liées à la sécurité intérieure.....	117
2°) L'externalisation croissante des activités militaires.....	122
B) Le transfert de la production normative	124
§ 3. Un effacement progressif de la puissance publique	128
 Conclusion de chapitre	132

Chapitre 3. La banalisation par la remise en cause du lien nécessaire entre mission de service public et statut de travail exorbitant du droit commun..... 134

Section 1. La dissolution du lien entre statut de la fonction publique et mission de service public 137

§ 1. La construction du lien entre fonction publique et service public..... 138

§ 2. La remise en cause du lien entre fonction publique et service public 143

A) La compatibilité entre le statut de la fonction publique et l'emploi par une personne morale de droit privé dont l'objet n'est plus la poursuite d'une mission de service public..... 143

B) L'absence de valeur constitutionnelle de la corrélation entre fonction publique et service public ... 146

Section 2. Le relâchement du lien entre statut réglementaire du personnel et mission de service public 148

§ 1. L'établissement d'un lien originel entre statut réglementaire et mission de service public . 149

§ 2. L'effacement du lien entre statut réglementaire et mission de service public..... 152

A) La prévalence d'une logique négociée au sein des établissements publics nouvellement créés 152

B) La survivance d'une logique statutaire en vertu de considérations exclusives de tout impératif du service public 155

1°) Le maintien du statut du personnel pour des seules considérations sociales 155

2°) Le maintien des statuts lors de l'ouverture à la concurrence des services en réseaux 158

Conclusion de chapitre..... 161

Conclusion de titre 162

TITRE II. LE PARTICULARISME CONFRONTÉ À L’AFFIRMATION DES DROITS FONDAMENTAUX DU TRAVAILLEUR 163

Chapitre 1. La reconnaissance progressive des droits collectifs du travailleur du service public 168

Section 1. L'articulation entre liberté syndicale et principe hiérarchique 168

§ 1. La mise en concurrence du principe hiérarchique et de la liberté syndicale 172

A) Le principe hiérarchique, frein à la reconnaissance de la liberté syndicale 172

B) le principe hiérarchique, restriction à l'action syndicale..... 175

§ 2. Le principe hiérarchique, obstacle à la reconnaissance de la liberté syndicale au sein des corps préfectoral et militaire..... 178

A) L'interdiction du syndicalisme au sein de ces corps de fonctionnaires 179

1°) Le maintien d'un certain cantonnement juridique des militaires : de l'interdiction de tout groupement professionnel à l'autorisation a minima des associations professionnelles.....	179
2°) L'incompatibilité du syndicalisme et des fonctions assumées par le corps préfectoral	184
B) La légalité de l'interdiction du syndicalisme en question	186
Section 2. L'articulation entre droit de grève et continuité des services publics	193
§ 1. La reconnaissance progressive du droit de grève des fonctionnaires	194
A) Le temps de la prohibition	194
B) Le temps de la conciliation	197
§ 2. L'encadrement inabouti du droit de grève au sein du service public	202
A) Des modalités d'exercice du droit de grève spécifiques aux services publics	203
1°) Un régime légal applicable à l'ensemble des services publics.....	203
2°) Une réglementation administrative propre à chaque service	207
B) Une riposte patronale exorbitante du droit commun de la grève.....	209
1°) La dissuasion pécuniaire.....	209
2°) Le remplacement des salariés grévistes au sein des services publics administratifs.....	211
C) La recherche d'une continuité du service public	212
1°) L'arme de la réquisition.....	213
2°) L'instauration d'un service minimum.....	217
3°) La recherche d'une prévisibilité au sein du service public des transports	218
Conclusion de chapitre.....	223
Chapitre 2. La reconnaissance restreinte des droits individuels du travailleur du service public	224
Section 1. L'encadrement des libertés d'opinion et d'expression du fonctionnaire.....	225
§1. Une liberté d'opinion largement reconnue	225
§2. Une liberté d'expression largement encadrée.....	226
Section 2. Les restrictions à la protection de la vie privée du fonctionnaire	233
Section 3. L'amélioration de la protection de la santé et de la sécurité des personnels du service public.....	236
§ 1. L'harmonisation des standards de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs ..	237
§ 2. La protection amoindrie du travailleur au service d'une activité régalienn.....	240

A) Le risque inhérent à l'activité régalienne : le cas des personnels en charge de la sécurité des biens et des personnes	241
B) L'externalisation du risque inhérent à l'activité régalienne : le cas des ouvriers intérimaires du nucléaire.....	243
Conclusion de chapitre	247
Conclusion de titre	249
Conclusion de la première partie	250
SECONDE PARTIE : LA PORTÉE DE L'IMPLANTATION DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL DANS LE SECTEUR PUBLIC	251
TITRE I. LES MODALITÉS D'IMPLANTATION DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL	253
Chapitre 1. L'extension du domaine d'application du Code du travail	254
Section 1. Les impacts de la recodification du Code du travail sur les employeurs de droit public	254
§ 1. Le choix d'une recodification à droit constant	254
§ 2. La détermination des périmètres respectifs du Code du travail et du droit du travail	261
A) Un périmètre restreint du nouveau Code du travail	261
B) Une spécification bienvenue des champs d'application du Code du travail	267
§ 3. L'extension du Code du travail aux employeurs publics et à leurs personnels	268
A) L'application du Code du travail au « <i>personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé</i> ».....	271
1°) Un élargissement en matière de relations individuelles	271
2°) Un élargissement en matière de relations collectives	272
B) L'inclusion expresse des établissements publics industriels et commerciaux.....	276
Section 2. Les articulations entre le Code du travail et le statut réglementaire du personnel	280
§ 1. Complémentarité de la disposition applicable du Code du travail et de la disposition statutaire	283
A) Lorsque le Code du travail est silencieux sur un point traité par le statut.....	284
B) Lorsque le statut est silencieux sur un point traité par une disposition du Code du travail.....	284
C) Lorsque le Code du travail et le statut interviennent simultanément mais ne se contredisent pas	284

§ 2. Conflit entre une disposition applicable du Code et une disposition statutaire	284
A) La prévalence de la norme hiérarchiquement supérieure	285
B) La prévalence de la norme spéciale sur la norme générale	286
C) La prévalence de la norme plus favorable	288
Section 3. Les articulations entre le contrat de travail et le statut réglementaire du personnel	290
.....	
§ 1. La prévalence mesurée du statut	291
A) La prépondérance du statut	291
1°) Le statut, élément d'organisation du service public	291
2°) Le contrat de travail, acte-condition	292
B) La résistance du contrat	293
1°) Quand le contrat déroge au statut	293
2°) Quand le contrat s'oppose au statut	294
a) Le contrat cède devant la modification du statut	294
b) Le contrat résiste à la mise en œuvre du statut	295
§ 2. La recherche du maintien des dispositions statutaires lors du transfert du contrat de travail	301
A) Un cadre juridique incertain	301
1°) Le transfert du contrat <i>stricto sensu</i>	302
2°) La position incertaine de la cour de justice de l'union européenne	303
a) Le maintien des droits et garanties statutaires en vertu de l'effet utile de la directive transfert	303
b) La prise en compte des intérêts du cessionnaire en cas de transfert du secteur public vers le secteur privé	304
B) Des solutions nécessairement fragmentées visant à assurer la continuité des garanties statutaires	305
1°) Le choix interne de la mise à disposition	305
2°) La mise en place d'un régime dérogatoire à l'article L. 1224-1 du Code du travail	306
3°) L'harmonisation des régimes sociaux comme anticipation de transfert potentiel de personnels	308
Conclusion de chapitre	310
Chapitre 2. Le rôle actif des juges dans l'harmonisation des régimes de travail	312
Section 1. La convergence des jurisprudences, tempérament du dualisme juridictionnel	315
§ 1. Le dualisme juridictionnel, source d'un droit autonome des relations de travail dans les services publics	316
A) La mission de service public, critère général de répartition des compétences juridictionnelles	316
B) L'acte d'organisation du service public, critère de répartition des compétences juridictionnelles au sein des entreprises à statut réglementaire du personnel	318

§ 2. Le développement d'un dialogue des juges.....	328
A) La recherche d'une simplification du partage de compétences entre les deux ordres de juridiction	328
1°) La répartition classique des compétences issue de la décision <i>septfonds</i>	329
2°) La plénitude de compétence accordée au juge saisi au principal en cas de jurisprudence établie de l'autre ordre	330
3°) La plénitude de compétence accordée au juge saisi au principal en cas de contradiction avec le droit de l'union européenne	336
B) La recherche d'une convergence de fond entre les deux ordres de juridiction	343
1°) L'effet direct des normes supranationales	343
2°) La neutralité religieuse au sein des services publics	346
 Section 2. La théorie des principes généraux du droit, instrument de l'harmonisation des régimes de travail.....	349
§ 1. La recherche d'une protection équitable des personnels des services publics	350
§ 2. Le maintien d'un particularisme du service public	356
 Conclusion de chapitre.....	366
 Chapitre 3. La propagation d'une logique issue du droit privé du travail au sein de la fonction publique.....	368
 Section 1. L'importation d'une conception du dialogue social issue du secteur privé.....	369
§ 1. Un encadrement juridique de la négociation collective influencé par le modèle du secteur privé.....	370
A) La recherche d'un dialogue social plus efficace	371
B) La recherche d'acteurs plus légitimes et plus responsables	380
§ 2. Le principe statutaire, obstacle à la normativité des accords collectifs au sein de la fonction publique.....	382
 Section 2. L'influence des méthodes de gestion du personnel issues du monde de l'entreprise	391
§ 1. La recherche d'une mobilité effective du fonctionnaire.....	395
A) La recherche d'une mobilité effective à l'intérieur de la fonction publique	396
B) La recherche d'une mobilité effective entre la fonction publique et le secteur privé.....	403
§ 2. La valorisation de la performance des fonctionnaires	405
A) La création d'outils d'évaluation de la performance.....	406
B) L'introduction d'une rémunération liée au mérite du personnel	408

1°) L'introduction prudente d'une rémunération liée à la performance individuelle du fonctionnaire	409
2°) L'introduction d'une rémunération liée à la performance collective des fonctionnaires	410
Conclusion de chapitre	417
Conclusion de titre	419
TITRE II. L'HYBRIDATION PROBLÉMATIQUE DU DROIT PRIVÉ DU TRAVAIL ET DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE	421

Chapitre 1. La recherche d'une représentation collective appropriée au sein des entreprises à personnel mixte..... 425

Section 1. La complexité de la représentation collective issue de l'hybridation du droit du travail et du droit de la fonction publique.....	428
§ 1. L'application directe des règles du Code du travail à l'ensemble du personnel.....	430
A) Le cas des autorités publiques indépendantes : l'exemple de l'Autorité des marchés financiers et de la Haute autorité de santé	430
B) Le cas de Pôle emploi	431
C) Le cas des maîtres contractuels de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'État.....	433
§ 2. L'application de règles du code du travail adaptées aux spécificités de l'entreprise : le cas de la société orange (ex-france télécom).....	439
§ 3. La création d'un régime <i>ad hoc</i> : le cas de la société La poste	446
§ 4. L'application conjuguée de règles issues de la Fonction publique et du Code du travail ...	449
A) Une hybridation maximale : le cas des Agences régionales de santé	449
B) Une stricte segmentation du personnel : le cas de l'Office national des forêts	451

Section 2. L'efficacité de la représentation collective à l'épreuve de la diversité statutaire du personnel.....	454
§ 1. La détermination des collèges électoraux au sein d'une instance de représentation commune à l'ensemble du personnel.....	454
A) La mise en place de collèges communs, nonobstant la différence de statut juridique des travailleurs	457
B) La mise en place de collèges distincts imposée par la différence de statut juridique des travailleurs.....	461
C) La mise en place de collèges communs garantissant une représentation équilibrée des différents statuts juridiques des travailleurs	465
§ 2. La légitimité syndicale au sein d'une entité dotée d'un personnel mixte.....	466
A) Les modalités de calcul de la représentativité syndicale.....	467

B) La capacité du syndicat à conclure des accords collectifs.....	470
Conclusion de chapitre.....	474
Chapitre 2. La neutralisation de l'exigence d'égalité entre les travailleurs du secteur public	475
Section 1. L'exigence d'égalité au sein des relations professionnelles	475
§ 1. Les différentes acceptions de l'exigence d'égalité	476
§ 2. Les déclinaisons de l'exigence d'égalité	485
Section 2. La neutralisation du principe d'égalité entre les agents publics et les salariés hors du cadre de l'entreprise.....	491
§ 1. Les catégories juridiques de travailleurs aux prises avec l'égalité	492
A) Une égalité catégorielle des travailleurs consacrée par le législateur	492
B) Une égalité catégorielle des travailleurs consacrée par le juge constitutionnel.....	494
§ 2. Des différences de traitement injustifiées entre salariés et agents publics contractuels : l'exemple de l'indemnisation chômage.....	508
A) L'ouverture du droit à indemnisation soumis à l'appréciation subjective de l'employeur public	511
1°) L'abandon de poste assimilé à un cas de perte d'emploi volontaire	512
2°) Le caractère légitime de la démission de l'agent public	514
3°) Le refus du renouvellement de contrat sans motif légitime	516
B) Le maintien du droit à indemnisation soumis à l'appréciation subjective de l'employeur public	517
Section 3. Le traitement différencié des personnels au sein de l'entreprise employant un personnel mixte.....	519
§ 1. Les implications du principe d'égalité de traitement en cas de cohabitation d'agents publics et de salariés de droit privé.....	520
§ 2. Les implications du principe de non-discrimination à la cohabitation d'agents statutaires et contractuels de l'entreprise publique à statut règlementaire du personnel	530
Conclusion de chapitre.....	541
Conclusion de titre	542
Conclusion de la seconde partie	543
CONCLUSION GÉNÉRALE	545

Bibliographie	551
Index thématique	597
Table des matières	603

