

Thèse de Doctorat

Donatien LECAT

*Thèse présentée en vue de l'obtention
du grade de Docteur de l'Université de Nantes
Sous le label de l'Université Nantes Angers Le Mans*

Discipline : Droit public
Spécialité : Droit public
Laboratoire : UMR 6297 Droit et changement social

Soutenue le 27 mars 2015

École doctorale : EDDEGEST
Thèse N°

La continuité du service d'intérêt général

Essai sur la pertinence d'un nouveau statut du personnel dans les grands services en réseaux

JURY

Rapporteurs : **Mme Hélène PAULIAT**, Professeur, Présidente de l'Université de Limoges
M. Jacques CAILLOSSE, Professeur émérite, Université de Paris-II Assas

Examineurs : **M. Jacques FIALAIRE**, Professeur, Université de Nantes
Mme Nicole MAGGI-GERMAIN, Maître de conférences HDR, Université de Paris-I Sorbonne
M. Christian MESTRE, Professeur, Doyen de la faculté de Droit, Université de Strasbourg

Directeur de Thèse : **M. Christian GARBAR**, Professeur, Doyen honoraire de la faculté de droit, Université François Rabelais de Tours,

DÉDICACE

À mes grands-parents qui m'ont tant donné. Particulièrement à mon grand-père Henri que je n'ai pas eu la joie de connaître, mais que j'ai pu rejoindre en étudiant ici sa jurisprudence.

À Anne-Françoise

À Martin,

À mes filleuls, Pierre-Marie, Guillaume et Flore

À ma famille

AVERTISSEMENT

L'Université de Nantes n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Par conséquent, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Une thèse, ce n'est pas l'affaire d'une vie, mais c'est une affaire dans une vie. Aussi, le nombre de personnes régulièrement croisées au cours du travail de thèse, est important. Ce sont ces soutiens divers et variés que je tiens à remercier.

En particulier, je tiens à remercier mon directeur de thèse, le professeur Christian GARBAR pour la confiance indéfectible qu'il m'a portée durant cette longue période de préparation de la thèse. Je le remercie aussi pour la liberté qu'il m'a laissée dans l'accomplissement de ce travail et pour ces précieux conseils qui m'ont permis d'affiner mon analyse et d'organiser et présenter ma pensée.

Je remercie aussi chacun des membres du jury, Madame Hélène PAULIAT, Monsieur Jacques CAILLOSSE, Madame Nicole MAGGI-GERMAIN, Monsieur Jacques FIALAIRE et Monsieur Christian MESTRE, d'avoir accepté de juger ce travail universitaire. Qu'ils en soient sincèrement remerciés.

Je remercie également le professeur Alain SUPIOT pour ces très vifs encouragements à poursuivre en thèse à l'issue de la soutenance de mon mémoire de DEA, ainsi que les professeurs Patrick CHAUMETTE et Bernard GAURIAU pour avoir dirigé mes mémoires en DEA de droit social et en Maîtrise de droit public. Ils m'ont permis de développer mon goût pour la recherche juridique.

Mes remerciements vont ensuite à Monsieur Hervé RIHAL, professeur de droit public à la faculté de droit d'Angers pour son amical soutien durant toutes ses années, ainsi qu'à Madame Martine LONG, maître de conférences à la faculté de droit d'Angers, à Madame Laurence MOLINÉRO maître de conférences à la faculté de droit de Vannes, à Madame Eva BRUCE-RABILLON et à Monsieur Fabien TESSON maîtres de conférences à la faculté de droit d'Angers. Chacun d'entre eux m'a fait confiance pour assurer des travaux dirigés ou pour assurer des cours en licence et en master, me permettant de lier recherche et enseignement.

Je remercie pour leur aide ponctuelle dans mes dernières recherches Mesdemoiselles Élise MAILLOT et Angèle HARDY, Madame Aurélie FLAUD et Monsieur Thomas MENANT. Je remercie également ma cousine Ludivine TAPIN pour son aide dans la traduction en anglais du résumé de la thèse.

Un merci tout particulier à Mademoiselle Élise MAILLOT et Madame Martine LONG pour leur relecture critique de certains chapitres de la thèse. Un merci tout particulier à Monsieur Edouard LECAT, mon père, pour avoir relu l'ensemble de la thèse.

Je remercie enfin mes parents, mes frères, ma famille et ma belle-famille, ainsi que mes nombreux amis pour leur soutien, leurs encouragements et pour m'avoir supporté pendant tout ce temps. Je les remercie aussi pour leur accueil lorsqu'il m'a fallu à quelques reprises « partir me mettre au vert » pour résoudre certains points cruciaux de ma démonstration, je pense en particulier à Madame Geneviève DÈCLE ma grand-mère récemment décédée, à Jean-Michel et Martine DEBACQ ainsi qu'à Christine DÈCLE et Christophe CUVELIER. Et lorsque mes recherches m'ont conduit à Paris, je remercie Robert et Françoise LECAT ainsi que François et Dominique LECAT de m'avoir accueilli chez eux.

Enfin je remercie tout particulièrement Anne-Françoise, mon épouse, pour son soutien indéfectible, son sacrifice permanent mais aussi son espérance chevillée au cœur, pour qui la thèse fut surtout une rivale mais qui, je l'espère, une fois soutenue deviendra son alliée.

Et je rassure Martin, mon petit garçon de trois ans, sur le fait qu'une fois la thèse soutenue, je serais beaucoup plus présent auprès de lui.

SOMMAIRE

DÉDICACE	3
AVERTISSEMENT	5
REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS	11
Introduction générale	15
Chapitre préliminaire : Définition de la continuité du service	49
Partie 1.- Le déclin de la continuité du service en réseau	69
Titre 1.- La soumission partielle des services en réseaux à l'exigence de continuité du service public	71
Sous-titre 1.- La transformation radicale du service public dans les services en réseaux.....	73
Chapitre 1.- La révolution silencieuse de l'obligation de service public	77
Chapitre 2.- La conception du service public revisitée	113
Chapitre 3.- Un service public se prêtant plus difficilement à l'application du principe de continuité	145
Conclusion du Sous-titre 1.-	179
Sous-titre 2.- La continuité du service public, une exigence partielle dans les services en réseaux	181
Chapitre 4.- Les activités assujetties à l'exigence de continuité	183
Chapitre 5.- Les activités non-assujetties à l'exigence de continuité du service	217
Conclusion du Sous-titre 2.-	243
Titre 1.- Conclusion	245
Titre 2.- La soumission partielle des agents des services en réseaux aux sujétions de continuité	247
Sous-titre 3.- Le principe de continuité sous-jacent dans le régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux.....	249
Chapitre 6.- La confrontation du principe de continuité du service public avec le droit de grève	251
Chapitre 7.- La continuité, objectif inavoué de la réglementation du droit de grève	287
Chapitre 8.- La continuité du service public, fondement souvent implicite de la législation sur le droit de grève	313
Conclusion du Sous-titre 3.-	341
Sous-titre 4.- Les limites d'une application extensive dans les services en réseaux de la législation et de la réglementation du droit de grève dans les services publics	343
Chapitre 9.- Une logique d'extension à l'œuvre dès l'origine	345
Chapitre 10.- Critique d'une logique extensive poussée à l'extrême	375
Conclusion du Sous-titre 4.-	405
Titre 2.- Conclusion	407
Partie 1.- Conclusion	409
Partie 2.- La refondation de la continuité du service en réseaux	411
Titre 3.- L'émergence du principe de continuité du service d'intérêt économique général	413

Sous-titre 5.- Saisir les services en réseaux avec la notion de service d'intérêt économique général	415
Chapitre 11.- Pour une interprétation renouvelée de la notion de « service d'intérêt économique général »	417
Conclusion du Sous-titre 5.-	447
Sous-titre 6.- La justification du principe de continuité du service d'intérêt économique général	449
Chapitre 12.- La justification théorique du principe de continuité du service d'intérêt économique général	451
Chapitre 13.- L'irremplaçable principe de continuité du service d'intérêt économique général	495
Conclusion du Sous-titre 6.-	529
Sous-titre 7.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt économique général	531
Chapitre 14.- Les conditions de l'autonomie du principe de continuité dans le droit de l'Union européenne	533
Chapitre 15.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne	559
Conclusion du Sous-titre 7.-	581
Titre 3.- Conclusion	583
Titre 4.- La réinvention d'un régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux	585
Sous-titre 8.- Les modalités de la continuité du service de l'intérêt général	587
Chapitre 16.- La continuité imposée aux parties au conflit, une voie en déclin	589
Chapitre 17.- La continuité par le dialogue social : une voie d'avenir	625
Conclusion du Sous-Titre 8.-	669
Sous-titre 9.- L'indispensable renouveau « statutaire »	671
Chapitre 18.- Les enseignements d'une pratique statutaire	673
Chapitre 19.- L'affaiblissement de l'ordre statutaire ancien	713
Chapitre 20 : Les qualités requises d'un nouveau régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux	761
Conclusion du Sous-titre 9.-	787
Titre 4.- Conclusion	789
Partie 2.- Conclusion	791
Conclusion générale	793
BIBLIOGRAPHIE	803
INDEX	879
TABLE DES MATIÈRE	907

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Publications :

<i>A.J.D.A.</i>	<i>Revue Actualité juridique droit administratif</i>
<i>A.J.F.P.</i>	<i>Revue Actualité juridique fonction publique</i>
<i>Arch. Phil. Dr.</i>	<i>Archives philosophiques du droit</i>
<i>B.J.C.L.</i>	<i>Revue Bulletin juridique des collectivités locales</i>
<i>Bull. crim.,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ. I,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la première Chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ. II,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ. III,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ. IV,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ. V,</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation</i>
<i>Cah. fonct. publ.</i>	<i>Cahier de la Fonction Publique</i>
<i>C.S.B.P.</i>	<i>Cahiers sociaux du barreau de Paris</i>
<i>C.J.E.G.</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
<i>Dr. Adm.</i>	<i>Revue Droit administratif</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. P.</i>	<i>Revue Dalloz périodique (devenue par la suite revue Dalloz [D.]</i>
<i>Dr. ouvr.</i>	<i>Revue Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue Droit social</i>
<i>E.D.C.E.</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Revue La Gazette du Palais</i>
<i>J.C.P. éd. Dr. adm.</i>	<i>Revue Semaine juridique, édition Droit administratif</i>
<i>J.C.P. éd. E.</i>	<i>Revue Semaine juridique, édition entreprises</i>
<i>Europe</i>	<i>Revue Semaine juridique, édition Europe</i>
<i>J.C.P. éd. G.</i>	<i>Revue Semaine juridique, édition générale</i>
<i>J.C.P. éd. Social</i>	<i>Revue Semaine juridique, édition Social</i>
<i>J.O.C.E.</i>	
<i>J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)</i>	
<i>J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)</i>	
<i>J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)</i>	
<i>J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. dép.)</i>	
<i>J.O.R.F. Doc. parl. (Sénat)</i>	
<i>J.O.A.N. Q</i>	<i>Journal officiel Assemblée Nationale Questions</i>
<i>J.O.Sén. Q</i>	<i>Journal officiel Sénat Questions</i>
<i>J.O.U.E.</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>Juris-PTT</i>	<i>Revue Juris-PTT</i>
<i>L.P.A.</i>	<i>Revue Les Petites Affiches</i>
<i>Liais. soc.</i>	<i>Revue Liaisons sociales</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>R.A.E.</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>R.D.P.</i>	<i>Revue du Droit public</i>
<i>R.D.sanit.soc.</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil de jurisprudence</i>
<i>R.F.A.P.</i>	<i>Revue française d'Administration publique</i>
<i>R.F.D.A.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>R.F.D.A.S.</i>	<i>Revue française de droit aérien et spatial</i>
<i>R.F.D.C.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>R.F.S.P.</i>	<i>Revue française de sciences politiques</i>

R.J.E.P. *Revue juridique de l'économie publique*
R.J.S. *Revue de jurisprudence sociale*
R.M.C.U.E. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*
R.M.U.E. *Revue du Marché de l'Union européenne*
R.R.J. – Droit prospectif *Revue de recherche juridique – Droit prospectif*
R.T.D.Civ. *Revue trimestrielles de droit civil*
R.T.D.Eur. *Revue trimestrielle de droit européen*
R.U.E. *Revue de l'Union européenne*
S. *Recueil Sirey*
Sem. soc. Lamy *Revue Semaine sociale Lamy*

Autres Abréviations :

ADP	Aéroports de Paris
AEIF	Association européenne de l'interopérabilité du rail
ARAF	Autorités de régulation des activités ferroviaires
Ass. nat.	Assemblée nationale
<i>C. cass.</i> ,	<i>Cour de cassation</i>
<i>Cass. Ass. plén.</i> ,	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Cass. Ch. Mixte</i> ,	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Cass. ch. req.</i> ,	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Cass. civ. 1^{ère}</i> ,	Première chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. civ. 2^{ème}</i> ,	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. civ. 3^{ème}</i> ,	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. civ., sect. soc.</i> ,	Chambre civile, section sociale de la Cour de cassation
<i>Cass. com.</i> ,	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Cass. crim.</i> ,	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Cass. soc.</i> ,	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCFE	Communauté des chemins de fer européens
CEA	Commissariat à l'Énergie Atomique
CE, Ass.,	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
CE, ord. réf.,	Ordonnance de référé du Conseil d'État
CE, Sect.,	Section du contentieux du Conseil d'État
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CESE	Conseil économique et social européen
CFDT	Confédération française du travail
CFTC	Confédération française des travailleurs chrétiens
CGC	Confédération générale des cadres
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGT	Confédération générale du travail
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes (puis de la Communauté européenne, devenue par la suite CJUE)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CNPE	Centre national de Production d'Électricité
CPH	Conseil de prud'hommes
CSNP	Commission Supérieure Nationale du Personnel (des Industries Electriques et Gazières)
COGEMA	Compagnie générale des matières nucléaires
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Cour sup. arb.	Cour supérieure d'arbitrage
CRE	Commission de Régulation de l'Énergie
EASA	Autorité européenne de la sécurité aérienne

EDF	Electricité de France
ETSC	Conseil européen pour la sécurité routière
ESAT	Etablissement social d'aide par le travail
FGAAC	Fédération générale autonome des agents de conduite
FO	Force ouvrière
GDF	Gaz de France
HSCP	Haut Conseil du Secteur public
JAA	Joint Aviation Authorities
LGV	Ligne à grande vitesse
MRP	Mouvement Républicain Populaire
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OPECST	Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques
ORTF	Office de Radiodiffusion-Télévision Française
PCF	Parti communiste français
PE	Parlement européen
PNC	Personnel navigant technique
PTT	Poste, télégraphes, téléphones
RATP	Régie autonome des transports parisiens
RFF	Réseau ferré de France
RTE	Réseau de Transport d'Électricité
RTF	Radiodiffusion-Télévision Française
SEITA	Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes
SFIO	Section française de l'Internationale ouvrière
SIEG	Service d'intérêt économique général
SIG	Service d'intérêt général
SIGNE	Service d'intérêt général non économique
SNCF	Société nationale des chemins de fer
SNOMAC	Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile
SNPL	Syndicat national des pilotes de lignes
SNPNC	Syndicat national du personnel navigant commercial
SSIG	Service social d'intérêt général
SUD	Solidaire, unitaire, démocratique (syndicat)
TAI	Transport Aérien Intercontinentaux
TAT	Touraine Air Transport
TCEE	Traité de la Communauté économique européenne
TCE	Traité de la Communauté européenne
TET	Trains d'équilibre du territoire
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TGV	Train à grande vitesse
TI	Tribunal d'instance
TUE	Traité de l'Union européenne
UAT	Union Aéromaritime de Transport
UE	Union européenne
UFE	Union Française de l'Electricité
UGICT	Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens (affiliée à la CGT)
UIC	Union internationale des chemins de fer
UIRR	Union internationale rail-route
UITP	Union internationale des transporteurs publics
UNIFE	Union des industries ferroviaires européennes

UNSA
UTA

Union nationale des syndicats autonomes
Union des Transports aériens

Introduction générale

« Il n'est [...] pas déraisonnable de penser que la notion de service d'intérêt économique général pourrait acquérir bientôt une consistance juridique suffisante pour que se pose la question de son incidence sur les relations de travail ».

Alain SUPIOT¹

1. – Il y a une vingtaine d'années maintenant, le professeur Christian Garbar écrivait en conclusion générale de sa thèse de doctorat² consacrée à l'étude du droit applicable au personnel des entreprises publiques, dont beaucoup étaient des entreprises de services publics en réseaux (EDF, GDF, La Poste, France Télécom, la SNCF et Air France pour n'en citer que les principales), et dans laquelle il analysait la montée en puissance du contrat et le déclin amorcé du statut : *« On voit donc ainsi comment pourrait être dépassée cette opposition apparemment irréductible entre contrat et statut : par une contractualisation des obligations et des garanties statutaires, qui ferait que l'on aurait à la fois le statut et le contrat. Le contrat serait étendu et le statut ne disparaîtrait pas : dans la mesure où les entreprises fournissant des services d'intérêt économique général pourraient être des entreprises privées, il n'est pas exagéré de dire que la solution d'avenir n'est pas de supprimer le statut, mais de le généraliser, du moins par certains éléments de son contenu »*³. Est-on, aujourd'hui, à la veille d'une généralisation du statut dans les entreprises de réseaux ? Au-delà peut-être des apparences où une réponse négative s'imposerait, il est temps de vérifier cette prédiction et de poser les bases de sa concrétisation.

2. – En effet, la libéralisation des grands services publics en réseaux (Poste, télécommunications, transport ferroviaire, transport aérien, énergie électrique et énergie gazière notamment) est très largement engagée et effective ; la privatisation des opérateurs nationaux et l'introduction de la concurrence se sont généralisées. De plus, le mouvement de banalisation des relations de travail qu'avait pu analyser en profondeur

¹ SUPIOT (Alain), « Les virtualités du droit communautaire : l'avenir des métiers de services publics », *C.J.E.G.* 1994, p. 385.

² GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, 588 pp.

³ *Ib. idem*, p. 553.

Christian Garbar dans sa thèse, ainsi d'ailleurs que Jacky Chorin⁴ et Nicole Maggi-Germain⁵ dans leurs thèses respectives, s'est également généralisé. Cette « privatisation » des relations de travail semble accompagner, comme s'il s'agissait d'un mouvement inéluctable, la privatisation des opérateurs historiques de réseaux. En réalité, cette disparition progressive des statuts accompagne plutôt le mouvement de reflux de la notion de service public dans ces secteurs en réseaux. Comme si, en apparence, la disparition du service public ne justifiait plus la présence du statut du personnel de réseaux.

3. – Or, la réalité s'avère beaucoup plus complexe, pour au moins deux raisons que nous allons rapidement exposer pour en saisir ensuite les enjeux.

D'une part, si « l'eupéanisation »⁶ des grands services publics économiques en réseaux, à l'œuvre depuis la signature de l'Acte unique en 1986, aboutit à leur transformation radicale, pour autant la notion de service public n'a pas totalement disparu des services en réseaux. Mais il est vrai qu'elle est reléguée au rang d'exception fonctionnelle et n'est plus cette notion à la fois explicative et organisationnelle de ces services. Cette fonction organisationnelle est davantage assurée aujourd'hui par la notion de « service d'intérêt économique général » déjà utilisée par le traité de Rome en son article 90 paragraphe 2⁷, et qui aujourd'hui permet au sein de l'Union européenne de qualifier les services en réseaux ; toutefois, il est vrai que cela n'en fait pas encore une notion explicative d'un régime juridique spécifique. Cependant, le droit de l'Union européenne, semble vouloir donner progressivement à cette notion une consistance juridique qui tend à devenir de plus en plus précise et qui de ce fait pourraient devenir une notion aux effets juridiques plus nombreux. Sans doute ne sommes-nous plus très loin du moment où cette notion, suffisamment consistante, pourra avoir une incidence

⁴ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, 568 pp.

⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque de droit social, Tome 30, 496 pp.

⁶ BAUBY (Pierre), *L'eupéanisation des services publics*, Préface de Jean-Louis Quermonne, Paris, Les Presses de Sciences Po, Coll. La bibliothèque du citoyen, 2011, 196 pp.

⁷ Selon l'article 90 § 2 du Traité de Rome : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économiques général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* » Cette disposition se retrouve aujourd'hui, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, à l'article 106 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il fut numéroté 86 § 2, sous l'empire du traité de la Communauté européenne, issu du traité d'Amsterdam signé en 1997.

sur les relations de travail, comme l'envisageait le professeur Alain Supiot, cité en épigraphe de cette introduction.

D'autre part, les statuts du personnel tendent à disparaître progressivement des services en réseaux, ce processus étant souvent concomitant du processus de privatisation du capital. Toutefois, certains statuts demeurent, soit qu'ils soient en voie d'extinction, donc promis à une disparition à échéance de quelques dizaine d'années au maximum, soit qu'ils soient maintenus et même généralisés, tel est le cas dans les industries électriques et gazières. Mais au-delà des statuts au sens formel, on constate aussi le maintien en l'état, voire l'extension, d'un certain nombre de règles d'origine législative ou réglementaire qui traditionnellement encadrent l'exercice du droit de grève des agents des grands services publics en réseaux. Autrement dit, l'effacement de la notion de service public n'emporte pas nécessairement effacement des règles statutaires ou des règles relatives à l'exercice du droit de grève, pourtant attachés à cette notion.

4. – En effet, ces réglementations du droit de grève, tout comme les statuts du personnel, sont à l'origine, étroitement liés au service public. Les unes comme les autres ont été originellement conçues comme permettant de garantir la continuité du service public. En ce qui concerne la réglementation du droit de grève, la notion de service public lui sert de champ d'application. Là où il y a la présence du service public, il y a principe de continuité du service et réglementation spéciale du droit de grève. Qu'en est-il dans les services en réseaux européens ? Ils sont toujours d'intérêt général, mais ils ne sont plus intégralement considérés comme des services publics. Peut-on encore appliquer la réglementation du droit de grève telle qu'elle existe aujourd'hui ? Ou bien faut-il l'adapter à la notion de service d'intérêt économique général ? Au fond, tout ceci se résume à cette interrogation : servir l'intérêt général nécessite-t-il et justifie-t-il un statut particulier du personnel dans le but de garantir la continuité du service ?

5. – Voici donc un champ de recherche dont les axes ne sont pas nouveaux mais donnant sur une problématique nouvelle, particulièrement complexe et intéressante, car peu étudiée et buttant sur les analyses traditionnelles peu adaptées à la force novatrice du droit européen ; c'est la genèse de la problématique (Section 1.-). Si les difficultés à surmonter ont été nombreuses pour traiter cette problématique qui se révèle alors complexe (Section 2.-), elle s'expose cependant très clairement (Section 3.-).

Section 1.- Genèse de la problématique

6. – La recherche est le fruit d'une double interrogation. Le travail au service de l'intérêt général induit-il un statut spécifique du personnel ? (§1.-) Puis, les services en réseaux libéralisés sont-ils encore porteur de l'intérêt général ? (§2.-) De là, a progressivement émergé de notre recherche, l'intuition d'une problématique novatrice (§3.-).

§1.- Le travail au service de l'intérêt général induit-il un statut spécifique du personnel ?

7. – « Servir l'intérêt général », tel est le titre d'un ouvrage collectif publié en l'an 2000⁸ qui s'interrogeait sur à la fois sur le sens du travail au service de l'intérêt général et sur la justification éventuelle qui en découlait quant aux droits et aux devoirs particuliers des travailleurs placés dans cette situation. Il y a encore trente ou quarante ans, au tournant des années 1980, les réponses à ces questions étaient relativement aisées. Oui, le service de l'intérêt général avait un sens précis, celui du service de la Nation, du service de l'État, du service public. Les « agents » de ce service public étaient donc soumis à des règles de travail spécifiques faites de droits, mais aussi d'obligations particulières ayant pour but la préservation de l'intérêt général. Dans les services publics industriels et commerciaux notamment, là où il n'y avait pas de fonctionnaires, la relation de travail était l'objet de règles spécifiques, essentiellement déroatoires du droit commun du travail. Ces règles spéciales étaient réunies en un « statut » du personnel, statut propre à chaque secteur d'activité d'intérêt général ou à chaque entreprise chargée de la gestion d'un service public industriel et commercial. Ainsi, notait le professeur Alain Supiot, « *c'est le concept de statut qui [...] caractérise en France l'emploi au service du [secteur] public, tandis que l'emploi au service du [secteur] privé y est caractérisé par le concept de contrat* »⁹. Comme il l'écrivait déjà en 1989, « *de ce point de vue, l'opposition du contrat et du statut guide utilement la réflexion. Tandis que le contrat permet de faire du travail un objet de négoce, le statut au contraire isole la relation de travail de la sphère marchande. Par le contrat, le salarié vend son travail au*

⁸ BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2000, coll. *Les voies du droit*, 290 pp.

⁹ SUPIOT (Alain), « Introduction », in BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2000, coll. *Les voies du droit*, p. 15.

plus offrant sur le marché (du travail) ; la relation est dissymétrique (l'un des contractants se place sous les ordres de l'autre), synallagmatique (le salaire est la contrepartie du travail fourni), et sa durée est aléatoire. Aucun de ces traits ne se retrouve dans le statut, qui implique un autre rapport au pouvoir, à l'argent et au temps. Sur chacun de ces plans, il est possible de mettre en évidence une caractéristique propre à la logique statutaire, et c'est la réunion de ces caractéristiques qui constitue ce qu'on peut appeler l'esprit de service public et qui fonde un type particulier de morale professionnelle. »¹⁰ Dans ces statuts du personnel, il existait des règles particulières de travail censées assujettir les personnels aux contraintes de fonctionnement des services publics industriels et commerciaux en réseaux. Parmi ces sujétions, il y avait la continuité du fonctionnement du service public qui impliquait des règles spéciales d'emploi des personnels pour que le service fonctionne de façon continue. De plus, une législation spécifique relative à l'exercice du droit de grève venait accentuer cette sujétion de continuité qui n'est en réalité sauvegardée en cas de grève que par le pouvoir réglementaire sous le contrôle du juge administratif.

8. – C'est sciemment que nous avons décrit l'existence de ce régime juridique spécifique au passé et non pas au présent. Non que celui-ci ait totalement disparu. Il existe encore dans certains secteurs des statuts du personnel, et la réglementation du droit de grève dans les services publics existe bel et bien. Mais pour combien de temps, serait-on tenté de dire. Car de nos jours, les services en réseaux sont ouverts à la concurrence, leurs gestionnaires ont fait l'objet de démantèlement et de privatisation, la physionomie des secteurs tels que le transport aérien, les télécommunications électroniques, le service postal, l'énergie électrique et l'énergie gazière ainsi que celui du transport ferroviaire a profondément évolué au cours des deux dernières décennies. Les évolutions statutaires à l'œuvre avant même ces transformations liées à la création du Marché unique européen, ont déjà faits l'objet d'analyses approfondies par les thèses précitées de Christian Garbar¹¹, Jacky Chorin¹² et Nicole Maggi-Germain¹³. Nous-mêmes, nous avons eu le privilège si l'on peut dire, d'étudier ces transformations statutaires dans le transport aérien, l'un des secteurs en réseaux emblématique de ces

¹⁰ SUPIOT (Alain), « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, p. 778.

¹¹ GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, *op. cit.*

¹² CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, *op. cit.*

¹³ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, *op. cit.*

changements radicaux¹⁴. Alors que le « ciel unique » voulu par la Communauté européenne à l'époque allait devenir une réalité en 1997, le président de la Compagnie nationale Air France d'alors, Christian Blanc, orientait le management dans la voie de la remise en cause de l'ordre hiérarchique statutaire et engageait un bras de fer avec les syndicats afin de négocier des accords dérogatoires au statut. Cette négociation était décentralisée en ce qu'elle se faisait avec telle ou telle catégorie de personnel, ou au sein de telle ou telle unité de production de l'entreprise, afin d'établir de nouvelles règles d'organisation et de travail. Ces négociations ont notamment permis à l'époque de mettre en place des échelles de salaire différentes à l'égard des personnels navigants nouvellement recrutés. Plus généralement, cette « décentralisation » de la négociation collective au sein des entreprises publiques à statuts qu'étaient Air France, la RATP ou EDF-GDF, très bien décrite par Nicole Maggi-Germain dans sa thèse précitée¹⁵, permettaient aussi de conduire le changement dans ces entreprises. L'accord-cadre devient le nouveau paradigme dans les relations de travail, en lieu et place du statut.

Ainsi, parce que le service public s'efface pour laisser place au marché, à la concurrence et aux nouveaux opérateurs de service, d'aucun considère le statut dépassé et le régime juridique du droit de grève des agents du service public inutile dans les services en réseaux. Mais une solution aussi radicale ne vaudrait que dans la mesure où les services en réseaux ne seraient plus considérés comme répondant à des besoins d'intérêt général. Est-ce vraiment le cas ?

§2.- Les services en réseaux libéralisés sont-ils encore porteur de l'intérêt général ?

9. – La continuité du service public est au cœur des réglementations spéciales du droit de grève, venant le limiter pour protéger l'intérêt général. La continuité du service public est aussi une des justifications, mais pas la seule il est vrai, des statuts réglementaires du personnels dans les grands services publics aériens, ferroviaires, électriques et gaziers notamment. Ainsi, dans les services en réseaux, la continuité de fonctionnement était juridiquement assurée parce que ces services en réseaux recevaient aussi chacun la qualification de service public. Or, la question que nous nous

¹⁴ LECAT (E. Donatien), *La réforme des statuts des personnels navigants d'Air France engagée depuis 1994*, Mémoire pour le diplôme de Maîtrise en droit public, sous la direction du Pr. Bernard GAURIAU, Université d'Angers, 1998, 141 pp.

¹⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, *op. cit.*

sommes posée est celle de savoir si le service public n'avait pas reculé, en même temps que la concurrence avançait ? Et plus largement, les services en réseaux quoique libéralisés restent-ils porteur de l'intérêt général ?

10. – Nous avons à l'esprit cette antienne longtemps entendue ici en France et venant des contempteurs de la politique européenne de libéralisation des services d'intérêt général, selon laquelle l'Europe aurait vidé le service public de sa substance. Il y a vingt ans, c'est-à-dire hier, le Conseil d'État n'affirmait-il pas : « *L'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics* » ?¹⁶ Bien sûr, le discours ambiant a changé depuis. Déjà en 1996, un membre éminent du Conseil d'État, le vice-président Renaud Denoix de Saint-Marc écrivait dans un rapport remis au Premier ministre Alain Juppé, « *La France paraît ressentir plus vivement que d'autres pays les problèmes qu'éveille la transformation en cours des services publics en réseaux. Pourtant, elle est soumise aux changements survenus dans leur environnement de la même manière que les pays de développement comparable. Mais, plus peut-être que d'autres, elle a le sentiment de subir ces changements ou, plus précisément, de les rencontrer indirectement au travers de la construction communautaire : l'Union européenne agit comme le révélateur de questions que la société française est pour une part réticente à affronter, et comme l'accélérateur du calendrier de changements qu'elle peut avoir le sentiment de n'avoir pas voulus.* »¹⁷ Dès 2002, le Conseil d'État adoptait une position doctrinale beaucoup plus consensuelle, rappelant l'engagement que la France avait pris en faveur de l'ouverture à la concurrence en ratifiant les Traités européens¹⁸. Ce même rapport concluait par une vision équilibrée des rapports entre exigences européennes de concurrence et collectivités publiques : « *Les développements qui précèdent autorisent à s'inscrire en faux contre deux opinions qui ont encore largement cours : La première est que les administrations publiques en France seraient foncièrement rétives à la notion de concurrence et mèneraient, sous la bannière du service public, une sorte*

¹⁶ Conseil d'État, Rapport public 1994, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Paris, La Documentation française, EDCE n° 46, p. 38.

¹⁷ DENOIX de SAINT-MARC (Renaud), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1996, p. 15-16.

¹⁸ « En ratifiant le Traité de Rome du 25 mars 1957, la France s'est engagée sur le principe explicité en 1992 par le traité de Maastricht d'une politique économique "conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre", dont le traité a prévu la mise en œuvre, notamment par le pouvoir conféré à la Commission européenne de veiller à l'application des règles de concurrence applicables à toutes les entreprises et d'un régime des aides d'État. » Cf. : Conseil d'État, Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation française, EDCE n° 53, p. 219.

de combat d'arrière-garde contre un mode d'organisation sociale où l'État, sinon ne régente plus tout, du moins n'est plus le seul détenteur de la définition de l'intérêt général ; La seconde est que la construction européenne serait, à l'inverse, exclusivement organisée dans l'optique de promouvoir la concurrence et que les autorités communautaires, arc-boutées sur l'idée de construire envers et contre tout le grand marché, seraient imperméables à d'autres finalités de l'organisation sociale et notamment au rôle des services publics, au point de mettre ceux-ci en péril... La réalité n'est pas aussi simple. Les collectivités publiques, dans leur grande majorité, ont pris en compte leur ancrage dans un système d'économie de marché. Lorsqu'elles interviennent sur le marché, elles se soumettent aux lois de celui-ci. Lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques, en offre ou en demande de biens ou services, elles se savent soumises au principe de libre concurrence. Comme autorités publiques, elles n'ignorent pas devoir prendre en compte les conséquences de leurs actes sur le jeu de la concurrence. Bien plus, l'État a pris la mesure de ses responsabilités dans l'organisation et la régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés, y compris ceux où interviennent à titre principal des opérateurs publics, notamment par le biais d'autorités administratives indépendantes, en particulier le Conseil de la concurrence, qui n'ont rien à envier à leurs homologues étrangères, en efficacité et en confiance de la part des opérateurs concernés. Inversement, les autorités communautaires sont devenues de plus en plus conscientes des exigences d'un intérêt général qui ne saurait toujours trouver son compte dans le libre jeu de la concurrence sur le marché. Les orientations actuelles de la politique communautaire donnent une large place à des objectifs généraux appelés à faire contrepoids à la seule exigence de la concurrence. En témoignent les dernières communications de la Commission sur les services d'intérêt économique général. En témoignent surtout les dernières décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier sur le poids à donner aux impératifs supérieurs d'intérêt général. »¹⁹ De même, dans un rapport datant du 9 juillet 2003, le député Christian Philip écrivait que « Pendant longtemps, les approches française et communautaire du service public ont pu être qualifiées d' "idéologiques". À une vision juridique et étatique répondrait une perception économique et libérale. Cet antagonisme est aujourd'hui largement dépassé, en tout cas fortement atténué. Les autorités françaises n'ont pas la prétention d'imposer les "services publics à la française" à l'ensemble de l'Union européenne et la position de défiance des institutions

¹⁹ Conseil d'État, Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, Paris, La Documentation française, EDCE n° 53, p. 219.

communautaires a sensiblement évolué ces dernières années »²⁰. Néanmoins il est légitime de s'interroger sur la permanence de l'intérêt général dans les services en réseaux.

11. – Les services en réseaux, ouverts à la concurrence, sont-ils encore d'intérêt général, comme ils l'étaient du temps des monopoles nationaux ? Guylain Clamour a déjà démontré qu'il n'y avait pas d'opposition intrinsèque entre intérêt général et concurrence²¹. Il démontre la conciliation qui existe entre ces deux notions d'apparence pourtant antinomique. Non seulement la concurrence peut être considérée comme répondant à un intérêt général, mais plus encore, l'intérêt général peut subsister dans un système de concurrence.

12. – Il n'empêche que le système juridique français continue de focaliser sur la notion de service public pour reconnaître à l'intérêt général des effets juridiques spécifiques. La récente décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État en date du 12 avril 2013 le démontre une fois de plus avec éclat²². Dans cette affaire, le Conseil d'État s'évertue à utiliser la notion de service public là où la loi ne le prévoit pas. En effet, alors que la loi du 10 février 2000²³ exclut la production d'électricité du service public de l'électricité, le Conseil d'État par un raisonnement qu'il reste à comprendre, dit tout le contraire et inclut cette activité de production dans le service public de l'électricité dans le seul but de pouvoir ensuite appliquer le régime juridique du droit de grève aux personnels des centrales de production d'électricité²⁴. Le droit semble alors devenir une science dure où les alambics des laboratoires notamment juridictionnels distillent une

²⁰ Ass. Nat., Rapport d'information, *sur le Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général*, par Monsieur Christian Philip, n°1010, Séance du 9 juillet 2003, 45 pp.

²¹ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 1044 pp.

²² CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, JurisData n° 2013-006760 ; A.J.D.A. 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; R.J.E.P. 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS, concl. Frédéric ALADJIDI.

²³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, J.O.R.F. du 11 février 2000, pp. 2143-2159.

²⁴ Selon le Conseil d'Etat, « *qu'ainsi, et alors même qu'en vertu du dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 10 février 2000 précité, le service public de l'électricité est organisé, chacun pour ce qui le concerne, par l'État et les communes ou leurs établissements publics de coopération et qu'en vertu du II de l'article 15 de la même loi, la société Réseau de Transport d'Electricité (RTE), gestionnaire du réseau public de transport, assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, la société EDF est responsable d'un service public en ce qu'elle exploite les centres nucléaires de production d'électricité ;* » (cf. : Considérant n°7 de l'arrêt du 12 avril 2013, req. n° 329570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, *op. cit.*).

« vérité judiciaire » bien différente de ce que la loi avait prévu et organisé. Cet arrêt du 12 avril 2013 nous laisse d'autant plus perplexe qu'en 2007, c'est-à-dire hier, le Conseil d'État avait refusé de reconnaître la qualité de service public d'un ESAT²⁵, au prétexte que la loi de 1975, révisée par la loi de 2002, avait refusé la qualification de service public à ces services et ce alors même qu'il a constaté le caractère d'intérêt général de cet établissement²⁶. En tout état de cause, cela vient confirmer l'hypothèse selon laquelle ce régime juridique du droit de grève ne paraît plus adapté au cas précis des grands services en réseaux.

13. – Ceci n'est pas satisfaisant d'un point de vue juridique. À partir du moment où la loi refuse la qualification de service public, pourquoi la jurisprudence se permettrait d'affirmer le contraire. Le juge est serviteur de la loi ; il est là pour l'appliquer, pas pour la contourner ou la réformer. Par ailleurs, la notion de service public est souvent utilisée en droit européen dans le cadre de l'expression « obligation de service public » ; or, si on prend l'exemple de l'arrêt précité *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines*, le juge n'intègre pas cette notion européenne dans son raisonnement. Et pour cause, peut-on encore envisager de qualifier globalement un service de « service public » là où potentiellement le droit européen ne prévoit pas la possibilité d'affirmer des « obligations de service public » bien précises ? En toile de fond, l'intérêt général des services en réseaux semble établi, tant du point de vue du droit européen qui a tendance à les ranger dans la catégorie des services d'intérêt économique général, que du point de vue français qui ne semble pas hésiter à leur donner la qualification de service public nécessairement fondée sur l'intérêt général. Mais il y a manifestement des incohérences tant en droit européen qu'en droit français d'abord sur l'emploi des notions théoriques et ensuite sur le rôle concret que l'on veut donner à l'intérêt général dans un contexte de concurrence.

14. – Est-ce le droit européen qui n'affirme pas suffisamment l'intérêt général dans les services en réseaux ? ou est-ce le droit français qui est incapable de changer de paradigme ? Or si le droit français veut continuer à élaborer une prise en charge spécifique et adaptée de l'intérêt général dans les services en réseaux, cela ne suppose-t-il pas des ajustements ou plus fondamentalement des articulations nouvelles avec des concepts juridiques venant d'ailleurs, notamment de l'Union européenne ? En

²⁵ ESAT : Etablissement Social d'Aide par le Travail.

²⁶ CE, Sect., 22 février 2007, req. n° 264.541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, A.J.D.A. 2007, p. 793, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER ; R.F.D.A. 2007, p. 803, note Claudie BOITEAU ; R.D.S.S. 2007, p. 499, concl. Célia VÉROT et p. 517, note Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI.

l'occurrence, n'y a-t-il pas un risque de voir disparaître la continuité du service en réseaux pour n'avoir pas su développer une autre façon de prendre en charge l'intérêt général qu'à travers la notion de service public. Cela est aussi au cœur de nos interrogations initiales.

15. – Aucune analyse d'ensemble n'est déjà venue donner de réponse précise à ces interrogations. La question de la continuité des services en réseaux et des moyens d'y parvenir n'a pas fait l'objet de thèse ou de recherches récentes²⁷. Si la question du service public en Europe a été longuement débattue depuis les années 1990', une chose nous frappe, c'est le caractère franco-centré de ces recherches. Il y a le service public d'un côté, fier représentant de la position française et le service d'intérêt économique général du côté de l'Union européenne. Les deux notions sont comparées, articulées mais sans se départir d'une forme d'opposition intrinsèque et irréductible²⁸. Est-ce irrémédiable ? Mais plus encore, la doctrine ne dit rien de la continuité de fonctionnement des services en réseaux. Comme si l'eupéanisation des services publics, l'introduction de la concurrence permettait de continuer à utiliser la notion de continuité du service public telle qu'elle a été façonnée dans le contexte franco-français de la première moitié du XX^e siècle. Ce qui, on le pressent, est profondément erroné.

§3.- L'intuition d'une problématique novatrice

16. – Alain Supiot écrivait en introduction de l'ouvrage collectif « Servir l'intérêt général » : « *notre théorie du service public est un produit "made in France" qui ne se retrouve tel quel dans aucun autre pays. C'est pourquoi l'intégration dans une communauté européenne fondée sur le principe de libre prestation de service ne pouvait que mettre à mal des montages institutionnels du service public, et au premier chef les monopoles des entreprises de service public. Sont ainsi bousculées d'un même coup l'identité de l'État et l'identité professionnelle des travailleurs qui le servent, puisque*

²⁷ La dernière thèse portant sur la continuité du service public est celle de Monsieur Éric DEVAUX datant de 1995. Cf. : DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1 et 2, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, 787 pp.

²⁸ Assez emblématique de cette posture intellectuelle est la thèse de Madame Valérie MARTINEZ-JORDA, fort intéressante au demeurant, mais qui ne parvient pas à dépasser l'antagonisme entre service public et d'autres notions venues de l'Union européenne. Cf. : MARTINEZ-JORDA (Valérie), *Service public et droit communautaire : les mutations européennes de la notion française*, Thèse de droit public sous la direction du Professeur Jean-Louis Autin, Université de Montpellier I, 2007, 855 pp.

celle-ci est étroitement référée à celle-là. »²⁹ Dans les services en réseaux, l'identité professionnelle des agents du service était dominée par l'idée de servir l'intérêt général. L'époque de la reconstruction, après la Libération, est emblématique de ces identités professionnelles « exacerbée » autour de la valeur service public. Il y eut ainsi les heures de gloire des électriciens, véritables fers de lance de la reconstruction du pays ; de même il y eut l'heure de gloire des cheminots et des personnels navigants aériens qui étaient les fers de lance d'une économie prospère de plus en plus basée sur les échanges internationaux et européens. On n'oublie pas la fierté des postiers qui consistait à traiter, trier et distribuer le courrier en toutes circonstances, ni celle de leurs collègues des télégraphes et téléphones de mettre en communication les usagers en tout point du territoire et même au-delà.

Les générations passant, ces souvenirs identitaires des professions de réseaux s'estompent de la mémoire de la collectivité de travail dans les entreprises concernées. Et ce, à l'heure même où la libéralisation des services en réseaux progresse au point de réduire la sphère du service public, celle-là même qui enveloppait cet inconscient collectif. Se pose alors légitimement la question de savoir si aujourd'hui, dans les services en réseaux, on sert encore l'intérêt général ? Si oui, le principe de continuité est-il encore de mise, alors même que le service public n'est plus ? Dans ce cas, quelle législation spéciale peut être appliquée pour garantir une continuité d'un service qui n'est pas un service public ? Ces questions obligent à repenser les conditions d'exercice du droit de grève dans les services en réseaux.

17. – L'élaboration de la problématique a été précédée d'une série d'intuition, qui à l'issue de l'analyse préalable ont pu être validées. En premier lieu, les services en réseaux, sont porteurs d'un intérêt général de même ampleur que les anciens services publics en réseaux mais la notion de service public ne pouvait plus à elle seule permettre de qualifier la présence de cet intérêt général. De plus, deuxième intuition, la continuité du service demeure un impératif d'intérêt général. Il fallait donc sortir du service public « à la française » et se saisir des notions européennes, telle la notion de service d'intérêt général ou celle de service d'intérêt économique général. Pour autant, il fallait aborder le sujet du point de vue du droit français ; c'était une nécessité absolue dans l'immédiat, puisque notre étude porte sur le droit de grève et que l'Union européenne n'a pour l'instant aucune compétence pour intervenir dans cette matière. Mais le paradoxe est

²⁹ SUPIOT (Alain), « Introduction », in BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2000, coll. *Les voies du droit*, p. 25.

qu'aujourd'hui toute réflexion sur des services en réseaux est européenne puisque le régime juridique de fonctionnement de ces services est adopté par l'Union européenne avant d'être transposé et mis en œuvre par les États membres. La problématique se situe donc à l'interface entre droit français et droit européen, en restant centrée sur l'ordre juridique interne. Enfin, troisième intuition, puisqu'il s'agit de réfléchir à un régime juridique du personnel adapté aux services en réseaux pour sauvegarder la continuité du service, cela supposait à notre sens d'y inclure la notion de statut du personnel. En effet, plus que jamais le marché unique dans les services en réseaux, oblige à se poser la question de l'harmonisation des conditions de travail pour éviter le dumping social et la concurrence à armes inégales. Objecterait-on que ce ne sont pas ces services qui sont le plus sujets au dumping social, que nous répondrions qu'ils peuvent aussi être des secteurs aigillons en matière sociale. Après tout, c'est ce qu'ils furent après la Libération, en France et en Allemagne notamment.

18. – La problématique est novatrice pour deux raisons. En premier lieu, elle s'attaque à une question qui ne préoccupe guère la doctrine, qui est à la fois celle de la continuité des services en réseau compte tenu du contexte juridique actuel, et celle de l'adaptation des règles d'exercice du droit de grève dans ces services. Elle est donc novatrice en ce qu'elle apporte des réponses nouvelles aux questions d'aujourd'hui. En second lieu, il y a une novation – ou plus exactement une rénovation –, dans la mesure où cette réglementation du droit de grève est mise en lien direct avec la notion de statut du personnel. La « rénovation » du statut passe ici par une réhabilitation de l'idée de statut, tout en modifiant profondément ses contours juridiques.

19. – Avant d'exprimer de façon détaillée cette problématique venant au soutien du plan de la thèse, il paraît utile et même nécessaire de préciser les éléments de complexité qui la caractérise.

Section 2.- La complexité de la problématique

20. – Avant de définir une problématique, il convient au préalable de clarifier les termes du sujet (§1.-), d'expliquer les choix faits pour délimiter le sujet (§2.-) et d'expliquer le contexte dans lequel s'inscrit le sujet (§3.-).

§1.- La complexité d'une étude transversale

21. – L'étude est transversale en ce qu'elle aborde plusieurs domaines du droit (A.-) et approche d'autres disciplines que le droit (B.-).

A.- Une étude à la croisée des droits

22. – Pour tout juriste il est plus confortable de mener une recherche et d'élaborer une réflexion dans un domaine bien déterminé du droit, plutôt que de s'aventurer dans un domaine éclaté entre plusieurs branches du droit et entre plusieurs ordres juridiques. Par expérience, nous savons cependant que l'hybridation du droit est parfois une réalité juridique dont l'exploration permet de penser l'avenir, en tout cas de penser des pistes d'évolution du droit pour le futur³⁰. Le droit est un subtil équilibre entre une forme de permanence qui donne un cadre à la vie économique et sociale, et en même temps il doit pouvoir évoluer, non pour suivre mais pour accompagner, parfois même précéder des changements dans la vie économique et sociale. Réfléchir sur le travail au service de l'intérêt général nous invite à transgresser les frontières académiques du droit, pour puiser tant à la source du droit public que du droit du travail.

23. – C'est donc d'abord à la croisée du droit public et du droit social, que se situe cette thèse. Deux logiques différentes. L'une centrée sur l'intérêt général, l'autre sur la protection des travailleurs. Le point de rencontre nous est donné par une certaine tradition française des relations de travail dans les services publics industriels et commerciaux, où le droit du travail est dominant avec quelques touches de droit public. Dans les grands services en réseaux où le droit statutaire est développé, on aboutit à une hybridation parfaite entre des relations collectives largement publicisées et des relations individuelles de travail privatisées. Et puis au-delà des conditions de travail à proprement parler, il y a aussi certains îlots de législation ou de réglementation qui s'appuyant sur la notion de service public adaptent certains aspects du droit du travail à la spécificité de l'intérêt général. C'est notamment la loi du 31 juillet 1963 sur l'exercice du droit de grève dans les services publics. Cette loi n'a d'ailleurs jamais tari à la source la réglementation autonome du droit de grève dans les entreprises de réseaux chargées

³⁰ LECAT (Donatien), « La situation des stagiaires de la fonction publique territoriale. Quand la notion d'essai peut clarifier le droit applicable aux fonctionnaires territoriaux stagiaires », *B.J.C.L.* n° 10/04, pp. 677-681.

d'un service public. Le régime juridique du droit de grève dans les services publics est donc aussi par excellence ce lieu d'hybridation du droit.

24. – Plus complexe est en revanche l'entrée en scène du droit de l'Union Européenne dans ce duo bien huilé du droit public et du droit social. Le droit européen vient essentiellement bousculer le droit public, et ce n'est que par ricochet que le droit du travail est touché. Le droit européen n'utilise pas la notion de service public telle qu'elle l'est en droit français. Comme nous l'avons rappelé, le Conseil d'État a pu considérer qu'il y avait une forme d'ignorance de la notion française par l'Union européenne. On aboutirait à une sorte de coexistence entre deux droits et deux conceptions de la prise en charge de l'intérêt général, à travers des notions distinctes. Dans les faits, cette coexistence se traduirait par un abandon de la notion française. Cela impacterait nécessairement toute articulation entre droit du travail et droit public fondée sur la notion de service public. Cette articulation deviendrait alors inopérante.

Pour dépasser cette confrontation entre le droit européen et le droit public français, il fallait explorer d'autres solutions. Notamment celle qui consiste pour le droit national à s'approprier pour son propre compte, certaines notions que véhicule le droit européen pour la prise en charge de l'intérêt général. Ces notions issues du droit européen, telles les notions de services d'intérêt général ou de service d'intérêt économique général seraient alors utilisées par le droit national sans que ceci ne résulte d'une injonction du droit européen. Ce dernier devient alors véritable source du droit national et non plus son « fossoyeur » ou son « supérieur ».

Dans tous les cas, le cadre juridique du travail au service de l'intérêt général serait impacté, puisqu'il ne devrait plus pouvoir être fondé sur une articulation devenue désuète. Une autre articulation devrait être alors imaginée sur la base de cette notion européenne intégrée à l'ordre juridique français.

B.- Une étude teintée d'interdisciplinarité

25. – Les juristes évoquent parfois l'interdisciplinarité entre les branches du droit. De ce point de vue, compte tenu de ce que nous venons de développer, la présente étude est interdisciplinaire en ce qu'elle aborde divers domaines du droit. Mais, ce n'est pas de cette interdisciplinarité qu'il est question ici. Une autre est à l'œuvre. Le caractère transversal de l'étude est également lié au fait que l'étude touche à d'autres disciplines que le droit. C'est dans ces conditions que nous nous sommes appuyés parfois sur ces

autres disciplines pour venir au soutien d'une évolution du droit, ou pour expliquer un phénomène appréhendé d'une certaine façon par le droit. C'est le caractère « interdisciplinaire » que nous évoquons ici.

26. En effet, trois disciplines autres que le droit ont été mobilisées sur certains aspects de la recherche : la sociologie, la science politique et l'histoire. C'est assez naturellement que nous avons aussi utilisé des travaux d'historiens qui se sont intéressés aux services en réseaux et aux services d'intérêt général ; et certains points de notre recherche ont d'ailleurs mobilisé l'histoire du droit. Dans une recherche comme celle-ci qui cherche à comprendre une évolution, l'approche historique est nécessairement très présente. Sans doute aurions-nous pu aussi mobiliser beaucoup plus la science économique, discipline qui s'intéresse également aux services en réseaux. Mais nous l'avons fait de façon très sporadique.

27. – En ce qui concerne la sociologie d'une part, elle a permis de nourrir la réflexion autour de l'idée d'intérêt général. Les travaux sur la cohésion sociale, d'Emile Durkheim à Robert Castel notamment, ont grandement apporté à notre étude. Lorsqu'il s'agit d'expliquer certains ressorts fondamentaux de la vie sociale, le droit se trouve démuné. Les services en réseaux irriguent la vie de la société. Ils sont utiles tant pour les citoyens que pour les entreprises et globalement pour toute collectivité humaine. Pour cerner l'éventuel intérêt général qu'ils servent, il faut saisir ce que sont les besoins essentiels des individus dans une société donnée. C'est aussi comprendre les mécanismes de cohésion de cette société. Le droit seul ne peut parvenir à expliquer cela. Ce n'est pas son rôle. Le droit apporte le cadre nécessaire au fonctionnement de ces services en réseaux. Si notre objectif essentiel était bien de définir ce cadre, il fallait pouvoir le justifier. Pour cela, il fut parfois nécessaire de s'interroger sur ce qui permettait d'identifier un besoin d'intérêt général et donc de justifier ensuite une prise en charge spécifique par le droit. Cette articulation entre la sociologie et le droit n'est pas évidente, surtout lorsque nous sommes dans une recherche où le droit est polymorphe, comme c'est le cas ici. Nul doute que le « Maître » fondateur de l'école du service public, le professeur Léon Duguit, qui il y a un siècle nourrissait sa réflexion juridique par les travaux de la sociologie, nous aura grandement inspiré dans cette démarche. Par son exemple, nous nous sommes sentis autorisés à sortir des sentiers du droit dans une recherche juridique, mais pour mieux y retourner ensuite.

28. – D'autre part, comme annoncée en préambule, c'est la science politique qui est venue nourrir notre réflexion, mais de façon plus diffuse, notamment sur la question

centrale de notre recherche, à savoir l'intérêt général. Nous avons essayé de tenir compte des aspects politiques, au sens étymologique, de l'application du droit dans les services en réseaux, notamment lorsqu'il s'agit d'appréhender l'intervention de la puissance publique ou l'implication des partenaires sociaux.

29. – En définitive, notre recherche demeure une recherche juridique. Les autres disciplines sont là pour éclairer et nourrir la réflexion juridique, pas pour la supplanter. Ce n'est donc pas une recherche interdisciplinaire à part entière, mais une recherche teintée d'interdisciplinarité. Ce réflexe assez naturel que nous avons eu de faire appel à d'autres disciplines pour élaborer notre réflexion juridique, nous le devons aux enseignements du professeur Alain Supiot. Par cet aspect, cette recherche essaie modestement de mettre en pratique ses exhortations à élargir inlassablement nos horizons afin d'être des juristes avertis. L'étude en devient riche sur le plan intellectuel, mais plus complexe, puisque la pensée s'élabore avec davantage de données. Au final, l'analyse est plus ajustée aux réalités théoriques et pratiques. Alors qu'une réflexion purement juridique aurait naturellement tendance à apporter des réponses tranchées à certaines questions, l'éclairage de la sociologie, de la science politique, mais aussi de l'histoire, oblige à nuancer ces réponses. La maîtrise de ce nuancier est certes délicate, mais elle n'est jamais impossible.

§2.- La complexité des notions et de la terminologie utilisée

30. – Plusieurs notions juridiques complexes sont utilisées dans notre recherche. Ainsi, l'intérêt général, le service public qui sont des notions juridiques dont la définition est toujours sujette à discussion. Il en va de même pour les notions européennes, notamment celle de service d'intérêt général ou celle de service d'intérêt économique général. Or, lorsque l'on parle de « service en réseaux » ou de « grands services en réseaux », sont évoquées en filigrane les notions d'intérêt général, de service public, de service d'intérêt économique général, de service d'intérêt général. L'expression « service en réseau » réunit potentiellement toutes ces notions juridiques. Cependant, la notion de « service en réseau » n'existe pas en droit. Elle n'a aucune signification juridique précise. Elle désigne un fait qui d'une part n'est pas uniforme, car il existe plusieurs réseaux, et plusieurs types de service rendus sur la base d'infrastructures en réseau. D'autre part, en l'absence d'une définition précise et univoque du service en réseau, il convient de préciser le sens que l'on donne à cette expression dans le cadre de cette

recherche (A.-). Il existe une autre difficulté terminologique quant à l'emploi de l'expression « statut du personnel ». Il s'agit cette fois d'une notion juridique, mais qui n'est pas dénuée d'une certaine ambivalence. Il est donc nécessaire de préciser ce qui est désigné par « statut du personnel » dans le cadre de notre recherche (B.-).

A.- Le service en réseau

31. – Notre étude porte sur les grands services en réseaux, qu'il y a encore à peine plus de vingt ans, les juristes de droit public appelaient « les grands services publics »³¹. Ces grands services publics en réseaux étaient nationalisés et pris en charge par des entreprises publiques ayant soit le statut d'établissement public (EDF, GDF, ADP, la SNCF à partir de 1982), soit de société de droit privée à capital public (Air France, La SNCF jusqu'en 1982). Dans le cas des postes et des télécommunications le service était directement pris en charge par l'administration de l'État jusqu'en 1990, date de leur transformation en deux établissements publics La Poste et France Télécom. Or, ces grands services publics connaissent des transformations très profondes depuis plus d'une vingtaine d'années. La principale de ces transformations est l'introduction de la concurrence dans ces secteurs d'activités, jusque-là marqué par le monopole. Là où il y avait un seul opérateur du service, il s'en trouve dorénavant plusieurs. De plus là où il y avait un service intégré, gérant à la fois l'infrastructure et l'exploitation du réseau, il y a aujourd'hui le ou les opérateurs chargés de l'infrastructure et les opérateurs chargés de l'exploitation de ce réseau.

32. – L'une des caractérisations principales de ces services, c'est qu'ils reposent sur l'exploitation d'un réseau physique qui s'étend sur l'ensemble du territoire. Ainsi, par exemple, le transport ferroviaire repose sur le réseau constitué par les voies ferrées. Le transport ferroviaire n'existe que par l'exploitation du réseau ferroviaire. La fourniture d'électricité n'est possible qu'en exploitant à la fois les centrales de production, raccordées aux réseaux de transport et de distribution d'électricité qui sont constitués des lignes très haute tension, haute et moyenne tension. La fourniture du gaz n'est possible que par l'exploitation des réseaux constitués par les centres de stockage de

³¹ Sont emblématiques de cette époque deux ouvrages. Celui des professeurs Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER, *Grands services publics et entreprises nationales*, t.I et II, Paris, PUF, 1969 et 1973, 370 pp. et 334 pp. Celui du professeur Jean-François LACHAUME, *Grands services publics*, Paris, Masson, Coll. « Droit Sciences économiques », 1989, 375 pp. ; pourtant, dès l'introduction, le professeur Lachaume précise qu'en tant qu' élu local, il considère qu'il n'y a pas à proprement parler des grands et des petits services publics.

gaz et les gazoducs pour le transport du gaz ainsi que par les réseaux de tuyaux de distribution du gaz présents dans les localités raccordées. La téléphonie, fixe ou mobile, et plus largement les communications électroniques, ne fonctionnent que par l'exploitation des réseaux filaires en cuivre ou fibre optique, des antennes relais et des antennes satellites. Le service postal n'est possible que par l'exploitation du réseau constitué des bureaux de postes et des boîtes aux lettres, des centres de tri. Enfin, le transport aérien n'est possible que grâce à l'exploitation d'un réseau d'aéroports et par l'existence d'un service de navigation aérienne constitué des radiobalises et radars, des centres de contrôle régionaux, des centres de contrôle d'approche et des tours de contrôle d'aérodromes.

33. – D'autres services en réseaux (transports publics locaux, distribution d'eau, assainissement) ne sont pas moins importants pour la vie des citoyens, mais ont une dimension essentiellement locale, alors que les autres services mentionnés ont une dimension nationale voire même européenne et mondiale. Notre étude porte donc sur les services en réseaux à dimension au moins nationales qui ont été l'objet de nationalisation et de gestion en monopole par le passé. Il s'agit donc du service de transport ferroviaire, du service de transport aérien, du service d'électricité, du service de gaz, du service postal et du service de télécommunications devenues communications électroniques. Six secteurs d'activités en réseaux, qui sont à la fois très divers, mais qui connaissent des similitudes. Parmi ces similitudes, il y a le fait qu'ils ont été considérés par le passé comme des services publics, cela justifiant une prise en charge par des organismes uniques d'envergure nationale. Aujourd'hui tous ces services sont touchés par l'introduction de la concurrence imposée par l'Union européenne dans le cadre de la réalisation du Marché unique. Par ailleurs, dans ces « grands services publics », le principe de continuité du service était un principe de fonctionnement. Les personnels de ces services se voyaient appliquer une législation et une réglementation spécifique, venant limiter ou contraindre l'exercice du droit de grève. Enfin, ces mêmes personnels étaient soumis à un statut particulier exorbitant du droit commun des relations collectives de travail.

Néanmoins, chaque secteur pouvait avoir ses particularités organisationnelles ou statutaires. Il n'y avait pas d'uniformité, mais bien une diversité de modèles d'organisation et de gestion. De même que les évolutions de ces services ne sont pas identiques. Certains secteurs ont vu la concurrence se développer très vite (télécommunications et transport aérien), d'autres en sont encore aux balbutiements (transport ferroviaire). Certains secteurs ont vu apparaître une pluralité d'opérateurs sur

certains marchés (distributions de colis) alors que d'autres secteurs ont encore peu de concurrents (fourniture d'électricité et de gaz).

34. – Notre étude porte sur l'ensemble de ces six services et non pas sur un seul d'entre eux, ce qui aurait été cependant beaucoup plus simple. Cette multiplicité d'exemples apporte cependant une richesse importante à notre étude. Elle permet de mettre en relief ce qui réunit ces secteurs d'activité, en évitant de tomber dans des détails qui n'ont d'intérêt que pour chaque secteur en particulier. Or ce qui réunit ces secteurs, c'est l'intérêt général qu'ils servent, notamment au niveau européen. Cette dimension d'intérêt général a des implications notamment politiques et juridiques. Ce sont ces implications juridiques qui nous intéressent ici. Notre analyse juridique se trouve alors renforcée en ce qu'elle est globale et transversale, et non pas uniquement cloisonnée. Car ce que nous sommes amenés à mettre en évidence au cours de notre démonstration n'est pas de l'ordre des épiphénomènes, mais plutôt des mouvements de fond et qui impacte la société européenne dans son ensemble.

B.- Le statut du personnel

35. – À propos du statut du personnel, le professeur Christian Garbar écrit qu'« on comprend qu'il faille prendre beaucoup de précautions pour ne pas s'égarer dans ce labyrinthe terminologique. »³² Il expliquait en effet « qu'au sens large, le statut désigne un ensemble de règles juridiques applicables à des personnels déterminés : il est synonyme dans ce sens générique de condition juridique ou de régime juridique (statut du salarié, statut des représentants du personnel). Au sens étroit, il ne désigne que les seules règles unilatérales (législatives ou réglementaires), qu'elles soient de droit public ou de droit privé (statut des fonctionnaires, statut du mineur) et ce par opposition aux règles contenues dans les conventions collectives »³³. Jacky Chorin considérait également que la notion de statut posait deux difficultés principales : des « problèmes terminologiques » et des « problèmes liés au mode d'élaboration des statuts »³⁴. Enfin, pour Nicole Maggi-Germain, « La notion de statut renvoie à plusieurs choses : l'acte matériel, c'est-à-dire le texte juridique, l'ensemble des règles qui régissent la situation des agents au sein de l'entreprise, mais également un "état juridique" sous lequel se

³² GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, op. cit., p. 32.

³³ GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, op. cit., p. 31.

³⁴ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, op. cit., p. 14.

trouvent placés les membres d'une même entreprise, caractérisé par la permanence des règles. L'existence de cette double acception traduit toute l'ambiguïté de la notion. Quelle définition peut-on adopter de la notion de statut du personnel ? »³⁵ C'est bien la question que nous nous sommes posée et à laquelle la réponse ne s'est pas avérée des plus simples.

36. – Le statut fut en règle générale justifié par la présence du service public, ou plus largement de l'intérêt général. Plus précisément, l'idée de statut dérogatoire du droit commun des relations de travail est davantage liée à la continuité du service public³⁶. En effet, pour que les agents soient « fidèles au poste », le statut fut pensé comme un élément de contrainte mais aussi comme un cadre favorable aux agents. Il permettait à la fois d'assujettir les agents à des contraintes spécifiques d'organisation du travail, dont la finalité était de permettre un fonctionnement continu du service ; il offrait des conditions de travail, de retraite, qui n'avaient pas d'équivalent dans le secteur privé. Cependant, de la théorie du statut tel qu'il a pu être envisagé à l'origine, à sa mise en place concrète, il y a un écart. En définitive, la continuité est une finalité qui n'apparaît pas de façon des plus évidentes. Sa présence est pour le moins discrète. Les statuts ne comportent en règle générale pas de dispositions sur l'exercice du droit de grève. Ils peuvent comporter certaines règles d'organisation du travail relative à l'organisation du travail, dont la finalité est liée à la continuité du service. C'est le cas des astreintes notamment.

En revanche, l'idée de la compensation des sujétions d'intérêt général imposées au personnel est davantage visible. Sans doute est-elle d'ailleurs surmédiatisée et quelque peu déformée. Mais, de fait on dit que le statut est « octroyé » aux personnels par la puissance publique, soit directement soit indirectement via l'entreprise publique qu'elle dirige. Autrement dit, le statut a été considéré comme un « avantage » accordés à des salariés soumis à des contraintes fortes liées au service public. Compenser des sujétions, apparaît aujourd'hui être ce qui devrait caractériser tout régime juridique du travail dans les services d'intérêt général, notamment les services en réseaux.

37. – Mais au-delà du fond, le statut ce sont aussi des caractéristiques formelles singulières : singulières par rapport au droit commun du travail, singulières aussi entre

³⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, *op. cit.*, p. 8.

³⁶ On appellera l'existence du statut du mineur alors que les charbonnages n'exploitaient aucun service public à proprement parler, sans doute néanmoins relevaient-ils de l'intérêt général. Ce statut particulier nous apparaît dès lors comme une exception au principe du lien entre statut et présence du service public.

les différents statuts. Mais ce qui les rassemble, c'est leur caractère réglementaire ; soit qu'ils fussent adoptés par le gouvernement lui-même, soit qu'ils fussent adoptés par les organes dirigeants des entreprises de service public, ayant reçues pour cela des prérogatives de puissance publique. Il est considéré comme un acte administratif unilatéral.

38. – Au vu des résultats de notre analyse que nous exposerons ultérieurement, il nous apparaît que si les caractéristiques de fond du statut, nous semble avoir encore un avenir possible dans le cadre de services en réseaux libéralisés, nous ne le pensons pas pour leur caractère d'acte réglementaire unilatéral. En conséquence, la notion de statut sera utilisée dans sa double acception, selon une règle d'ordre chronologique : tantôt, elle désignera dans un sens spécifique le « statut réglementaire » du personnel lorsque nous l'évoquerons en rapport avec une situation passée ; tantôt elle désignera dans un sens plus large le régime juridique du personnel lorsqu'il s'agira de prospecter l'avenir, car dans ce cas, le statut ne devrait plus être de nature réglementaire.

§3.- La complexité du contexte

39. – Pour effectuer cette étude, une autre difficulté a été rencontrée, à travers un contexte juridique en mouvement permanent. Cela est dû au fait que la libéralisation est un processus en cours de réalisation dans beaucoup de secteurs en réseaux, et au-delà diverses branches du droit français ont connu quelques changements importants.

A.- Une libéralisation en mouvement

40. – Si le processus de libéralisation des services en réseaux a débuté en Europe il y a près de trente ans, il n'est pas achevé pour un certain nombre de secteurs. Sans doute les secteurs des communications électroniques et du transport aérien sont ceux de ces secteurs où la libéralisation semble achevée. Dans les autres secteurs, l'ouverture à la concurrence est devenue une réalité, mais sans être encore parvenue à maturité. C'est le cas de l'électricité, du gaz et du service postal. Pour le transport ferroviaire, si le fret est en principe ouvert à la concurrence, le transport de voyageurs ne fait que commencer à s'ouvrir à la concurrence ; autant dire que le processus est loin d'être achevé. Il n'y a donc pas une libéralisation mais des libéralisations parmi les six

secteurs de services en réseaux étudiés. Sans vouloir entrer dans des détails qui relèveraient plus d'une monographie pour chaque secteur, il convient de rappeler le contexte général de la libéralisation des services en réseaux et les traits saillants qui caractérisent ce processus inachevé et toujours en cours de réalisation.

41. – La libéralisation des services en réseaux est en germe dans le Traité de Rome. Mais son processus n'a été entamé par la Communauté économique européenne qu'à partir du milieu des années 1980, dans un contexte mondial marqué par la dérégulation du transport aérien aux États-Unis d'Amérique et la dérégulation des marchés financiers dans le monde anglo-saxon. Deux évènements ont lancé ce processus. La Communauté économique européenne instaure elle-même un contexte favorable à cette libéralisation, par la signature au Luxembourg de l'Acte unique européen, en février 1986. Il s'agit d'un traité modificatif du traité de Rome, voulu par Jacques Delors alors nouvellement président de la Commission européenne, et dont l'objectif est d'accélérer la création d'un marché unique européen. Quelques mois plus tard, en avril 1986, la Cour de Justice de des Communautés européennes rend un arrêt qui résonne comme un véritable coup de tonnerre, puisqu'il admet le principe que les règles de concurrence prévues par le Traité de Rome s'appliquent au secteur du transport aérien³⁷. Cet arrêt ouvre les vannes de la concurrence dans l'ensemble des services en réseaux qui seront touchés les uns après les autres par la logique de la création d'un marché unique. Emboîtant aussitôt le pas de la Cour, les autres institutions européennes s'emparaient de cette question et organisaient la libéralisation de chaque service en réseau. Les États, y compris la France, n'étaient pas en reste, pour lancer ce processus.

42. – Les premières législations européennes marquant le début de ce processus ont été adoptées dès 1987 pour le transport aérien³⁸. Puis, jusqu'au milieu des années 1990, des législations du même ordre ont été adoptées pour enclencher leur ouverture à la concurrence et édifier un marché unique. Toutes ces législations, qu'elles soient adoptées sous formes de règlements ou de directives, ont d'abord favorisé l'interopérabilité. En effet, les services en réseaux étaient jusque-là de dimension nationale, et très peu de réseaux nationaux étaient connectés. Or, pour créer un marché

³⁷ CJCE, 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213 / 84, *Lucas Asjes, rec.*, pp. 1425-1473.

³⁸ Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, in *J.O.C.E.* du 31 décembre 1987, n° L 374 / 1 à 8. – Règlement (CEE) n° 3976 / 87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens, in *J.O.C.E.* du 31 décembre 1987, n° L 374 / 9 à 11.

unique dans les services en réseaux, il fallait d'abord pouvoir établir des « ponts » entre les réseaux, pour qu'un opérateur puisse intervenir sur les uns et les autres réseaux sans barrière. La mise en place de cette interopérabilité passe par une harmonisation des règles techniques, des règles de sécurité et des règles administratives. La politique des réseaux transeuropéens va aussi en ce sens, puisqu'il s'agit de créer des infrastructures de réseaux communes entre plusieurs pays membres. Puis plus récemment, l'Union européenne a pris des mesures de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, afin d'éviter des distorsions de concurrence au détriment de l'environnement et des consommateurs. Depuis le début des années 2000, l'Union européenne crée des agences européennes chargées de suivre le rapprochement des législations et des spécifications techniques d'interopérabilité, de faire des propositions pour améliorer le système et la sécurité, assister la Commission européenne dans la préparation des projets de législation. Ces agences n'ont pas nécessairement de pouvoir décisionnel³⁹. À ce jour, des évolutions sont en cours. Dans différents secteurs, plusieurs pans entiers de la législation européenne relative au marché intérieur ont été modifiés ces dernières années. C'est le cas notamment dans le secteur postal⁴⁰, ainsi que dans les secteurs de l'énergie électrique et de l'énergie gazière par des directives de 2009⁴¹. On citera par exemple le « quatrième paquet » ferroviaire qui est actuellement en cours de discussion⁴².

43. – La législation française est elle-même sujette à des modifications, soit qu'elles résultent des modifications du droit de l'Union européenne, soit qu'elles soient d'origine franco-française. Le transport ferroviaire a ainsi connu quelques changements ces

³⁹ Ont été créés : L'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA, en anglais EASA) en 2003 ; L'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, ou ENISA (de l'anglais : European Network and Information Security Agency) en 2004 ; L'Agence ferroviaire européenne (en anglais European Railway Agency (ERA)) en 2004 ; L'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) en 2009 ; Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) en 2009.

⁴⁰ Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 *modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté*, J.O.C.E. L 52 du 27.2.2008, p. 3.

⁴¹ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE*, J.O.U.E. L. 211 du 14 août 2009, p. 55. – Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE*, J.O.U.E. L. 211 du 14 août 2009, p. 94.

⁴² Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse du 5 juin 2014, 10401/14 (OR. en) PRESSE 322 : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/trans/143081.pdf

dernières années et en connaîtra encore dans les années à venir. En 2009, la loi⁴³ a créé l'Agence de régulation des activités ferroviaires (ARAF), qui vient donc rejoindre les autres Autorités administratives indépendantes sectorielles créées pour accompagner la libéralisation des autres secteurs que sont l'ARCEP⁴⁴ et la CRE⁴⁵. Très récemment, par une loi du 4 août 2014⁴⁶, le législateur a décidé la réunification de la SNCF et de RFF, dans une même entité constituée en deux « filiales » distinctes chargées l'une du réseau, l'autre du service de transport⁴⁷. On citera enfin la loi dite « NOME »⁴⁸ de 2010 qui est venue modifier certaines règles d'organisation du marché de fourniture d'électricité⁴⁹.

D'autres lois sont venues modifier le statut de certains opérateurs historiques. Le mouvement a commencé en 1996 avec la transformation de France Télécom alors établissement public en société anonyme, puis ce fut le tour d'EDF et GDF en 2004⁵⁰, d'Aéroports de Paris en 2005⁵¹, et dernièrement de La Poste⁵². Le cas de France Télécom mis à part, l'État reste l'actionnaire majoritaire de ces nouvelles sociétés anonymes. On notera que la Compagnie Air France a le statut de société anonyme depuis sa création en 1933 et sa recréation en 1945 dont le capital était public à plus de 99% a connu plusieurs vagues de privatisation, dont la dernière étape date de 2004 où la participation de l'État est tombée à 15,8% du capital, ce qui lui permet de fusionner avec la compagnie hollandaise KLM- ROYAL DUTCH AIRLINES⁵³ et de former le premier groupe européen et mondial à l'époque de transport aérien. Reste donc aujourd'hui la SNCF réunifiée comme établissement public de l'État ; mais pour combien de temps encore ?

⁴³ Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 *relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, *J.O.R.F.* n°0285 du 9 décembre 2009 page 21226, texte n° 1.

⁴⁴ ARCEP : Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes.

⁴⁵ CRE : Commission de Régulation de l'Énergie.

⁴⁶ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, *J.O.R.F.* n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3.

⁴⁷ Selon le nouvel article L.2101-1 du Code des transports, « *La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Mobilités constituent le groupe public ferroviaire au sein du système ferroviaire national. Ces trois entités ont un caractère indissociable et solidaire* ».

⁴⁸ NOME : Nouvelle Organisation du Marché de l'Électricité.

⁴⁹ Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 *portant nouvelle organisation du marché de l'électricité*, *J.O.R.F.* n°0284 du 8 décembre 2010 page 21467, texte n° 3.

⁵⁰ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, *J.O.R.F.* n°185 du 11 août 2004 page 14256, texte n° 1.

⁵¹ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 *relative aux aéroports*, *J.O.R.F.* n°93 du 21 avril 2005 page 6969, texte n° 1.

⁵² Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, *J.O.R.F.* n°0034 du 10 février 2010 page 2321, texte n° 1.

⁵³ KLM : KONINKLIJKE LUCHTVAART MAATSCHAPPIJ.

B.- Un droit mouvant

44. – En dehors de la libéralisation des services en réseaux et des actes juridiques qui jalonnent sa progression, le contexte juridique de l'étude a connu de nombreux changements. Certains sont liés à un mouvement de codification ou de recodification de certaines branches du droit. D'autres font suite à des novations législatives.

45. – Tout d'abord, trois codifications successives adoptées par ordonnance ont jalonné l'étude. Premièrement, fin 2004, le Code de la Défense a été adopté⁵⁴. Ce code regroupe et toilette pour la première fois dans un ensemble ordonné, les dispositions relatives aux réquisitions ordonnées par le gouvernement. Deuxièmement, en octobre 2010 est apparu le code des transports⁵⁵. Ce code regroupe des dispositions législatives relatives aux différents modes de transport, parmi lesquels le transport ferroviaire et le transport aérien. Échappent néanmoins à cette codification certaines dispositions du Code de l'Aviation civile. Quant à la partie réglementaire de ce code, elle a été adoptée au printemps 2014⁵⁶. Enfin, troisièmement, au printemps 2011, c'est le Code de l'énergie qui est adopté⁵⁷. Il regroupe la plupart des dispositions législatives existantes relatives à l'énergie gazière et l'énergie électrique. Sa partie réglementaire se fait quant à elle, toujours attendre.

À cette énumération, nous devons ajouter la recodification du code du travail survenue en 2007 avec entrée en vigueur l'année suivante⁵⁸. Ceci a eu pour effet de modifier l'architecture du code du travail et de modifier la numérotation des articles.

46. – Ensuite, deux lois ont créé des dispositions qui intéressaient directement le fond de la recherche. Il s'agit tout d'abord de la loi de 2007⁵⁹ sur l'organisation d'un service garanti dans les transports publics terrestres de voyageurs. Cette loi, quoique limitée, demeure sans aucun doute l'une des législations les plus ambitieuses en matière de réglementation du droit de grève dans les services publics de transport. Elle confirme

⁵⁴ Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004 *relative à la partie législative du code de la défense*, *J.O.R.F.* n°296 du 21 décembre 2004, page 21675, texte n° 30.

⁵⁵ Ordonnance n°2010-1307 du 28 octobre 2010 *relative à la partie législative du code des transports*, *J.O.R.F.* n°0255 du 3 novembre 2010, page 19645, texte n° 2.

⁵⁶ Décret n°2014-530 du 22 mai 2014 *relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du code des transports*, *J.O.R.F.* n°0122 du 27 mai 2014, page 8602, texte n° 4.

⁵⁷ Ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 *portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, *J.O.R.F.* n°0108 du 10 mai 2011, page 7954, texte n° 56.

⁵⁸ Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 *relative au code du travail*, *J.O.R.F.* n°61 du 13 mars 2007, page 4740, texte n° 5.

⁵⁹ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

des pratiques déjà existantes à la RATP et la SNCF et inscrit dans la loi, pour la première fois depuis 1946, un mécanisme de service garanti dont le but est d'assurer au mieux la continuité du service en cas de grève. Plus récemment, la loi du 19 mars 2012 est venue réglementer le droit de grève dans le transport aérien⁶⁰. Moins ambitieuse que celle du 21 août 2007, elle est une des rares lois qui sans faire référence au service public, apporte quelques contraintes à l'exercice du droit de grève.

47. – Ainsi la présente recherche, s'est inscrite pleinement dans un « droit vivant » pour reprendre la formule du professeur Jean-Emmanuel Ray⁶¹. Ces évolutions, petites et grandes, auraient pu remettre en cause la problématique de la thèse, ou certains aspects de celle-ci. C'est toujours le risque en pareille situation. Ce ne fut pas le cas, bien au contraire. Si certaines nuances ont dû être apportées parfois, la problématique s'en est trouvée renforcée, par une forme de validation des analyses juridiques et des perspectives d'avenir envisagées.

Section 3.- L'exposé de la problématique

48. – Avant de formuler la problématique qui nous permet de justifier le plan de la thèse (§3.-), il nous faut présenter l'hypothèse de départ que notre recherche a permis de valider (§1.-) et les enjeux de cette problématique (§2.-).

§1.- L'hypothèse de départ

49. – Notre hypothèse de travail est le fruit d'une intuition de départ selon laquelle, dans les services en réseaux, la persistance de l'intérêt général permettrait de justifier un principe de continuité de fonctionnement de ces services, lequel doit alors être relayé par un régime juridique encadrant le droit de grève des agents des services en réseaux.

50. – En premier lieu, l'intérêt général n'a pas disparu des services en réseaux libéralisés. Au-delà même du service public, nous pensons que l'intérêt général est présent dans ces services, alors même qu'aucun régime juridique particulier ne vient

⁶⁰ 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*, *J.O.R.F.* n°0068 du 20 mars 2012, page 5026, texte n° 2.

⁶¹ RAY (Jean-Emmanuel), *Droit du travail, droit vivant*, Paris, 2014, 23^e éditions, Editions Liaisons, Coll. « droit vivant », 714 pp.

aujourd'hui les encadrer sur cet aspect précis des choses. Certains services, tel par exemple la téléphonie mobile, ne sont pas dans le service public et ne sont l'objet d'aucune obligation de service public, néanmoins, il s'agit d'un service qui présente un réel intérêt général. À partir de là, il n'est donc pas illégitime de s'interroger sur la pertinence d'un principe de continuité qui viendrait régir leur fonctionnement. Et notre intuition était dès ce moment de se servir de la notion européenne de service d'intérêt général pour donner une base solide à une approche renouvelée de la prise en charge de l'intérêt général dans les services en réseaux. Cela supposait de proposer une nouvelle interprétation de ces notions européennes de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général.

51. – En second lieu, la continuité du service en réseaux pouvant être juridiquement fondée, elle peut elle aussi fonder un régime juridique encadrant l'exercice du droit de grève. Notre intuition est double sur ce point. D'une part, la complexification des services en réseaux du fait de la libéralisation, induisant une partition des activités de réseaux et une pluralité d'opérateurs de services, nécessite de penser un cadre qui prenne la dimension du réseau dans ses critères d'application, sans quoi, la continuité pourrait être un objectif vain. D'autre part, mais cela en découle directement, ce régime juridique, nécessairement contraignant devrait être compensé sur le plan social. C'est l'idée même de statut qui ressurgit. Mais compte tenu à la fois du passé statutaire dans les services en réseaux et compte tenu de l'évolution des rapports sociaux dans les services en réseaux, ces nouveaux statuts seraient nécessairement très différents tant dans leurs formes que dans leurs contenus.

52. – Pour vérifier cette hypothèse de départ, nous avons donc travaillé dans deux directions en parallèle. Premièrement, nous avons exploré la réalité du service public dans les services en réseaux afin de déterminer quelles sont aujourd'hui les activités qui répondent à la qualification de « service public ». Ceci permettait ensuite de constater quelles étaient les activités soumises au principe de continuité. Il s'avère en effet qu'aujourd'hui la continuité est un principe qui est rattaché à la notion de service public ; en explorant l'étendue réelle et non pas supposée du service public dans les services en réseaux, on pouvait du même coup connaître le champ d'application du principe de continuité dans les services en réseaux. Enfin, ceci permettait de proposer, le cas échéant, de nouveaux outils juridiques propres à assurer la continuité des services en réseaux. Cette exploration devait à la fois être faite sur le plan théorique, mais aussi sur le plan pratique. Il fallait notamment s'interroger sur la notion d'obligation de service public très utilisée par le droit sectoriel de l'Union européenne. Comment recoupe-t-elle

ou non la notion de française de « service public » ? Mais deuxièmement, il fallait aussi s'interroger sur le régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux et sonder sa capacité actuelle à donner un cadre suffisant ou non pour contraindre l'exercice de ce droit en vue du respect du principe de continuité du service. Comme nous l'avions supposé, cette capacité s'avère très limitée.

53. – Cette première partie de l'hypothèse étant validée, il nous fallait valider la seconde partie, à savoir trouver un autre support juridique au principe de continuité du service et définir les contours d'un cadre juridique renouvelé du droit de grève dans les services en réseaux. La problématique avance alors sur un versant prospectif, sans pour autant perdre de vue le droit positif existant qui sert de point d'appui pour proposer une évolution juridique « douce » vers un régime pouvant prendre en charge, à la fois le fonctionnement continu des services en réseaux et une nouvelle réglementation du droit de grève des agents de ces services.

§2.- Les enjeux de la problématique

54. – Une thèse n'est pas que prospection, mais elle est quand même en partie œuvre prospective. Or un sujet comme celui-ci fait à la fois le bilan des impasses du système juridique et explore des voies nouvelles pour modifier le droit. Bien sûr ici, il ne revient pas au chercheur de décider, mais plutôt de proposer et d'étayer des solutions juridiques nouvelles. Au fil de notre recherche, nous nous sommes rendu compte que le sujet ici traité est riche de modifications potentielles de l'état du droit pour l'avenir. Les enjeux juridiques de notre étude sont importants. Il convient de les expliciter, puisqu'ils sont à la base de la problématique définie et suivie pour soutenir cette recherche.

55. – Le premier enjeu est celui de l'avenir de l'intérêt général dans les services en réseaux. Le service public, jusqu'à lors seul vecteur de l'intérêt général au plan juridique, ne semble plus être en capacité de répondre aux actuelles transformations de la prise en charge de l'intérêt général dans des services en réseaux largement ouverts à la concurrence et largement privatisés. Les services en réseaux constituent par nature, aujourd'hui, le point de rencontre entre l'intérêt général et la concurrence. Intérêt général et concurrence sont deux réalités qui ne peuvent être niées et sous-estimées. Or, le droit applicable aux services en réseaux qu'il soit d'origine européenne ou nationale, fait davantage de place au marché qu'à l'intérêt général. Fondamentalement, sur ce point,

l'enjeu est de démontrer la persistance irréductible de l'intérêt général dans les services en réseaux et la nécessité de lui trouver un cadre juridique adapté pour le protéger, mais en parfaite articulation avec la concurrence et l'existence d'un marché. La continuité du service est intrinsèquement liée à l'intérêt général reconnu par ailleurs ; elle est consubstantielle à l'existence de cet intérêt général. Notre recherche aboutit à une redéfinition d'un cadre juridique qui serait de nature à reconnaître l'intérêt général dans les services en réseaux afin de protéger ses caractéristiques essentielles parmi lesquelles on trouve la continuité de fonctionnement du service d'intérêt général.

56. – Le deuxième enjeu est donc celui de la définition d'un nouveau cadre juridique relatif à l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux. Le sujet est sensible et nécessite d'être mûri en fonction des données de l'expérience acquise depuis la Libération. À minima ce cadre juridique doit poser des règles d'exercice du droit de grève qui sont de nature à garantir au mieux l'effectivité du principe de continuité dans les services en réseaux. Ces critères d'application doivent être autrement fondés que sur la notion de service public, puisque celle-ci ne permet plus de tenir compte de la totalité de l'intérêt général pris en charge par les services en réseaux. Il doit tenir compte de la dimension de réseau. De là, l'enjeu véritable est de montrer que ce régime juridique peut être l'aiguillon d'un renouvellement des règles collectives de travail dans les services en réseaux. C'est en ce sens que l'idée de statut est pérenne.

Sans doute sommes-nous épris d'un romantisme et d'une nostalgie d'une époque glorieuse, celle des entreprises publiques à statut, véritables bras armés d'un État et d'une Nation en reconstruction puis en voie de modernisation. Mais nous savons aussi que cette époque a marqué les esprits parce qu'elle a tenu ses promesses. Or à notre époque, où le tout libéral montre son incapacité à juguler les crises sociales et économiques, s'inspirer de ce qui a fonctionné dans le passé n'est pas en soi une mauvaise idée. Encore faut-il tenir compte des évolutions de nos sociétés, où certaines remises en cause semblent illusoires, et donc si l'idée de statut semble pérenne, elle doit aussi être adaptée aux enjeux de notre époque, nécessairement différents des enjeux de l'après-guerre. On a cru l'idée de statut du personnel dépassée. Elle est moderne. Mais ne pouvant avoir la même forme que par le passé, le statut doit être renouvelé. Un statut octroyé – de bonne grâce – par la puissance publique n'est plus acceptable. Les travaux de Nicole Maggi-Germain, notamment, sont utiles pour envisager l'avenir du statut, comme norme négociée. La négociation collective est certainement une voie d'avenir pour la création des normes applicables au personnel. Y

compris d'ailleurs pour ce qui est de la réglementation du droit de grève, qui peut aussi ouvrir des espaces conséquents de négociation collective.

57. – À cet égard, à presque vingt ans d'écart, la présente thèse s'inscrit dans le sillage de trois thèses ayant largement abordé la question du statut du personnel dans les entreprises de service public. Dans l'ordre chronologique, il s'agit d'abord de la thèse de Monsieur Jacky Chorin intitulée *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, soutenue en 1992 à l'Université de Paris I sous la direction du professeur Pierre Rodière⁶². Il y eut ensuite la thèse de celui qui deviendra notre directeur de thèse, Monsieur Christian Garbar ; sa thèse intitulée *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques* fut soutenue en 1993 à l'Université de Paris II⁶³, sous la direction du professeur Benoît Jeanneau⁶⁴. Enfin, en 1996, Nicole Maggi-Germain soutenait à l'Université de Nantes une thèse sur *La négociation collective et transformations de l'entreprise publique à statut*⁶⁵ dirigée par le professeur Alain Supiot. Ces trois thèses publiées à la LGDJ, ont en commun d'aborder sous un angle différent, la problématique des relations de travail dans un secteur, le secteur public, alors en pleine mutation. Elles y décrivent à la fois les spécificités des relations de travail dans les entreprises publiques, mais aussi les changements à l'œuvre vers une banalisation de ces relations de travail, c'est-à-dire une application croissante du droit commun du travail, et ce malgré encore à l'époque la prégnance du service public dans la plupart de ces entreprises.

Or notre travail s'inscrit dans un contexte où ces mutations décrites par nos prédécesseurs ont progressivement fait disparaître, mais en partie seulement, le particularisme des relations de travail dans les entreprises de services publics en

⁶² CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, *op. cit.*

⁶³ GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, *op. cit.*

⁶⁴ Le professeur Benoît Jeanneau avait soutenu une thèse au début des années 1950 consacrée aux *Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative* (Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Editions du Recueil Sirey, 1954, 287 pp.) et était dirigée par le professeur Jean Rivero, le « père » du *Huron au Palais royal* (Cf. : « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.*1962. Chron. 37). Les principes généraux du droit ont largement irrigués les relations de travail dans les entreprises de service public, et ont d'une certaine façon participé à la normalisation de ces relations de travail et leur harmonisation relative avec celles pratiquées dans le secteur privé. Benoît Jeanneau tout comme Jean Rivero ont beaucoup écrit dans les domaines étudiés par notre thèse. Il nous plaît de penser à cette sorte de « filiation » universitaire dans laquelle s'inscrit notre travail.

⁶⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. « Bibliothèque de droit social », Tome 30, 496 pp.

réseaux. Mis à part la SNCF – mais pour combien de temps encore ? – toutes les entreprises publiques des secteurs en réseaux ont connu des vagues de privatisation de leur capital. Cette privatisation de l'entreprise s'est généralement accompagnée d'une disparition progressive des statuts réglementaires du personnel. Il y a toutefois des exceptions comme à EDF et GDF, où le statut demeure applicable, mais où la négociation collective a pris le pas dans la détermination de ces règles statutaires. Ainsi, ces travaux qui nous ont précédés permettent d'expliquer et de comprendre ce contexte de mutations statutaires liées aux mutations organiques et fonctionnelles.

58. – Enfin, un troisième enjeu traverse notre thèse et se raccroche aux deux précédents. C'est celui de « l'Europe sociale », ou de la construction d'un véritable pilier social de l'Union européenne. Comme nous l'avons dit précédemment, le marché et la concurrence dominant le droit européen des services en réseaux et plus largement l'ensemble des politiques européennes sectorielles. Si l'Europe sociale existe dans une certaine mesure, la concurrence est rarement traitée sous l'angle de l'harmonisation des règles sociales. Tel est le cas dans les services en réseaux, pour lesquelles il n'existe pas de véritable harmonisation des règles sociales, mis à part quelques règles en matière d'harmonisation d'accès aux professions et des temps de travail des travailleurs mobiles dans les transports. Pourtant, l'harmonisation des règles sociales dans des services en réseaux constitués en marché unique n'est pas un objectif aberrant. L'Europe est un magnifique projet qui se trouve aujourd'hui ralenti par un manque d'acceptation populaire, faute d'acceptation sociale. L'Europe est considérée parfois à tort, mais aussi parfois à raison comme à l'origine de nos maux économiques et sociaux. Envisager une norme sociale commune pour chacun des services en réseaux, constitue un projet d'avenir à la fois nécessaire et possible. Ce n'est pas une pure utopie. Quant à la cohésion sociale, elle est aussi au cœur de la construction de l'Europe sociale. Rechercher cette cohésion à travers la mise en avant d'un principe de continuité attaché à la notion européenne de service d'intérêt général, est donc une idée cohérente avec un tel projet social. Là aussi, ce n'est pas une pure utopie.

59. – Mais nous voyons bien que cet enjeu social de notre thèse, dépasse largement le cadre juridique et interfère avec la sphère politique. La réalisation d'une harmonisation sociale qui est en germe dans nos propositions de fin d'étude, nécessite un relai politique. Sans volonté politique au niveau de l'Union européenne, rien ne peut se faire en ce sens. C'est là, incontestablement, la limite de notre recherche sur ce point. Elle aboutit à certaines propositions qui ne pourront accéder à la vie juridique qu'avec un

« coup de pouce » politique. Mais n'est-ce pas là le destin de toute proposition juridique visant un changement social ?

C.- Une problématique « à double cœur » justifiant le plan de la thèse

60. – La problématique de notre thèse a donc cherché à analyser comment les services en réseaux et leurs agents étaient soumis à l'exigence de continuité du service public, pour envisager ensuite une rénovation du principe de continuité du service et des règles d'assujettissement des personnels à ce principe. Si notre problématique présente une relative simplicité apparente, liant déconstruction d'un ordre ancien et reconstruction d'un ordre nouveau, elle est en réalité plus complexe. Elle lie en effet deux problématiques : l'une sur la place du service public, de l'intérêt général et de la permanence d'un principe de continuité dans les services en réseaux, l'autre sur l'inadaptation du régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux et la nécessité de refonder ce régime juridique. Et comme la réglementation du droit de grève est selon nous profondément liée à l'existence d'un principe de continuité du service, la première problématique a une « fonction support » pour la deuxième. Sans la résolution de la première, la seconde ne peut pas être résolue. Notre problématique est donc « à double cœur ». Deux cœurs entremêlés, indissociables et superposables.

61. – La première partie de la thèse, intitulée « le déclin de la continuité du service en réseau » analysera ce déclin à la fois en termes de déclin du service public et de son principe consubstantiel de continuité dans les services en réseaux, et aussi en termes de déclin des sujétions spéciales imposées aux agents des services en réseaux quant à l'exercice de leur droit de grève. La seconde partie proposera une refondation de la continuité du service en réseau. Cette refondation reposant sur l'émergence du principe de continuité du service d'intérêt économique général et sur la réinvention d'un « statut » du personnel au service de l'intérêt général.

Il a néanmoins paru utile, pour la clarté de l'étude, de revenir dans un chapitre préliminaire sur la notion de continuité du service, dont notre recherche a mis en évidence l'absence de définition claire et précise. Ce chapitre cherche à clarifier cette notion, avant d'engager l'analyse plus au fond du sujet.

Chapitre préliminaire : Définition de la continuité du service

Partie 1 : Le déclin de la continuité du service en réseau

Partie 2 : La refondation de la continuité du service en réseaux

Chapitre préliminaire : Définition de la continuité du service

« La notion de continuité intéresse le géographe, l'historien, le juriste, le politiste, le littéraire ou encore le sociologue. Chacun s'en saisit sous des angles différents qui parfois se rejoignent. En particulier, la thématique de la continuité est généralement opposée à celle de la rupture. Rupture ou continuité ? Continuité ou rupture ? [...] L'opposition de ces deux notions est significative. La continuité impliquerait la stabilité et serait, par conséquent, susceptible de favoriser le désordre. Dans l'imaginaire collectif, la continuité rassure tandis que la rupture inquiète. Cette dernière est annonciatrice de bouleversements pouvant engendrer, ne serait-ce que provisoirement, le chaos ».

Geneviève Koubi et Guillaume Le Floch⁶⁶

62. – Propos introductif du Chapitre préliminaire – Le professeur Jean-François Lachaume écrivait voilà une vingtaine d'années que « *la continuité des services publics n'est pas facile à définir, car s'appliquant à des services publics fort divers, par leur nature, par leur objet, elle ne peut l'être que par un dénominateur commun qui manquera nécessairement de précision.* »⁶⁷ De fait, il apparaît que les définitions du principe de continuité sont souvent très générales. Toutefois certains auteurs proposent des définitions plus précises de ce principe. C'est notamment le cas des professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont dans leur ouvrage de référence sur le service public. Dans la deuxième édition de leur ouvrage, bien plus que dans la première, ils s'emploient en effet à détailler l'approche de ce principe et ces conséquences juridiques.

63. – Reste qu'ayant pris ce principe comme un objet d'étude à part entière, à la base de notre recherche, il nous est apparu que les définitions données du principe de continuité ne permettaient d'expliquer qu'une partie de ce que recouvre ce principe. En effet, si la plupart des auteurs s'accordent pour considérer que le principe de continuité est un principe de fonctionnement du service public, les définitions qu'ils en donnent

⁶⁶ KOUBI (Geneviève) et LE FLOCH (Guillaume), « Conclusion » in KOUBI (G.), LE FLOCH (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2011, p. 317.

⁶⁷ LACHAUME (Jean-François), *Grands services publics*, Paris, Masson, Coll. « Droit Sciences économiques », 1989, p. 225.

n'expliquent en réalité que le fonctionnement « normal » du service. Alors qu'il nous semble aujourd'hui important de pouvoir expliquer – par le biais du même principe de continuité – le fonctionnement « anormal » du service, c'est-à-dire, la mise en place d'un service minimum ou d'un service garanti. Autrement dit, les définitions données du principe de continuité nous semblent trop « statiques » (Section 1.-). Elles sont néanmoins à la base d'une définition plus dynamique (Section 2.-) que nous proposons d'élaborer (Section 3.-).

Section 1.- Le caractère « statique » des définitions proposées

64. – L'idée de régularité de fonctionnement du service – La régularité du fonctionnement du service public apparaît comme l'élément clef de la définition du principe de continuité. Déjà en son temps, le professeur Maurice Hauriou faisait de la régularité du service public un point cardinal de sa continuité⁶⁸. Pour Stéphane Braconnier « *Le principe de continuité a [...] vocation à garantir un fonctionnement régulier du service public, conformément aux textes qui l'organisent. En ce sens, il n'est pas synonyme de permanence. Il n'implique donc pas que le service fonctionne 24 heures sur 24, même si à l'évidence, la nature même de certains services publics postule l'absence d'interruption dans la fourniture du service. C'est le cas pour les hôpitaux (CE, 29 novembre 2002, M. Watrin, M. Kayemba, A.J.D.A. 2003, p. 407), le service public du gaz et de l'électricité, la police ou la justice, etc.* »⁶⁹ Pour Renan Le Mestre : « *La continuité est le droit pour l'utilisateur à un fonctionnement ponctuel et régulier du service public, en tenant naturellement compte de son objet et des caractéristiques de son exploitation. Elle impose ainsi un accès permanent au service pour certaines activités de réseau (distribution d'eau, d'énergie, télécommunications) et seulement un accès aux heures ouvrables pour d'autres (postes, transports publics).* »⁷⁰ Les professeurs Dupuis et Guédon considèrent que « *Les autorités administratives doivent s'assurer du*

⁶⁸ À propos du service postal, Maurice HAURIOU affirmait que « *la nécessité en présence de laquelle se trouve l'État d'assurer d'une façon sûre et régulière la transmission des correspondances officielles, a entraîné l'organisation du Service des postes, télégraphes et téléphones.* » Voir HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public* (Sirey, 1933, 12^{ème} éd.), Paris, Dalloz, réédition, 2002, 1121 pp. – Chapitre V « Le service des postes, télégraphes et téléphones », p. 692.

⁶⁹ BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007, Coll. « Thémis droit », p. 309.

⁷⁰ LE MESTRE (Renan), « La notion de service public dans les systèmes juridiques des états membres de l'Union européenne », R.R.J. – Droit prospectif 2000-1, p. 216.

fonctionnement régulier des services, et, en cas de défaillance, leur responsabilité serait engagée. Naturellement la notion de “continuité” n’a pas le même contenu pour tous les services. Certains doivent avoir une permanence totale (lutte contre l’incendie, urgences dans les hôpitaux...), d’autres fonctionnent selon des horaires ou une périodicité variables : le juge contrôle, en fonction des cas s’il y a “accès normal” de l’usager au service. »⁷¹ Jean-François Lachaume expliquait également que « La continuité peut, en effet, se définir comme le fonctionnement ponctuel et régulier des services publics, ces exigences devant s’apprécier par rapport à l’objet du service. En conséquence, pour certains services publics, la continuité implique un fonctionnement permanent (police, forces de l’ordre, hôpitaux, lutte contre l’incendie, distribution d’eau, de gaz, d’électricité) alors que, pour d’autres services publics, la continuité postule que l’usager puisse normalement accéder au service, soit quelques heures tous les jours ouvrables (état-civil, enseignement, piscines, musées, bibliothèques, services administratifs les plus divers), soit même qu’un ou deux jours par semaine si le nombre des usagers et l’objet du service y trouvent leur compte. »⁷² C’est aussi cette idée de régularité que retiennent bien évidemment les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont dans leur ouvrage de référence : « La continuité pourrait être définie comme signifiant le fonctionnement ponctuel et régulier du service public, en tant qu’il existe au préalable et sans préjuger de son éventuelle suppression par l’autorité administrative compétente. Il a donc pour effet de contraindre les organismes chargés d’un service public à maintenir et poursuivre leurs missions quelles que fussent les circonstances auxquelles ils auraient à faire face. »⁷³ René Chapus estime également que la continuité correspond au « fonctionnement régulier des services sans interruptions autres que celles prévues par la réglementation en vigueur (continuité n’est pas permanence) »⁷⁴. Il poursuit en disant qu’ « Aujourd’hui comme autrefois, le principe de continuité impose aux concessionnaires de service public d’assurer le service qui leur a été confié de façon régulière, sauf cas de force majeure ou fait de l’administration les mettant elle-même dans l’impossibilité de continuer l’exécution du service. L’interruption du service est la faute la plus grave que le concessionnaire puisse commettre et elle justifie sa déchéance. »⁷⁵

⁷¹ DUPUIS (Georges), GUÉDON (Marie-José) et CHRÉTIEN (Patrice), *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, Coll. « U », 8^e édition, 2002, p. 523.

⁷² LACHAUME (Jean-François), *Grands services publics*, Paris, Masson, Coll. « Droit Sciences économiques », 1989, p. 225.

⁷³ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2007, Coll. « Domat Droit Public », n° 1269, p. 573.

⁷⁴ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome I, 15^{ème} édition, 2001, n° 782, p. 607.

⁷⁵ *Ib Idem*, p. 608.

65. – L'idée de permanence du service – En prônant la régularité de fonctionnement du service public, certains auteurs vont jusqu'à évoquer l'idée de permanence du service public pour expliquer la continuité du service public. Ainsi, les professeurs Didier Linotte et Raphaël Romi considèrent dans leur ouvrage que « *La satisfaction de l'intérêt général ne peut qu'être continue, sinon permanente. L'interruption du service public serait grave car même si elle ne paralysait pas toute la vie nationale, elle risquerait d'entraver le fonctionnement d'un secteur de la vie collective. En cette optique, les pouvoirs publics doivent tout mettre en œuvre pour éviter le désordre qui pourrait résulter d'une interruption du service. À cet égard, la continuité du service public est une transposition, au niveau administratif, du principe de la continuité de l'État. De même que celui-ci ne saurait être "un État à éclipses", de même le service public doit fonctionner de façon continue.* »⁷⁶ C'est ce qu'affirment également Guy Braibant et Bernard Stirn à propos du principe de continuité : « *Les services publics doivent toujours fonctionner : il faut éviter ce que le commissaire du gouvernement Gazier appelait, dans ses conclusions sur l'affaire Dehaene, un "État à éclipses".* »⁷⁷ C'est aussi l'idée que véhiculait le doyen Georges Vedel dans son manuel de droit administratif, dans lequel il écrit à propos de la « règle de la continuité du service public », « *si une activité a été érigée en service public, c'est parce qu'elle présente un caractère particulièrement impérieux pour la vie nationale ou pour la vie locale ; il faut donc que le service fonctionne à tout prix* »⁷⁸.

66. – L'absence d'intermittence du service – Mais la permanence ne doit pas être comprise comme étant l'existence éternelle du service. C'est en cela qu'il faut comprendre l'affirmation de René Chapus selon laquelle la continuité n'est pas la permanence du service public. C'est d'ailleurs ce que sous-entend Bertrand Seiller lorsqu'il écrit que « *L'exigence de continuité, comme celle d'égalité, n'est pas absolue* ». Il ajoute d'ailleurs aussitôt que cette exigence de continuité « *ne contraint pas les autorités publiques à assurer un fonctionnement constant de tous les services. Tout dépend de l'importance reconnue au besoin à satisfaire : autant les services de sécurité, de soins, de télécommunications de fourniture d'énergie, etc., doivent satisfaire en permanence la demande des usagers, autant d'autres services répondent suffisamment à leur finalité en n'étant ouverts que quelques heures quotidiennement les jours*

⁷⁶ LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2001, p. 68, n° 161.

⁷⁷ BRAIBANT (Guy) et STIRN (Bernard), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. « Amphi », 6^e éd., 2002, p. 265.

⁷⁸ VEDEL (Georges), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1973, p. 814.

ouvrables. Les services d'une petites commune respectent parfaitement le principe de continuité en n'étant accessibles qu'une demi-journée par semaine dès lors que cela suffit à répondre aux quelques demandes des habitants. »⁷⁹ C'est dans cette même logique que Jean-François Lachaume fait la distinction entre la continuité du service et la « survie » de celui-ci : « La continuité du service public suppose la vie du service, elle ne le garantit nullement contre la mort. »⁸⁰ De même, les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont considèrent que « Le principe de continuité n'est pas un principe de permanence ni un principe d'invariabilité du fonctionnement du service » ; ils ajoutent que pour eux, ce principe « signifie que le service doit présenter un fonctionnement régulier, c'est-à-dire offrir les prestations selon des conditions normales, chacune d'entre elles obéissant à des conditions d'ouverture, de délivrance, d'offres différentes. »⁸¹ On note cependant que Stéphane Braconnier nuance cette idée, quand bien même il semble y adhérer sur le fond. Selon lui en effet, « Jusqu'à récemment, il était également admis que le principe de continuité ne sous-tendait pas davantage la pérennité du service public. En principe, en effet, la continuité du service public n'interdit pas la suppression du service public, sauf lorsque ce dernier est obligatoire. Ce postulat, lié au principe de mutabilité du service public et à l'idée selon laquelle nul n'a de droit acquis au maintien d'un règlement, paraît aujourd'hui remis en cause par la jurisprudence, au point de donner au principe de continuité des effets beaucoup plus vastes que ceux traditionnellement admis. »⁸² Enfin, il est intéressant de noter que les professeurs Frier et Petit font la différence entre la permanence du service et le service permanent : « Les administrés sont en droit d'obtenir, en toutes circonstances, voire en tout lieu, les prestations nécessaires du service public, qu'il soit permanent (tels les services de police ou de santé) ou seulement accessible à certaines heures, comme la majorité d'entre eux. Que signifierait un service public intermittent alors que celui-ci a été créé pour remplir une mission essentielle d'intérêt général, justifiant la mise en place d'une institution et d'un droit spécifique ? »⁸³

Si l'on s'en tient à l'idée fondamentale selon laquelle la continuité n'est pas la garantie de l'existence pérenne du service public, alors la régularité n'est pas davantage la permanence au sens d'existence pérenne du service. La régularité n'est permanence

⁷⁹ SEILLER (Bertrand), *Droit administratif*, 2. L'action administrative, Paris, Flammarion, Coll. « Champs Université », 2001, p. 65.

⁸⁰ LACHAUME (Jean-François), *Grands services publics*, *op. cit.*, p. 226.

⁸¹ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2007, Coll. « Domat Droit Public », n° 1278, p. 577.

⁸² BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd., 2007, Coll. « Thémis droit », p. 209.

⁸³ FRIER (Pierre-Laurent) et PETIT (Jacques), *Précis de droit administratif*, Paris, Monchrestien, Coll. « Domat Droit public », 4^e éd., 2006, p. 228, n° 386.

qu'en ce qu'elle permet un fonctionnement du service sans interruption totale. C'est bien, au fond, ce que relèvent des auteurs comme Guy Braibant et Bernard Stirn, lorsqu'ils prennent appuis sur la doctrine développée par François Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene*. En ce sens, il ne peut y avoir d'éclipse du service public. La continuité est alors un principe de fonctionnement qui vient empêcher les interruptions intempestives du service. Idée suggérée par quelques auteurs, tel Pierre Esplugas qui écrit dans son ouvrage synthétique, qu' « À cet égard, le principe de continuité repose sur l'idée que le service assure des besoins impérieux pour la population. Il est donc nécessaire d'éviter que le service fonctionne par à-coups ou soit interrompu. On ne peut ainsi par exemple imaginer des hôpitaux ne pas recevoir des malades en cas d'urgence, des prisons laissées vides de gardiens ou des avions voler sans aiguilleurs du ciel. En ce sens, la continuité du service public est un principe juridique posé à l'origine par la jurisprudence pour répondre à de tels dysfonctionnements. »⁸⁴ De même, Jacques Chevallier écrivait : « 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 »⁸⁵. On peut affirmer également comme le professeur Jacqueline Morand-Deville : « Parce qu'il correspond à un besoin public reconnu, le service ne peut être exercé de manière "arythmique". Les usagers peuvent exiger son fonctionnement continu. Il ne saurait y avoir administration par saccade et intermittence »⁸⁶.

67. – La continuité n'est jamais absolue – L'intermittence du service public semble donc proscrite. Pour autant cela n'élimine pas le risque d'interruption. En ce sens comme Bertrand Seiller nous pouvons estimer que la continuité du service n'est pas un principe absolu. En outre, face aux interruptions du service, comment expliquer que le service minimum soit alors un moyen juridiquement valable d'assurer la continuité du service public ? Car qu'est-ce que le service minimum ou le service garanti, si ce n'est une intermittence du service par rapport au service normal ? Intermittence voulue, souhaitée et organisée pour faire face à un arrêt total et brutal du service, mais intermittence quand même ; il y a bien interruption du service normal, et mise en place d'un service ayant une consistance modifiée et partant amoindrie. Cette réalité des faits nous autorise à penser que les diverses définitions données au principe de continuité par la doctrine

⁸⁴ ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002, coll. *Connaissance du droit*, p. 26.

⁸⁵ CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, Paris, PUF, Coll. « Dossier Thémis – Série sciences administratives », 1971, p. 4.

⁸⁶ MORAND-DEVILLER (Jacqueline), *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2005, Coll. « Cours de droit », p. 493.

achoppent ou du moins trouvent leurs limites. Ce qui ne veut pas dire pour autant que ces définitions ne sont pas pertinentes. Mais elles ne semblent être valables que pour expliquer le fonctionnement normal du service public. Par cela, elles sont trop statiques. Elles peuvent cependant servir de base à une définition plus « dynamique » du principe de continuité. Aussi, il convient de rechercher en elles les éléments d'une telle définition dynamique.

Section 2.- Les éléments d'une définition dynamique

68. – Que faut-il comprendre par continuité du service public ? C'est là une question à laquelle aucun auteur n'a jusqu'à maintenant donné de réponse claire et définitive. La continuité du service public demeure un concept flou, aussi bien à travers les écrits de la doctrine qu'à travers la jurisprudence. Toutefois, il semble possible de clarifier cette notion, quand bien même aucune définition satisfaisante de la continuité ne pourrait être élaborée. Paradoxalement, la continuité est un principe qui a fait l'objet de peu d'études approfondies. Ce n'est donc pas faire preuve d'un quelconque manque d'humilité que de prétendre qu'il y a encore beaucoup à dire sur cette notion. Car c'est là un vaste terrain d'étude possible, dans la mesure où les quelques études qui existent sur le sujet sont, sauf exception, relativement anciennes.

69. – L'analyse contemporaine du principe de continuité permet non seulement de prendre du recul sur ce qui a pu être dit par le passé sur ce principe, mais elle peut aussi être largement enrichie et éclairée par les évolutions récentes des services publics. Mais modestement, il ne s'agit pas de prétendre trouver une définition définitive de la continuité du service public, tant cette définition semble impossible à résumer en une formule. Du moins tentera-t-on de dégager des axes de définition autour de trois constats.

70. – Tout d'abord, la continuité est un principe appliqué au fonctionnement du service public, et non pas à son existence (§1). Ensuite, la continuité peut être rapprochée de la régularité de fonctionnement du service public (§2). Enfin, la continuité peut être rapportée à l'intensité de fonctionnement du service public (§3).

§1.- La continuité appliquée au fonctionnement du service public

71. – La continuité n'est pas la permanence du service – Il est courant de prendre pour synonyme continuité et permanence du service public. L'un et l'autre sont en effet très proches, car la continuité recèle en elle-même l'idée d'absence d'interruption. Or, selon une définition courante du langage, est continu ce qui ne s'arrête pas⁸⁷ ; est donc continu ce qui est permanent⁸⁸. Mais en réalité, affirmer que le service public est permanent, va bien au-delà de sa simple continuité. La permanence du service, c'est la durée de celui-ci, et plus encore la pérennité ou l'existence pérenne du service. Par raisonnement tautologique on peut dire que le service public existe tant qu'il ne cesse pas d'exister. Or, s'il ne cesse pas d'exister, c'est qu'il est permanent. Pour autant, cela ne veut absolument pas dire que le service est continu au sens du principe de continuité. Un service public peut être discontinu, sans pour autant cesser d'exister. Ainsi par exemple, l'arrêt de la circulation des trains à cause d'une grève des cheminots, entraîne une discontinuité du service, donc un dysfonctionnement de celui-ci, puisqu'il n'est plus normalement assuré ; mais, le service public ferroviaire existe toujours, puisque dès que la grève cesse, le service reprend son cours normal d'avant la grève. Bien évidemment, cela est vérifiable dans une certaine limite. Parce qu'en effet, si cette circulation des trains est bloquée pendant plusieurs mois, le dysfonctionnement du service public devient chronique et les autorités organisatrices du service pourraient décider d'arrêter définitivement ce service public. Dans ce cas, la discontinuité du fonctionnement du service porte atteinte à la légitimité du service, dans la mesure où celui-ci est conçu comme obligatoirement continu. S'il n'est plus continu, il ne mérite plus d'être un service public, car d'une certaine manière il faillit à son rang. Mais, en réalité, l'exemple précédent est un cas d'école ; dans la mesure où le service répond à un véritable besoin essentiel de la population, les autorités organisatrices chercheront d'abord à remédier aux dysfonctionnements du service public. En d'autres termes, elles chercheront à pérenniser le service public en dépit de la discontinuité de son fonctionnement ; mais elles s'efforceront aussi de rétablir autant que possible un fonctionnement normal, c'est-à-dire continu, du service.

72. – La continuité s'applique au fonctionnement du service – De ce qui précède, on peut déduire que la continuité du service et l'existence pérenne de celui-ci

⁸⁷ Selon le dictionnaire Le Robert, est continu ce qui « *n'est pas interrompu dans le temps* » ou encore, ce qui est « *composé de parties non séparées ; perçu comme un tout* ».

⁸⁸ Selon le dictionnaire Le Robert, est permanent ce qui « *dure, demeure sans discontinuer ni changer* ».

ne sont pas exactement du même ordre. Ce qui les lie, l'une et l'autre, c'est un rapport ambigu avec l'idée de permanence. Mais ce qui fondamentalement les différencie, c'est que la continuité s'applique au fonctionnement du service et non à son existence. La continuité du service public, ce n'est pas la continuité d'existence du service, mais uniquement la continuité du fonctionnement du service. Or, si un service peut exister sans fonctionner, en revanche l'inverse n'est pas possible. Pour qu'un service public fonctionne, il faut qu'il existe, qu'il soit institué, mais aussi qu'il soit organisé. Autrement dit, pour fonctionner il faut que son fonctionnement soit prévu, organisé. Il faut que sa consistance soit déterminée. La consistance est alors le corollaire de l'existence du service. Mais la consistance d'un service peut varier, sans que cela n'affecte la continuité de son fonctionnement. Pour reprendre l'exemple du service ferroviaire, l'autorité organisatrice du service peut modifier les horaires et les fréquences des trains, supprimer des lignes et des gares, sans que la continuité du service en soit affectée. Car ce qui est en cause, ce n'est pas le fonctionnement du service, lequel correspond au fonctionnement prévu et organisé selon un programme précis, mais sa consistance qui est modifiée.

73. – L'adaptabilité du service définit la consistance du service – L'existence et la consistance du service public relèvent non pas du principe de continuité, mais du principe d'adaptabilité. Comme il a déjà été dit, ce principe est l'une des trois lois du service public mises en exergue par Louis Rolland. Plusieurs dénominations sont d'ailleurs employées pour le désigner. On parle aussi bien de « principe de mutabilité du service public », ou de « principe d'adaptation constante », ou encore de « principe d'adaptation continue », voire de « principe d'ajustement et d'adéquation du service public aux circonstances de faits et de droit ». Ces différentes expressions sont souvent employées comme synonymes. Mais à bien y réfléchir, elles marquent de vraies nuances. La mutabilité semble, en effet, vouloir indiquer de profondes modifications du service, alors que l'adaptabilité évoque plus l'idée d'aménagement, d'amélioration ou de perfectionnement du service. Peu importe néanmoins, car dans tous les cas, c'est du même principe qu'il s'agit. Principe qui met en œuvre l'idée que le service public n'est pas immuable, qu'il évolue en fonction d'une multitude de paramètres. Le principe d'adaptabilité correspond en définitive à l'idée d'une certaine « plasticité » du service public⁸⁹. Plasticité intrinsèque au service public, dès lors que cette propriété lui permet d'épouser les contours sans cesse changeants de l'intérêt général qui le justifie. Or

⁸⁹ GUGLIELMI (Gilles J.) & KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, *Coll. Domat Droit Public*, p. 424, n°1092.

l'intérêt général évolue au gré des changements économiques, sociaux, et au gré des progrès de la science et des techniques. Ce sont là les raisons fondamentales expliquant l'évolution des services publics⁹⁰. Le principe d'adaptabilité, considéré dès lors comme une véritable « *loi de progrès* »⁹¹, offre la possibilité d'adapter le service public aux évolutions de l'intérêt général. C'est un principe concret, opératoire et fonctionnel. C'est d'une certaine manière un « *principe d'action* »⁹².

74. – Aux origines du principe d'adaptabilité – Ce principe d'adaptabilité a fait son apparition, à mots couverts, dans la jurisprudence, il y a plus d'un siècle, en matière de contrat de concession de service public d'éclairage urbain. Dans un arrêt du 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, le Conseil d'État reconnaît à une commune, la faculté d'imposer, à son concessionnaire, la substitution de l'éclairage public électrique à l'éclairage public au gaz ; dès lors que le concessionnaire ne veut pas, ou ne peut pas, répondre à cette nouvelle exigence de service public, le contrat de concession peut être résilié au profit d'un autre concessionnaire qui accepterait d'assurer le service public aux conditions nouvellement exigées par la commune concédante⁹³. Bien que le Conseil d'État n'utilise pas le terme de principe d'adaptation ou tout autre terme évoquant ce principe, cette espèce illustre parfaitement l'idée selon laquelle le progrès technique, en l'occurrence l'avènement de l'électricité, est une cause de transformation du service public. L'éclairage public demeure, mais il change de nature technique. L'incidence de ce changement pèse plus ici sur le concessionnaire, qui doit s'adapter à une nouvelle technique, qu'à l'utilisateur, qui bénéficie toujours d'un service d'éclairage public. Et si l'utilisateur en était venu à contester l'utilisation de l'électricité, préférant que soit encore utilisé le gaz, il n'aurait eu aucun droit pour exiger le maintien du service public de l'éclairage urbain au gaz. De plus, si l'éclairage public avait été totalement supprimé, l'utilisateur, n'aurait eu, là encore, aucun droit à le voir maintenir, car l'utilisateur n'a aucun droit à la permanence du service public.

⁹⁰ Comme l'écrivait le professeur Roger Bonnard, « *Étant donnés les changements qui se produisent inévitablement dans les situations politiques, sociales, économiques, etc..., la plupart des services publics ont besoin au bout d'un certain temps, d'être transformés. L'administration concédante a bien le pouvoir de modifier unilatéralement l'organisation du service.* » Cf. : BONNARD (Roger), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1943, p. 758.

⁹¹ CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, Paris, 1997, PUF, Coll. « Que sais-je ? », p. 73.

⁹² MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 185.

⁹³ CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec. p. 5 ; S. 1902. 3. 17, note Maurice HAURIOU ; GAJA 16^e éd. 2007, n° 10, p. 62.

Cette absence de droit au maintien du service public est clairement affirmé par l'arrêt *Vannier* du 27 janvier 1961⁹⁴. Le Conseil d'État juge en effet que « *les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; qu'il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire, même si un acte réglementaire antérieur a prévu que ce fonctionnement serait assuré pendant une durée déterminée, à la condition, toutefois, que la disposition réglementaire relative à cette durée soit abrogée par une mesure de même nature émanant de l'autorité administrative compétente* ». Une fois encore, la haute juridiction administrative ne fait pas expressément référence au principe d'adaptabilité ; elle ne fait qu'utiliser la notion qui en résulte, à savoir l'absence de droit au maintien d'un service public.

Cette position a été réaffirmée une quinzaine d'années plus tard, toujours par la section du contentieux, dans un arrêt *Chambre de commerce de La Rochelle et autres* en date du 18 mars 1977⁹⁵, et concernant cette fois-ci un service public industriel et commercial. Le Conseil d'État devait en effet statuer sur la légalité de la fermeture de services aériens réguliers par la compagnie Air Inter. Il considère que « *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* ». L'interruption des lignes aériennes en cause est donc considérée comme légale par le Conseil d'État. Il pose toutefois une limite : un service public ne peut être supprimé qu'en vertu d'une mesure dont la nature juridique est la même que celle ayant auparavant institué ledit service. Le parallélisme des compétences et de la forme juridique doit être respecté sous peine d'illégalité. Ainsi, un service public dont l'existence résulte de la Constitution ne peut être supprimé que par une modification de la Constitution. Il en va de même d'un service public prévu par la loi ; il ne peut pas être supprimé par un décret, mais par une mesure de nature législative. Ces limites constituent un frein pour l'administration ou pour le gestionnaire du service, car ils sont en quelque sorte obligés d'exécuter le service en question, et ne peuvent pas d'eux-mêmes en décider la suppression totale.

75. – L'étendue du principe d'adaptabilité – Cependant, comme on le sait, le principe d'adaptabilité ne concerne pas uniquement le droit de vie ou de mort du service public. Bien qu'un service soit maintenu dans son existence-même, le principe

⁹⁴ CE, Sect., 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec., p. 60, concl. KAHN ; *A.J.D.A.* 1961, p. 74, chron. Jean-Michel GALABERT et Michel GENTOT.

⁹⁵ CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, req. n° 97.939-97.940-97.941 Rec., p. 153, concl. Jean MASSOT.

d'adaptabilité permet d'en modifier le contenu, l'étendue, la localisation ou la fréquence, bref, d'en modifier la consistance. Comme déjà évoqué, le principe d'adaptabilité permet de faire varier l'envergure d'un service public en fonction de l'intérêt général, sans que l'utilisateur ne puisse invoquer un quelconque droit acquis à une situation antérieure. Le transport ferroviaire de voyageurs illustre encore parfaitement ce propos. La loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982⁹⁶ reconnaît l'existence d'un service public ferroviaire⁹⁷. L'existence de ce service public ne peut donc être remise en cause que par la loi, ou toutes autres normes supérieures – notamment la législation communautaire. Pour autant, le gestionnaire de ce service dispose toujours du pouvoir de réduire certaines fréquences, ou de fermer totalement une ligne ferroviaire⁹⁸. Face à une telle mesure, les usagers ne disposent d'aucun droit au maintien du service public. Et en l'absence d'un tel droit, le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁹⁹. Autrement dit, la décision de fermer une ligne est une mesure d'organisation du service public¹⁰⁰. « *Organiser le service public c'est également supprimer certaines de ces localisations ou de ses structures de gestion* », écrit le professeur Jean-François Lachaume¹⁰¹. Le gestionnaire du service, tout comme l'administration, dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation que le juge tient à respecter, quand bien même ce ne serait pas dans l'intérêt particulier des usagers.

76. – Deux principes complémentaires – Ainsi, le service public appelle la mise en œuvre d'un principe permettant de l'adapter aux évolutions de l'intérêt général, sans que

⁹⁶ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, *d'orientation des transports intérieurs*, J.O.R.F. du 31 décembre 1982, p. 4004.

⁹⁷ L'expression « service public ferroviaire » n'est pas explicitement utilisée par la loi LOTI, mais son article 18 évoque l'exploitation, l'aménagement et le développement du réseau ferré national selon les principes du service public.

⁹⁸ Ce pouvoir résultait explicitement de l'ancien article 53, aujourd'hui abrogé, du cahier des charges de la SNCF ; cet article concernait la consultation des collectivités territoriales sur les modifications des services ferroviaires non conventionnés. On retrouve la mention d'un tel pouvoir à l'actuel article 52 du cahier des charges. Cf. : Décret n°83-817 du 13 septembre 1983, *portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français*.

⁹⁹ CE, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT)*, C.J.E.G. n° 469, septembre 1991, pp. 279-280, note Jean-François LACHAUME, p. 286 et suiv ; obs. Denis BROUSSOLLE, A.J.D.A. 1991, pp. 924-925. – CE, 15 janvier 1997, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT)*, req. n° 129.653, Rec. T, p. 1094. – CE, 2 juillet 1969, *Ministre de l'Education nationale c./Association d'Education populaire « l'Espérance » à Confolens*, req. n° 78 136, Rec. p. 351.

¹⁰⁰ Selon une jurisprudence constante, il s'agit alors d'une mesure réglementaire ressortant de la compétence du juge administratif. Cf. : CE, Sect, 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, req. n° 76 261, Rec. p. 308. – CE, 5 juillet 1989, *Mme Saubot et autres*, req. n° 87 188, Rec. p. 159.

¹⁰¹ LACHAUME (Jean-François), note sous CE, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports*, C.J.E.G. n° 469, 1991, p. 282.

cela ne mette en cause d'une quelconque manière sa propre continuité. Les deux principes d'adaptabilité et de continuité ne peuvent être confondus. On ne peut donc pas souscrire à l'idée exprimée par le doyen Georges Vedel qui ne voyait dans le principe d'adaptabilité qu'un simple aménagement du principe de continuité, et non une règle autonome¹⁰². Toutefois, bien que ces principes soient clairement distincts, ils sont complémentaires. L'un et l'autre s'inscrivent dans l'idée de durée du service, sous-tendue par l'idée de permanence qui est intrinsèquement liée aux deux principes de continuité et d'adaptabilité ; la permanence est alors celle de l'institution théorisée par Maurice Hauriou. À ce propos, Jean-Michel Bollé écrivait dans sa thèse que « *La permanence ne se conçoit bien évidemment que dans le temps. Si elle impose la continuité, elle ne saurait être associée à l'idée d'immutabilité, car continuer dans le temps, c'est nécessairement évoluer, sauf à disparaître.* »¹⁰³ Plus loin, il écrivait encore que « *La permanence du service public, c'est la durée de son existence organique, c'est la continuité des prestations fournies aux usagers. L'une et l'autre doivent s'animer d'un mouvement perpétuel pour conserver leur utilité. L'adaptation est le prix de leur permanence, et donc de leur vie continue.* »¹⁰⁴ Pour conclure que « *Le principe de continuité, complété par celui de l'adaptation correspond ainsi à un effort de maîtrise du temps dans la durée de vie du service public.* »¹⁰⁵

§2.- La continuité rapprochée de la régularité de fonctionnement du service public

77. – La temporalité dans le fonctionnement du service – La maîtrise du temps évoqué à l'instant par Jean-Michel Bollé est une donnée essentielle pour appréhender l'idée de continuité du service public. Or l'inscription de la temporalité dans le fonctionnement du service public est exprimée par l'idée de régularité de fonctionnement du service public, souvent utilisée par les auteurs pour définir la continuité du service public.

78. – Cependant, il faut remarquer que définir la continuité par la régularité n'est pas a priori pleinement satisfaisant, car le flou n'est pas dissipé. En effet, définir la continuité par un mot à sens multiple comme « régularité » relève de la gageure. Si la continuité

¹⁰² VEDEL (Georges), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1973, p. 817.

¹⁰³ BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 276.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 294.

¹⁰⁵ *Ibid.*

semble être une notion aux contours flous, que dire de la notion de régularité censée l'éclaircir ? Car, selon *Le Robert*, la régularité recouvre au moins trois idées. Premièrement, la régularité est la caractéristique de ce qui est conforme aux règles ; est donc régulier ce qui est réglementaire. Du point de vue du droit, on tombe alors dans un principe bien connu du droit administratif qui est le principe de légalité. Deuxièmement, la régularité est la propriété de ce qui présente des proportions régulières, de ce qui est symétrique et harmonieux. Mais c'est faire du droit un art – juridique – ce qu'il n'est pas. Enfin, troisièmement, la régularité correspond à ce qui est égal, uniforme. Le droit l'appréhende alors par le principe d'égalité. Dans ces différentes acceptions du mot régularité, rien ne semble vraiment évoquer la continuité. Le lien entre les deux notions existe cependant, dès lors que l'on définit la régularité par l'idée de « *caractère de ce qui est constant dans sa périodicité* »¹⁰⁶. Il y a donc bien ici l'introduction de la temporalité, élément fondamental pour définir la continuité.

79. – Cette temporalité contenue dans l'acception précédemment considérée de la régularité est souvent rapprochée de l'idée de ponctualité. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à combiner régularité et ponctualité pour tenter de définir la continuité du service public. Ainsi, les professeurs Guglielmi et Koubi, écrivent que « *la continuité pourrait être définie comme signifiant le fonctionnement ponctuel et régulier du service public...* »¹⁰⁷. Si la ponctualité n'est pas le tout de la régularité, au moins en est-elle un aspect. Dans la définition susmentionnée, la juxtaposition des adjectifs « ponctuel »¹⁰⁸ et « régulier » ne doit pas être comprise comme l'affirmation de deux idées différentes, mais plutôt comme un moyen d'insister sur une idée force. En effet, la ponctualité, et plus généralement l'absence de retard dans l'accomplissement du service, est un aspect essentiel de la continuité du service public. Cela est évidemment vrai pour les services de transports qui fonctionnent en principe selon des horaires précis, souvent liés à l'utilisation de créneaux horaires lorsqu'ils empruntent des infrastructures lourdes (pistes d'aéroports, rails).

¹⁰⁶ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1990, p. 695.

¹⁰⁷ GUGLIELMI (Gilles J.) et KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 2000, p. 406, n°1048.

¹⁰⁸ L'adjectif ponctuel est lui-même sujet à caution, car il comporte un double sens, quasi contradictoire d'ailleurs. Soit il exprime ce qui se rapporte à la ponctualité, dans le sens d'assiduité : est ponctuel ce qui est fait en temps voulu. Soit il exprime ce qui ne concerne qu'un élément précis d'un ensemble : est ponctuel ce qui est sporadique ou encore intermittent. Mais dans cette seconde acception, l'adjectif ponctuel correspond à ce qui est irrégulier ; ceci serait alors en contradiction avec l'idée de régularité mise en avant par ailleurs. On ne peut donc ici retenir cette seconde acception de l'adjectif ponctuel, et on doit opter pour la première qui elle, se combine parfaitement avec l'idée de régularité.

Le respect des horaires est non seulement un impératif pour assurer la sécurité du service, mais aussi un impératif pour satisfaire la clientèle, car, par exemple, le client de la SNCF attend de celle-ci la ponctualité des trains. Un tel impératif de « ponctualité » figure à l'article 1^{er} du cahier des charges de la SNCF, puisqu'il y est écrit que celle-ci doit exploiter « *les services ferroviaires sur le réseau ferré national, dans les meilleures conditions de sécurité, d'accessibilité, de célérité, de confort et de **ponctualité**, compte tenu des moyens disponibles* »¹⁰⁹. L'article 62 du même cahier des charges précise aussi que la SNCF doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la fluidité, la **régularité** des circulations, lorsqu'elle s'occupe pour le compte de RFF de la gestion opérationnelle de la circulation des trains. De la même manière, le client de La Poste attend un traitement et un acheminement du courrier sans retard. L'article 2 du cahier des charges de La Poste dispose en effet que l'entreprise dispose des boîtes aux lettres sur la voie publique et qu'elle « *en assure la relève **régulière** au moins chaque jour ouvrable* ». En ce qui concerne l'énergie électrique, la loi du 9 août 2004 précise que les contrats de plan que l'État signe avec les sociétés EDF et GDF portent sur « *les exigences de service public en matière... de **régularité** et de qualité du service rendu* ». Et il est bien évident que pour le client d'EDF, se brancher à une prise électrique signifie pouvoir utiliser immédiatement l'énergie électrique. De même qu'en matière de télécommunications, décrocher son téléphone signifie en principe accéder immédiatement au réseau téléphonique. À cet égard, France Télécom était tenue par son cahier des charges de 1990 d'assurer « le fonctionnement régulier » de ses installations¹¹⁰.

80. – Mais on le voit, la régularité suppose le respect d'un programme préétabli de fonctionnement du service. Le service est régulier en fonction de sa prévisibilité. Or, qu'advient-il de la continuité lorsqu'il y a une irrégularité du fonctionnement du service ? Un retard de 30 minutes sur l'ensemble des trains empruntant une même voie, pendant plusieurs heures de suite, modifiant donc le programme initial des circulations, contrevient-elle à la continuité du service ? Sans doute pas, dans la mesure où le service continue de fonctionner. Certes avec des horaires et des conditions différents, mais le service est rendu aux usagers. De même, lorsque qu'il y a une interruption prolongée des circulations pour cause d'incidents sur la voie, la continuité n'est pas forcément atteinte ; dans ce cas, le service n'est plus rendu normalement et de façon régulière car

¹⁰⁹ Décret n°83-817 du 13 septembre 1983, *portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français.*

¹¹⁰ Article 16 du cahier des charges approuvé par décret n°90-1213 du 29 décembre 1990 *relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications, J.O.R.F.* du 30 décembre 1990.

certains trains sont supprimés, mais d'autres trains demeurent, et même, certains trains peuvent être exceptionnellement organisés en plus pour acheminer les passagers en souffrance. La continuité du service n'est pas nécessairement remise en cause. Au contraire, son respect a permis de modifier le programme pour faire face à l'imprévu de la réalisation. Dès lors, on le comprend, définir la continuité par la régularité n'est au fond pertinent qu'en temps normal, c'est-à-dire lorsque le programme initial de fonctionnement du service est respecté¹¹¹. Dans ce cas, continuité et régularité se recoupent complètement. Mais lorsqu'il y a une irrégularité de fonctionnement du service, il n'y a pas forcément discontinuité du service. La continuité est justement ce qui permet de faire face à un fonctionnement irrégulier du service.

81. – Si bien que pour comprendre véritablement ce qu'est la continuité du service public, il faut introduire dans le raisonnement une autre idée force, en plus de la régularité du fonctionnement : l'idée d'intensité de fonctionnement du service.

§3.- La continuité rapportée à l'intensité de fonctionnement du service public

82. – Dans son analyse précédemment évoquée, Jean-Michel Bollé remarquait l'assimilation qui est souvent faite tant par la doctrine que par la jurisprudence entre la continuité et la non-interruption du service. Or, il considérait, à juste titre, qu'il fallait éviter cette confusion, car ce serait adopter une conception de la continuité ambivalente. Il expliquait que d'un côté cette conception était trop large « *en ce qu'elle assimile toute forme d'interruption du service à une discontinuité* ». Or il y a des services qui s'interrompent périodiquement sans qu'il y ait pour autant atteinte à l'obligation de continuité. Tout dépend de la consistance du service en question, telle qu'on l'a vue précédemment. Mais d'un autre côté cette conception était trop étroite « *car l'idée d'interruption n'est pas seule présente au sein de la continuité. Il y apparaîtra également une notion de niveau, d'intensité de fonctionnement, tout à fait primordiale* »¹¹².

83. – L'intensité du service public varie en fonction de sa consistance telle qu'elle est déterminée par l'autorité organisatrice du service. Deux cas de figure doivent être considérés.

¹¹¹ De ce point de vue, la régularité a à voir avec le respect des règles préétablies.

¹¹² BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 3.

Premier cas de figure, la consistance du service est telle qu'aucune interruption n'est tolérée. Son intensité est donc maximale, et la continuité est alors considérée comme absolue. Comme l'écrivait Jean-Michel Bollé, « *La continuité absolue, c'est-à-dire linéaire, fait écho à la conception traditionnelle du service public. Son champ d'application privilégié mais non exclusif est celui des services publics où domine l'élément de pouvoir* »¹¹³. Sont essentiellement concernés les services publics tels que la police, la justice ou la défense nationale pour ne citer que les exemples les plus évocateurs. Historiquement cependant, cette conception absolue de la continuité du service public s'imposait à davantage de services. C'est bien cette conception qui irriguait la jurisprudence *Winkell-Minaire* du Conseil d'État. La doctrine n'était pas en reste pour considérer que cette conception était la bonne. On peut citer à cet égard Benoît Laurent qui écrivait à propos des services postaux, dans sa thèse datée de 1913 : « *Il s'agira par exemple de la continuité du service qui ne pourra être interrompu sous aucun prétexte. Les repos et les congés ne sont donnés que si les nécessités administratives ne s'y opposent pas. Le personnel du départ ne doit quitter les tables que lorsqu'il ne reste plus une seule lettre, quand même il aurait travaillé toute une nuit, et dans des conditions exceptionnellement mauvaises* »¹¹⁴. Mais force est de constater qu'aujourd'hui, une telle conception de la continuité du service postal n'est plus guère soutenable.

Aussi la continuité appliquée à ce service public est-elle, comparée à ce qu'elle était auparavant, relative. Ceci constitue le deuxième cas de figure annoncé plus haut. Dans ce deuxième cas de figure, la consistance du service prévoit une programmation des horaires et de la fréquence de fonctionnement du service, et prévoit certaines interruptions du service. L'intensité du service est donc variable, et la continuité est relative en ce qu'elle se borne à assurer le service dans l'amplitude du programme, tout en y intégrant les interruptions programmées du service.

84. – Toutefois, pour que l'on puisse parler de continuité, fut-elle relative, la variabilité de l'intensité du service rencontre certaines limites. En effet, pour que la continuité du service soit effective, il faut que les interruptions du service qui interviennent soient programmées. Par exemple, un bureau de poste est ouvert de 9h00 à 18h30. Il est donc fermé, c'est-à-dire que le service est normalement interrompu, entre 18h31 et 8h59. Mais en dehors de cette amplitude, les interruptions et les réductions intempestives du service sont susceptibles de provoquer une discontinuité du service. Pour éviter cette

¹¹³ BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 136.

¹¹⁴ LAURENT (Benoît), *Les services postaux*, Thèse, Lyon, 1913, p. 82.

discontinuité, il faut admettre que l'intensité du service doit être variable jusqu'à un seuil minimum, lequel doit être préservé en toute circonstance, sinon il y a discontinuité et donc dysfonctionnement total du service. En d'autres termes, l'intensité minimum du service permet de définir un service minimum qui sera assuré en cas d'empêchement de la réalisation du programme de fonctionnement normal du service public.

85. – À la lumière de l'idée d'intensité de fonctionnement du service, la continuité du service public recouvre donc deux acceptions. Soit elle est absolue, soit elle est relative. À propos de cette double acception, Jean-Michel Bollé écrivait que le principe de continuité « *signifie et c'est son acception classique, une obligation de fonctionnement à niveau constant de certains services publics. Cette signification reste actuelle et ne cessera pas de l'être tant que l'existence de l'État dépendra directement de l'absence de défaillance des services dits "de pouvoir" (armée – police). Il exprime, et c'est son acception nouvelle, une obligation de fonctionnement à niveau d'intensité minimum, des autres services publics. L'intensité "minimum" peut d'ailleurs être modulée selon la nature des prestations rendues* »¹¹⁵.

86. – Pour conclure sur ce point précis, l'introduction de l'idée d'intensité de fonctionnement du service permet d'appréhender la continuité comme un principe qui permet d'assurer en cas d'incident de fonctionnement, un minimum de prestations normalement assumées par le service public. La continuité peut alors être symbolisée par ce filet d'eau qui continue à couler, alors même que le débit est fortement réduit par rapport à la normale. La continuité est ce fil qui en permanence maintient le lien entre les prestations du service avec les besoins essentiels de la population.

Section 3.- Proposition de définition

87. – L'analyse de la continuité du service public qui vient d'être conduite, a permis de dégager trois axes de réflexion. D'une part, la continuité est relative au fonctionnement du service et non pas à son existence ou à sa consistance qui relèvent l'un et l'autre du principe d'adaptabilité. D'autre part, la continuité correspond à un fonctionnement régulier du service public. Et enfin, la continuité est fonction de l'intensité du service dont elle doit préserver un seuil minimal.

¹¹⁵ BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 304.

Ces trois éléments autorisent l'ébauche d'une définition large de la continuité du service public qui pourrait s'énoncer de la manière suivante, en tenant compte de deux hypothèses : la continuité du service public est en temps normal un fonctionnement régulier du service public conformément à une intensité de fonctionnement prédéterminée ; exceptionnellement la continuité est un fonctionnement irrégulier du service public mais préservant une intensité de fonctionnement minimale.

Partie 1.- Le déclin de la continuité du service en réseau

« Là où il n'y a plus d'amélioration possible, le déclin est proche. »

Sénèque¹¹⁶

88. – Les changements à l'œuvre dans les grands services en réseaux depuis maintenant plus de deux décennies, ont eu notamment comme conséquence d'en éloigner l'exigence d'un fonctionnement continu. Cette exigence n'a pas disparu. Elle s'est repliée dans des limites plus étroites, en même temps que le service public refluit. Or, la continuité du service tout comme le régime juridique encadrant le droit de grève, est adossée, dans les services en réseaux, à la notion de service public. si bien que là où le service public n'est plus, la continuité n'est plus une obligation du prestataire. De plus, le droit de grève s'exerce dans les conditions du droit commun, sans égard pour l'idée de continuité du service.

89. – Dans les services en réseaux, le reflux du service public et son cantonnement dans des limites étroites semble irrémédiable. C'est bien ce mouvement de fond que nous nommons « déclin » de la continuité du service. Eu égard à l'intérêt général qui s'attache toujours aux services en réseaux, cette régression historique est réelle. Cependant, elle n'est pas suffisamment perceptible pour que l'on se rende compte de l'état des dommages qu'a causé sur cet aspect précis la libéralisation des services en réseaux.

90. – L'objectif de cette première partie est donc de donner un éclairage précis sur cet état des lieux. Il s'agit tout d'abord d'opérer le constat que les services en réseaux sont aujourd'hui partiellement soumis à l'exigence de continuité du service public, et donc d'établir une cartographie précise de l'application du principe de continuité dans

¹¹⁶ Sénèque, *Consolations*, (trad. Colette Lazam), Paris, 1992, Éditions Rivages, p. 132.

les divers secteurs d'activité en réseaux. Cette étude sera l'objet du titre 1. Puis, il faudra vérifier si les agents des services en réseaux sont soumis aux sujétions de continuité, et surtout le cas échéant, de quelle manière ils le sont. Ce sera l'objet du titre 2.

- **Titre 1.- La soumission partielle des services en réseaux à l'exigence de continuité du service public**
- **Titre 2.- La soumission partielle des agents des services en réseaux aux sujétions de continuité**

Titre 1.- La soumission partielle des services en réseaux à l'exigence de continuité du service public

91. – Les services en réseaux ne sont plus que partiellement assujettis à une obligation de continuité de fonctionnement. Plus précisément, ils ne sont que partiellement soumis au principe de continuité du service public. En effet, ce n'est qu'en présence du service public, que les services en réseaux sont actuellement soumis à l'obligation de continuité dans leur fonctionnement. Si la continuité du service n'est qu'en partie exigée dans les services en réseaux, c'est parce que le service public n'y est présent que de manière incomplète. Les services en réseaux n'ont aujourd'hui plus rien à voir avec les grands services publics. Cela tient évidemment aux transformations induites par la libéralisation de ces secteurs. Le périmètre du service public n'équivaut plus à la totalité des services en réseaux ; son périmètre est devenu beaucoup plus réduit. Dès lors, la continuité du service public n'est plus qu'une exigence partiellement présente dans les services en réseaux.

92. – Le sous-titre 1 sera donc consacré à l'étude des transformations du service public dans les services en réseaux, tandis que le sous-titre 2 vérifiera que la continuité du service public est devenue une exigence partielle dans les services en réseaux.

- **Sous-Titre 1.- La transformation radicale du service public dans les services en réseaux**
- **Sous-Titre 2.- La continuité du service public, une exigence partielle dans les services en réseaux**

Sous-titre 1.- La transformation radicale du service public dans les services en réseaux

93. – « *En matière de services publics, nous vivons depuis le milieu des années 1980 une rupture historique. Alors que chaque État, dans le cadre de la construction de l'État-nation, avait défini et construit dans son histoire longue son propre mode d'organisation et de régulation des activités de "service public" en relation avec ses traditions, son organisation, ses institutions et sa culture, c'est de plus en plus au plan européen que se définissent les principes et les normes, même si les États n'ont pas perdu toute capacité d'initiative et de choix* »¹¹⁷. Il est certain que depuis maintenant plus de vingt-cinq ans, la prise en compte de l'intérêt général par l'Union européenne pose de sérieuses questions au pays de Léon Duguit et Louis Rolland. Le « modèle français » de service public est tout simplement remis en cause par l'Union européenne. Or cette confrontation entre conception française et conception européenne du service public a eu pour terrain de prédilection les services en réseaux qui, du fait de leur importance pour la réalisation du marché unique, ont été les premiers services publics à faire l'objet d'une ouverture à la concurrence.

94. – Incontestablement, dans les services en réseaux, le service public d'aujourd'hui ne recouvre plus les mêmes réalités qu'avant la libéralisation. Parler de service public dans le transport aérien aujourd'hui ne veut évidemment plus dire la même chose qu'il y a même encore vingt ans ! Le vocable est encore utilisé, mais la réalité de ce qu'il recouvre est bien différente de ce qu'elle était. Il est vrai que dans d'autres secteurs en réseaux, celui de l'énergie électrique par exemple, la flagrance de cette transformation n'existe pas vraiment ; et pourtant, elle est tout aussi réelle. La confrontation des deux conceptions – française et européenne – du service public aboutit à la transformation radicale de celui-ci dans les secteurs en réseaux.

95. – Cette transformation radicale du « service public » dans les secteurs en réseaux est notre postulat de départ pour mener à bien notre étude. Notre intuition est de considérer que la notion française de service public ne peut pas intégrer les modifications qu'impose le droit de l'Union européenne au « modèle français ». Or, dans

¹¹⁷ BAUBY (Pierre), *L'Européanisation des services publics*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2011, coll. « La bibliothèque du citoyen », p. 13.

la doctrine publiée depuis les arrêts *Corbeau*¹¹⁸ et *Commune d'Almelo*¹¹⁹, la tendance est de trouver les rapprochements possibles entre les conceptions française et européenne de la prise en charge de l'intérêt général ; le but inavoué de ces travaux étant de tenter de sauver la notion française de service public. Avec le recul, et avec les dernières avancées du droit de l'Union européenne sur les services d'intérêt général, nous ne pensons pas qu'il y ait de convergence possible entre la notion française de service public et la notion européenne de service public. Encore que cette remarque ne vaut à notre sens que dans le strict champ de notre étude, à savoir les services d'intérêt général en réseaux.

96. – Mais attention, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de convergence possible quant à la prise en compte de l'intérêt général. Bien au contraire même, serions-nous tentés de dire. Ce n'est pas la notion d'intérêt général qui pose problème, mais la notion de service public. Nous pensons en effet que dans un contexte d'européanisation des services d'intérêt général en réseaux, la notion française de service public, ne peut pas être plus large que la notion européenne. Voilà donc notre intuition de départ qu'il nous faut maintenant démontrer.

97. – Le point de départ de notre raisonnement est le concept européen « d'obligation de service public ». Il s'avère en effet que la législation européenne relative aux services d'intérêt général en réseaux, fait une place particulière à l'expression d'obligation de service public. Or, quand bien même il est difficile dans les premiers textes européens de saisir le sens exact de cette expression, nous pouvons aujourd'hui affirmer, qu'il s'agit là en réalité d'un concept à part entière en droit européen. Par les changements qu'elle induit dans la compréhension du « service public » dans les services en réseaux, l'émergence de ce nouveau concept s'apparente pour nous à une révolution juridique. Il s'agit au fond d'un nouveau paradigme. C'est ce que nous démontrerons dans un premier chapitre.

¹¹⁸ CJCE, 19 mai 1993, Aff. n° C-320/91, *Paul Corbeau*, A.J.D.A. 1993, p. 865, note Francis HAMON ; *Europe* 1994, n°7, p. 1, note Robert KOVAR ; J.C.P. éd. G. 22 septembre 1993, n°38, p. 373, chron. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE ; *Juris-PTT* n° 33, 1993, p. 22, note Françoise MALBO ; *Juris-PTT* 1994, n°36, p. 17, note Christian COURTOIS.

¹¹⁹ CJCE, 27 avril 1994, Aff. n° 393/92, *Commune d'Almelo*, Rec. 1994, p. I-1477 ; A.J.D.A. 1994, p. 637, note Francis HAMON ; C.J.E.G. 1994, p. 623, concl. Marco DARMON, p. 643, note Alain FIQUET ; D. 1995, p. 20, note Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE ; *Europe* 1994, n°7, p. 1, note Robert KOVAR ; *Juris-PTT* 1994, n°36, p. 17, note Christian COURTOIS ; L.P.A. 13 juillet 1994, n°83, p. 49, note Stéphane RODRIGUES ; R.A.E. 1994, n°2, p. 65, note Stéphane RODRIGUES.

Ensuite, prolongeant notre raisonnement, nous devons constater que cette révolution juridique révèle un sens précis d'une conception européenne du service public. Cette conception ne correspond pas à la conception française. La difficulté est que la locution est la même, « service public », mais elle désigne des réalités différentes, selon qu'on l'utilise dans une acception européenne ou dans une acception française. Or les services d'intérêt général en réseaux, objet de notre étude, sont européanisés ; le législateur européen réglemente leur fonctionnement. Autrement dit, dans ces secteurs, le vocable « service public » ne peut être entendu qu'au sens européen. Y voir la notion française de service public serait un contresens. Il faut donc renoncer à cette notion historique. Tout ceci sera l'objet du deuxième chapitre.

Enfin, il nous faudra constater que ce nouveau concept européen de « service public » a pour effet de réduire considérablement le champ effectif du « service public » tel que nous l'avons connu dans une conception française. Que recouvre concrètement aujourd'hui l'expression « service public » employée dans la législation relative au secteur ferroviaire ? au secteur postal ? et ainsi de suite. Il convient donc dans un troisième chapitre du présent sous-titre de délimiter secteur par secteur le champ précis du service public.

Chapitre 1.- La révolution silencieuse de l'obligation de service public

Chapitre 2.- La conception du service public revisitée

Chapitre 3.- L'état des lieux du service public dans les services d'intérêt général en réseaux.

Chapitre 1.- La révolution silencieuse de l'obligation de service public

« L'obligation de service public n'est donc pas le service public mais elle contribue à le modifier et à s'y substituer »

Salim ZIANI¹²⁰

98. – La révolution copernicienne. – Dans un article publié en 2007 dans les mélanges offerts en l'honneur du président Daniel Labetoulle, le professeur Louis Dubouis soulignait que le droit public français vivait, avec l'introduction de la concurrence en son sein, une véritable révolution copernicienne¹²¹. Si l'on suit à la lettre cette idée de « révolution copernicienne », il faudrait alors admettre que les repères anciens que constituaient le monopole de service public et les droits exclusifs qui s'attachaient en général à la situation de service public se sont révélés faux, la vérité venant du marché, y compris dans les services d'intérêt général. Ce n'est pas le cas, car il ne s'agit pas d'une question de vérité ou d'erreur, et l'idée de révolution « copernicienne » doit donc être nuancée. Il n'en reste pas moins vrai que l'apparition de la concurrence au sein même de la sphère publique, constitue en France une révolution dont on a d'ailleurs aujourd'hui encore quelques difficultés à prendre la mesure. Il est ainsi mal aisé d'identifier avec précision ce que recouvre l'idée de service public, selon que l'on regarde le problème sous le prisme du droit de l'Union européenne ou selon qu'on le prenne sous le prisme du droit public français. En réalité, la norme européenne s'imposant au droit français, il ne devrait pas y avoir de divergence de fond. Nous doutons néanmoins que cela soit le cas. Toutefois, pour s'en assurer, nous devons examiner plus en détail, ce qui aujourd'hui permet d'identifier le service public dans le droit de l'Union européenne, puisque tout ou presque en est issu aujourd'hui. Pour cela, nous devons nous intéresser aux vecteurs du service public en droit de l'Union européenne. Or, il apparaît qu'au-delà des notions véhiculées par le droit européen, telles que celles de

¹²⁰ ZIANI (Salim), *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Gabriel Eckert (Université de Strasbourg), Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.285, §125. (À paraître en 2015)

¹²¹ DUBOUIS (Louis), « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 293-306.

« service d'intérêt général » et « service d'intérêt économique général », le vecteur principal du « service public » est la notion européenne d' « obligation de service public ».

99. – Le vecteur d'un service public renouvelé. – Nous savons que le droit de l'Union européenne s'est refusé d'utiliser le vocable « service public » seul, car selon lui cette expression ne signifie rien de précis. En revanche, il emploie l'expression « obligation de service public » ; cette expression qui est la plupart du temps employée au pluriel mais qui peut aussi se trouver au singulier, est loin d'être une simple variante dans la désignation du « service public » ou de ses principes de fonctionnement, est un vecteur d'un service public renouvelé. En réalité, cela impacte la notion de service public, qui change assez sensiblement de sens, comme nous le verrons ultérieurement. Ici se situe donc selon nous la révolution silencieuse que nous évoquions. Celle-ci participe de la révolution « copernicienne » identifiée par Louis Dubouis. Elle s'avère en effet le fer de lance de l'introduction de la concurrence dans le service public. Elle devient alors un concept à part entière, qui, comme on le verra modifie ce qu'il faut comprendre du « service public » dans les activités de réseaux.

100. – Nous procéderons tout d'abord à l'identification de la notion d'obligation de service public (Section 1). Ensuite, nous analyserons l'émergence du concept autonome d'obligation de service public (Section 2).

Section1.- L'identification d'une notion nouvelle

101. – Contrairement aux apparences souvent entretenues par la doctrine, la notion d'« obligation de service public » n'est pas une énième variante des règles de fonctionnement du service public qui nous permettrait de ne rien changer dans notre façon d'appréhender le service public qui en résulte. Elle est une notion à part entière, qui certes, peut être rapprochée et comparée aux notions que nous connaissons bien en France, telles les lois de Rolland, mais elle s'en distingue néanmoins assez nettement.

102. – Promue par le droit de l'Union européenne, non sans un certain « tâtonnement » (§1.-), la notion d'obligation de service public s'avère être sans équivalent en droit français (§2.-).

§ 1.- Une notion promue par le droit européen

103. – La législation européenne. – C’est par la législation européenne que les obligations de service public sont devenues des éléments incontournables de compréhension de l’évolution du service public en Europe. Qu’elles soient directement rendues obligatoires par le biais des règlements européens, comme dans le transport aérien et dans le transport ferroviaire, ou bien qu’elles soient plus souplement imposées par les États sur le fondement de directives européennes comme dans les secteurs de l’énergie électrique et de l’énergie gazière, l’effet final est identique. Ce sont des sujétions particulières qui s’imposeront aux opérateurs de marché dans les grands réseaux de service. De même que dans les secteurs des communications électroniques et des services postaux, il existe des obligations similaires dites de service universel, résultant également de directives européennes.

104. – Dans la législation européenne, en plus de la présence d’obligations de service public, il existe d’autres catégories d’obligations qui sous des traits divers s’apparentent à des obligations de service public. Nous avons pu en identifier deux catégories : tout d’abord les obligations de service universel et les exigences essentielles. Ces dernières se rencontrent principalement dans la législation communautaire relative aux communications électroniques. Elles nous apparaissent être à la fois le précurseur des obligations de service public, tout en demeurant bien distinctes. Nous les examinerons donc à part. Reste alors la catégorie des obligations de service universel, qui sont comparables aux obligations de service public. Au fond, elles constituent une catégorie particulière d’obligations de service public.

105. – Nous examinerons donc successivement les notions d’exigences essentielles (A.-), et d’obligations de service public (B.-) présentes dans la législation européenne.

A.- La notion d’exigences essentielles dans la législation européenne

106. – Dans le secteur des télécommunications, les obligations de service public sont implicitement présentes. En effet, bien que la notion ne soit pas employée par les textes applicables, ceux-ci prévoient néanmoins des obligations spécifiques qui s’apparentent beaucoup aux obligations de service public. Pour déterminer l’étendue de ces obligations spécifiques, il convient de distinguer entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile.

107. – Les exigences essentielles dans la téléphonie fixe. – Dans le cas précis de la téléphonie fixe, il n'existe pas à proprement parler d'obligations de service public. Toutefois, le droit communautaire fait place à la notion d'« exigences essentielles », qui ne semble pas très éloignée de celle d'obligations de service public, en ce qu'elles définissent des modalités de fonctionnement du service rendu. De même, il est prévu l'élaboration d'une réglementation de commerce portant sur des conditions de fonctionnement du service des télécommunications. Ainsi, l'article 3 de la directive n° 90/388/CEE du 28 juin 1990¹²², dont la rédaction est issue de la directive n° 96/19/CE du 13 mars 1996¹²³, précise que les procédures d'octroi de licence ou de déclaration d'activité en matière de téléphonie vocale et de fourniture de réseaux publics de télécommunications visent à respecter soit les exigences essentielles, soit les réglementations de commerce portant sur les conditions de permanence, de disponibilité et de qualité du service, soit des obligations financières relatives au service universel. Ainsi, les exigences essentielles sont mises sur le même plan que les obligations de service universel ; elles ont ceci de commun qu'elles constituent des règles de fonctionnement du service que doivent respecter les entreprises ayant obtenu des pouvoirs publics leur licence d'opérateurs sur le marché.

La notion d'obligations de service public n'est donc pas explicitement évoquée. En revanche, on trouve dans la législation européenne la notion d'exigences essentielles. Or, au sens de l'article 1^{er} de la directive n° 90/388/CEE du 28 juin 1990, sont des exigences essentielles « *les raisons d'intérêt général et de nature non économique qui peuvent amener un État membre à imposer des conditions relatives à l'établissement et/ou à l'exploitation de réseaux de télécommunications ou à la fourniture de communications ou à la fourniture de services de télécommunications.* »¹²⁴ Ainsi, la notion d'exigences essentielles permet à un État membre d'imposer des conditions particulières de fonctionnement du service aux opérateurs de réseaux de télécommunication. Ce même article précise que les raisons justifiant ces conditions particulières de fonctionnement sont « *la sécurité de fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité et, dans les cas où cela est justifié, l'interopérabilité des services, la protection des données, celles de l'environnement et des objectifs urbanistiques et d'aménagement du territoire ainsi que l'utilisation rationnelle du spectre*

¹²² Directive n°90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 *relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications*, J.O.C.E. n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10.

¹²³ Directive n°96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 *modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications*, J.O.C.E. n° L 074 du 22 mars 1996, pp. 13-24.

¹²⁴ Directive n°90/388/CEE du 28 juin 1990, précitée.

des fréquences et la prévention de toute interférence préjudiciable entre les systèmes de télécommunications par radio et d'autres systèmes techniques terrestres ou spatiaux. La protection des données peut comprendre la protection des données personnelles, la confidentialité des informations transmises ou stockées, ainsi que la protection de la vie privée. »¹²⁵ En ce sens, les conditions particulières de fonctionnement justifiées par les exigences essentielles sont proches de la notion d'obligation de service public, d'autant plus que l'alinéa 3 de l'article 3 de la directive précitée du 28 juin 1990¹²⁶ précise que l'ensemble des conditions, celles justifiées par les exigences essentielles et celles résultant des réglementations de commerce, doit former un cahier des charges de service public, objectif, non discriminatoire, proportionné et transparent. Si le mot n'y figure pas, la chose, elle, est incontestablement appréhendée par les textes. Ainsi peut-on conclure sur ce point qu'en matière de téléphonie fixe, il y a des obligations qui s'apparentent à des obligations de service public.

108. – Les exigences essentielles dans la téléphonie mobile. – Dans la téléphonie mobile, la situation est similaire, à quelques nuances près cependant. En effet, l'article 3 bis de la directive susmentionnée du 28 juin 1990¹²⁷, introduit par la directive n° 96/2/CE du 16 janvier 1996¹²⁸, dispose que les conditions d'octroi des licences doivent être justifiées par des exigences essentielles, telles qu'elles sont définies par l'article 1^{er}, comme pour les services de téléphonie fixe. Il est précisé que pour les systèmes destinés au grand public, ces conditions d'octroi des licences doivent être précisément justifiées par « *des exigences de service public* »¹²⁹ prenant la forme de réglementation de commerce au sens de l'article 3. Or, selon cet article, la réglementation dont il s'agit est relative aux conditions de permanence, de disponibilité et de qualité du service. Ce sont là des conditions de fonctionnement qui s'apparentent à de véritables obligations de service public. Autrement dit dans ce secteur de la téléphonie mobile, qui n'a pas explicitement reçu le « label » de service public, les exigences essentielles dites aussi exigences de service public prennent la forme de réglementation de commerce et visent au respect des conditions de permanence, de disponibilité et de qualité du service.

¹²⁵ Directive n°90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, *précitée*, article 1^{er}.

¹²⁶ Directive n°90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, *précitée*.

¹²⁷ Directive n°90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, *précitée*.

¹²⁸ Directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 *modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles*, J.O.C.E. n° L 20 du 26 janvier 1996, p. 59

¹²⁹ Directive n°90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990, *précitée*, article 3bis.

B.- La notion d'obligation de service public dans la législation européenne

109. – La législation sectorielle européenne utilise la notion d'obligation de service universel (1.-) et la notion d'obligation de service public au sens strict du terme (2.-). Les deux notions sont assez proches.

1.- Les obligations de service universel

110. – ***Les obligations de service universel dans le secteur des communications électroniques.*** – Tout le droit européen dérivé relatif au service universel, notamment dans le secteur des communications électroniques mêle confusément missions et obligations de service universel. Ainsi, la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002¹³⁰ définit ce qui s'apparente à quatre missions de service universel. Elles sont toutefois prévues au chapitre II de la directive intitulé « *obligations de service universel y compris les obligations de service social* ». L'article 3 dispose alors que « *Les États membres déterminent l'approche la plus efficace et la plus adaptée pour assurer la mise œuvre du service universel, dans le respect des principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité* », comme si le service universel constituait une mission à part entière soumise à des principes spécifiques. Quant à l'article 8 il précise que « *Les États membres peuvent désigner une ou plusieurs entreprises afin de garantir la fourniture du service universel* » ; le service universel semble alors être l'objet d'une mission. C'est toutefois sans compter la suite de ce même article 8 qui dispose : « *Lorsque les États membres désignent des entreprises pour remplir des obligations de service universel [...], ils ont recours à un mécanisme de désignation efficace, [...]. Les méthodes de désignation garantissent que la fourniture du service universel répond au critère de la rentabilité et peuvent être utilisées de manière à pouvoir déterminer le coût net de l'obligation de service universel [...]* ». La directive emploie donc indifféremment le terme de « service universel » et celui d'« obligation de service universel », ce qui semble donc renvoyer à la même réalité.

¹³⁰ Directive n°2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil 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 »)*, J.O.C.E. n° L. 108 du 24 avril 2002, pp. 51 et suiv.

111. – Les obligations de service universel dans le secteur postal. – La directive 97/67/CE relative au secteur postal¹³¹ opère moins fréquemment la confusion entre le « service universel » et les « obligations de service universel ». Toutefois au point 4 de son article 9 elle dispose : « Afin d'assurer la sauvegarde du service universel, lorsqu'un État membre détermine que les obligations de service universel, telles que prévues par la présente directive, constituent une charge financière inévitabile pour le prestataire du service universel [...] »¹³² ; le service universel est ici compris comme résultant d'un ensemble d'obligations du même nom, mais il ne correspond pas à une mission spécifique. Il y a plutôt un service, grevé d'obligations spécifiques dites de « service universel ». Néanmoins, à l'article 3 de cette même directive, il est affirmé que « les États membres veillent à ce que les utilisateurs jouissent du droit à un service universel qui correspond à une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour tous les utilisateurs »¹³³. Il ne fait pas de doute ici, que le service universel est compris comme une offre de service postaux, pris dans leur globalité. Le service universel s'entend dès lors plus comme étant l'objet d'une mission que comme étant l'objet d'obligations.

112. – Le rapprochement opéré par la Commission européenne entre les deux notions. – La doctrine officielle de la Commission européenne mêle depuis 1996 obligations de service universel et obligations de service public, de même qu'elle mélange obligations de service universel et missions d'intérêt général. Ainsi, dans sa communication du 26 septembre 1996, elle énonce que dans sa conception, « le service universel et les autres obligations de service public contribuent aux objectifs de solidarité et d'égalité de traitement »¹³⁴. Plus loin, précisant ses approches sectorielles, elle évoque la « définition d'obligations de service universel » dans le secteur des télécommunications¹³⁵. Enfin, elle rapproche les deux notions en évoquant le « développement du concept de service universel ou d'obligations de service public »¹³⁶. À ce stade de la réflexion, il apparaît donc clairement que dès 1996, la Commission établissait le rapprochement entre le service universel et les obligations de service

¹³¹ Directive n°97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 *concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service*, J.O.C.E. n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), J.O.C.E. n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 7, § 32.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 7, § 35.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 11, § 64.

public. Toutefois, au regard des éléments précités, il n'est pas possible d'affirmer que la Commission assimile les deux notions. Elle ne fait que les rapprocher.

Le rapprochement semble plus net dans la communication du 20 septembre 2000 publiée en janvier 2001¹³⁷. En effet elle évoque « l'obligation de service universel », puis juste après avoir défini cette notion elle écrit que « *les pouvoirs publics peuvent décider d'imposer des obligations de service public* »¹³⁸. Le service universel semble être une de ces obligations que les pouvoirs publics doivent imposer à un opérateur sur un marché en vertu des textes communautaires.

L'assimilation des deux notions ne fait plus guère de doute dans le Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général en Europe¹³⁹. Il y est écrit que les « *éléments communs aux différents secteurs qui peuvent servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt général* » comprend notamment « *le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire ainsi que la protection des utilisateurs et des consommateurs* ». La Commission écrit ensuite que ces éléments « *ont été traduits en obligations dans les législations applicables* ». Le point 3.1. du Livre vert est intitulé « un ensemble commun d'obligations » et développe en 3.1.1. le « service universel », en point 3.1.2. la « continuité » et ainsi de suite. Le point 3.2. est intitulé « autres obligations spécifiques » ; il indique qu'« *un certain nombre d'obligations sectorielles d'intérêt général pourraient compléter un ensemble commun d'obligations de service public* »¹⁴⁰. Le Livre blanc publié l'année suivante¹⁴¹ reprend à son compte ces développements du Livre vert : « *La consultation publique a confirmé la pertinence et l'importance de la série d'obligations qui servent de fondement à l'actuelle législation communautaire sectorielle et qui sont exposées dans le Livre vert (le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire, la protection des usagers et des utilisateurs [...]). S'il y a lieu, sur la base des examens sectoriels prévus, la Commission proposera d'adapter ces obligations* »¹⁴².

En revanche, la communication du 20 novembre 2007, la dernière en date au sujet des services d'intérêt général en Europe, n'aborde pas spécifiquement le service

¹³⁷ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », (2001 / C 17/04), *J.O.C.E.* n° C 17 du 19 janvier 2001, p. 7.

¹³⁸ *Ibid*, p. 7 § 14-15.

¹³⁹ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 20.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 20, § 65.

¹⁴¹ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 20.

¹⁴² *Idem*

universel et les obligations de service public. On ne peut donc tirer de ce texte ni confirmation ni infirmation de l'assimilation entre le service universel et les obligations de service public.

2.- Les obligations de service public

113. – On rencontre les obligations de service public dans quatre secteurs : le transport ferroviaire, le transport aérien, l'énergie gazière et l'énergie électrique.

114. – ***Les obligations de service public dans le transport ferroviaire.*** – Le transport ferroviaire fut le premier secteur objet d'une législation sectorielle employant pour la première fois le terme d'« obligation de service public ». Le règlement du 26 juin 1969 définissait en son article 2, alinéa 2, les obligations de service public de la façon suivante : « *Les obligations de service public au sens du paragraphe 1^[143] comprennent l'obligation d'exploiter, l'obligation de transporter et l'obligation tarifaire.* » Certes, les deux premières obligations concernaient la réalisation d'un service dans son ensemble : le service de l'exploitation du réseau, et le service du transport de personnes et de marchandises. Dans les deux cas de figure c'était bien l'ensemble du service considéré qui était l'objet de l'obligation de service public. Autrement dit, il s'agissait moins ici d'obligations de service public, que de missions de service public. En définitive, nous pouvons dire que dans ces deux cas de figure, l'obligation de service public consistait en fait à ériger en service public l'exploitation du réseau et le transport. En revanche, l'obligation tarifaire était d'une appréhension différente ; en effet la tarification n'est pas un service en soi à l'égard des usagers du service ferroviaire, c'est une condition de prestation dudit service. L'obligation de service public devait alors ici être entendue comme étant une condition de fonctionnement d'un service ; une condition imposée par une autorité compétente en vertu des textes législatifs et réglementaires. Le règlement de 1969 avait donc cette particularité d'employer la notion d'obligation de service public pour désigner des réalités bien différentes, tantôt proches de la mission de service à part entière, tantôt proches des conditions de fonctionnement d'un service.

¹⁴³ Rappelons que le paragraphe 1 ou alinéa 1 de l'article 2 disposait : « *Par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions.* »

Le règlement de 2007¹⁴⁴ n'a en la matière guère changé de perspective. Dans son article 2, il définit la notion d'obligation de service public en ces termes : « *l'exigence définie ou déterminée par une autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général de transports de voyageurs qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions sans contrepartie.* »¹⁴⁵ Il ressort de cette définition que l'obligation de service public est principalement appréhendée sous l'angle de l'exigence, donc de la condition imposée dans le fonctionnement du service. Cette définition est à mettre en relation avec la définition donnée par le même article 2, de la notion de contrat de service public, véritable pierre angulaire de ce règlement. Selon ce texte, un contrat de service public est « *un ou plusieurs actes juridiquement contraignants manifestant l'accord entre une autorité compétente et un opérateur de service public en vue de confier à l'opérateur de service public la gestion et l'exploitation des services publics de transport de voyageurs soumis aux obligations de service public [...]* » Il apparaît alors, que l'obligation de service public, est en étroite relation avec l'exploitation d'un service public. Dans ce cas, ce n'est pas l'obligation de service public qui institue le service public, puisque celui-ci lui préexiste ; les obligations de service public viendront conforter la mission de service public, étant précisé que cette mission est exploitée par un opérateur délégataire de service public, les obligations de service public étant contractualisées. Dans cette perspective, l'obligation de service public est concomitante de la mission de service public.

Cette concomitance ne se vérifie pas forcément dans les autres services en réseaux qui connaissent de la notion d'obligation de service public.

115. – Les obligations de service public dans le transport aérien. – Dans le transport aérien, plus précisément pour les compagnies aériennes, les obligations de service public sont prévues aujourd'hui par les articles 16 et 17 du règlement n°1008/2008 du 24 septembre 2008¹⁴⁶ (anciennement fixées à l'article 2 du règlement n°2408/92¹⁴⁷). Elles peuvent porter sur la continuité et la régularité du service, sur les

¹⁴⁴ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil*, J.O.C.E. du 3 décembre 2007, n° L 315/1.

¹⁴⁵ *Ib. Idem.*

¹⁴⁶ Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)*, J.O.U.E. du 31 octobre 2008, n° L 293/3.

¹⁴⁷ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires*, J.O.C.E. n° L 240 du 24 août 1992, pp. 8 et suiv.

capacités des aéronefs et sur les prix pratiqués. Toutefois les autorités administratives d'un État membre ne peuvent pas imposer de telles obligations à toutes les compagnies aériennes, quelles que soient les circonstances. L'article 16 du règlement précité précise en effet les conditions dans lesquelles une compagnie aérienne peut légalement se voir imposer de telles obligations. Ces conditions sont au nombre de trois. Premièrement, il faut que ces obligations concernent un service aérien régulier ; il ne peut donc pas s'agir de services à la demande ou saisonniers de type « charter ». Deuxièmement, il faut que les services aériens concernés relient des zones périphériques ou des zones de développement, ou encore des aéroports régionaux dès lors que les liaisons sont à faible trafic. Enfin, troisièmement, les services aériens objet d'obligations spécifiques de service public doivent être considérés comme vitaux pour le développement économique et social de la région desservie par l'aéroport.

Les services en escales, autre activité du transport aérien, peuvent également être grevés d'obligations de service public. La directive n°96/67/CE¹⁴⁸, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté, évoque dans son article 11, alinéa 3, « *l'obligation de service public* ». Ce texte est fort mal rédigé au demeurant, puisqu'il évoque « l'obligation » comme s'il n'y en avait qu'une, et qu'elle était connue à l'avance¹⁴⁹. Or ce n'est pas le cas. En réalité ce texte semble considérer que l'obligation en question peut être porteuse de plusieurs conditions spécifiques, alors qu'on parle habituellement d'« obligation » pour désigner une seule condition. Cela s'explique sans doute par le fait que le contenu de l'obligation de service public dans les services en escale est limité : elle porte en effet sur « *les conditions standard ou les spécifications techniques auxquelles les prestataires doivent se conformer* »¹⁵⁰. La catégorie des conditions standard est floue, et par conséquent potentiellement large ; en pratique cela concerne notamment les conditions de fonctionnement (continuité et régularité) et les prix des services en escales.

116. – Les obligations de service public dans le secteur gazier. – Dans le secteur de l'énergie gazière, l'idée d'obligation de service public est très répandue. Les

¹⁴⁸ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté, J.O.C.E. n° L 272 du 25 octobre 1996, pp. 36 et suiv.

¹⁴⁹ Cet alinéa de l'article 11 est ainsi rédigée : « *Après avoir informé la Commission, l'État membre concerné peut prévoir, parmi les conditions standard ou les spécifications techniques auxquelles les prestataires doivent se conformer, l'obligation de service public pour les aéroports desservant les régions périphériques ou des régions en développement faisant partie de son territoire, qui ne présentent pas d'intérêt commercial mais qui revêtent une importance capitale pour l'État membre concerné.* »

¹⁵⁰ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 précitée, article 11, al. 3.

obligations de service public sont prévues notamment par la directive n°2003/55/CE du 26 juin 2003¹⁵¹ qui reprend en cela l'idée générale de la directive n°98/30/CE du 12 juin 1998¹⁵² qu'elle remplace. Les obligations de service public portent sur la sécurité des installations et la sécurité d'approvisionnement en énergie gazière, sur la régularité, la qualité et le prix de la fourniture en gaz naturel, ainsi que sur la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat. Ces obligations semblent devoir s'imposer à toutes les entreprises qui interviennent en concurrence sur le marché du gaz naturel. Afin d'éviter que ces obligations créent une distorsion de concurrence, la directive du 26 juin 2003 précise que ces obligations « *sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises de gaz de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux.* »¹⁵³ Nous verrons que le droit français transpose assez fidèlement ces obligations de service public dans le droit français.

117. – Les obligations de service public dans le secteur électrique. – Dans le secteur de l'énergie électrique l'article 3, alinéa 2, de la directive n°2003/54/CE du 26 juin 2003¹⁵⁴ permet aux États membres d'imposer des obligations de service public aux entreprises du secteur de l'électricité. Ces obligations de service public, imposées dans l'intérêt économique général « *peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique et la protection du climat* »¹⁵⁵. Comme dans le secteur du gaz naturel, la directive précise que « *ces obligations sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux [...]* »¹⁵⁶. À la différence du service public dans le secteur du gaz naturel, il s'avère que le législateur français est resté totalement hermétique à la notion d'obligation de service public dans le secteur électrique.

¹⁵¹ Directive n°2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

¹⁵² Directive n°98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel*, J.O.C.E. du 21 juillet 1998, n° L 204, p. 1.

¹⁵³ Article 3, alinéa 2, de la directive n° 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

¹⁵⁴ Directive n°2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

§ 2.- Une notion sans équivalent en droit français

118. – La notion d’obligation de service public est l’objet de toutes les attentions de la part des instances européennes. Il n’en est pas de même en France, où le législateur notamment lorsqu’il s’agit de transposer les directives européennes est parfois réticent à utiliser cette notion. En France, la notion d’obligation de service public est rarement considérée pour elle-même, mais plutôt comme un simple indicateur de la présence du service public. Nous constatons que la notion d’obligation de service, peu utilisée, n’est pas l’objet d’un concept précis en droit français (A.-). Ceci explique les difficultés de transposition de cette notion européenne en droit interne (B.-).

A.- Une notion non conceptualisée en droit interne

119. – **Une expression rarement utilisée.** – En droit interne, l’expression « obligation de service public » ne semble renvoyer à aucune notion bien précise, et encore moins à un concept savamment élaboré. Nous l’avons trouvé employée parfois – rarement devrait-on dire – en jurisprudence. Or, il ne semble pas que son emploi par le juge administratif, ni que son interprétation par la doctrine administrative, soient lourds de sens précis. Cependant, un arrêt *Compagnie maritime de l’Afrique orientale*, rendu par le Conseil d’État le 5 mai 1944¹⁵⁷ a retenu toute notre attention. Il emploie l’expression « obligation de service public », dans un sens qui s’avère assez proche de celle utilisée en droit européen ; mais employée dans un contexte juridique fondamentalement différent, elle renvoie à une réalité bien différente.

120. – **L’arrêt Compagnie maritime de l’Afrique orientale.** – Le jour-même – 5 mai 1944 –, où celle-ci rendait le célèbre « grand arrêt » *Dame Veuve Trompier-Gravier*¹⁵⁸, la section du contentieux du Conseil d’État rendait également l’arrêt *Compagnie maritime*

¹⁵⁷ CE, Sect., 5 mai 1944, req. n° 66.679, *Compagnie maritime de l’Afrique orientale*, Rec. p. 129 ; S. 1945.3.15, concl. Bernard CHENOT ; D. 1944, p. 164, concl. Bernard CHENOT ; R.D.P. 1944, p. 236, concl. Bernard CHENOT, note Gaston JÈZE.

¹⁵⁸ CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Rec. p. 133 ; D. 1945, III, p. 110, concl. Bernard CHENOT, note Jean DE SOTO ; R.D.P. 1945, p. 256, concl. Bernard CHENOT, note Gaston JÈZE, GAJA, 16^e éd. 2007, n° 56, p. 357.

de l'*Afrique orientale* précité¹⁵⁹. Ces deux décisions ont pour point commun de porter sur une question de domanialité publique. En l'occurrence, l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* concerne l'utilisation du domaine public portuaire dans l'ancienne colonie de Madagascar.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : la Compagnie maritime de l'Afrique orientale exploitait un important outillage portuaire et du matériel flottant dans le port de Diego Suarez. Elle disposait pour ce faire d'une permission de voirie accordée sur la base d'un arrêté réglementaire et aux conditions fixées par un cahier des charges type annexé à l'arrêté réglementaire. Or, le gouverneur général de Madagascar institua un nouveau cahier des charges en 1939, et il imposa à toutes les installations ou exploitations existantes de demander sous délai une nouvelle autorisation d'installation ou d'exploitation conforme au nouveau cahier des charges. Celui-ci imposait notamment à tout permissionnaire de voirie, des obligations plus contraignantes quant à la qualité du service qu'il devait rendre sur le domaine public utilisé par lui. Bien évidemment, la compagnie portuaire mettait en doute la légalité de ces nouvelles dispositions au regard des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et des droits des titulaires d'une autorisation de voirie.

Dans son arrêt, le Conseil d'État a considéré que les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituaient des éléments du service public, à l'exécution duquel le domaine public maritime est normalement destiné. Ces activités, non soumises à monopole, devaient néanmoins faire l'objet d'autorisations préalables par l'administration. Or pour le Conseil d'État, celle-ci était habilitée à assortir ses autorisations d'obligations de service public portant aussi bien sur les conditions d'utilisation et d'exploitation commerciale des engins, que sur les règles relatives à la perception des taxes dans les limites fixées par des tarifs, et ce, afin « *d'assurer la satisfaction des besoins des usagers des ports de la colonie* »¹⁶⁰.

En résumé, par cette décision, le Conseil d'État jugeait qu'à l'occasion de l'octroi d'une autorisation d'utilisation du domaine public, l'administration peut soumettre de son propre chef une activité privée et concurrentielle à des obligations de service public. L'éclairage, apporté par les conclusions du commissaire du gouvernement Bernard Chenot sur cette affaire, permet de mieux comprendre tant la logique de cette

¹⁵⁹ CE, Sect., 5 mai 1944, req. n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. p. 129 ; S. 1945.3.15, concl. Bernard CHENOT ; D. 1944, p. 164, concl. Bernard CHENOT ; R.D.P. 1944, p. 236, concl. Bernard CHENOT, note Gaston JÈZE.

¹⁶⁰ CE, Sect., 5 mai 1944, req. n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. p. 129, précité.

jurisprudence que sa portée et notamment ce qu'il faut entendre selon lui par l'expression « obligation de service public ».

121. – L'analogie avec les obligations du concessionnaire. – Dans ces conclusions¹⁶¹, Bernard Chenot, distingue le problème juridique selon qu'il s'agisse de l'activité d'outillage ou de l'activité de transport.

Pour ce qui est de l'activité d'outillage (chargement, déchargement des navires, etc.), la question se pose d'un point de vue strictement domanial, à savoir, quels sont les pouvoirs dont dispose l'administration dans la gestion de son domaine, notamment quant aux conditions qu'elle peut exiger des permissionnaires dans l'utilisation du domaine. Dans la réponse qu'il soumet à la section du contentieux, Bernard Chenot est très clair : « rien ne s'oppose [...] à ce que le procédé de la permission de voirie marque l'origine de l'institution d'un service public. Le titulaire de la permission participe ainsi à l'exécution de ce service public dans la mesure où il utilise le domaine public. Sa situation juridique est différente de celle d'un concessionnaire, ses obligations peuvent être les mêmes »¹⁶². Ainsi, il est intéressant de noter que pour Bernard Chenot, les obligations de service public imposées ici dans le cadre d'une autorisation de voirie, doivent être assimilées à celles auxquelles un concessionnaire de service public doit se conformer. Cela suppose au préalable d'admettre l'érection de fait d'un service public par la collectivité publique dépositaire du domaine public. Il n'y a pas de concession possible, sans reconnaissance préalable de l'existence d'un service public.

En ce qui concerne l'activité de transport par chalands, la question se pose davantage sous l'angle du service public. Pour Bernard Chenot, dès lors qu'est exploité un service régulier de transport public dont le siège est le domaine public dédiée à la circulation et qui n'est donc pas soumis à autorisation préalable, l'administration peut néanmoins réglementer l'activité en cause. En effet, il insiste sur le fait « qu'un service régulier de transports publics ne peut pas être abandonné à l'entière fantaisie d'une initiative privée »¹⁶³. Cela lui semble d'autant plus évident qu'il constate que « la notion de service public se détache de l'étroite conception d'une entreprise administrative »¹⁶⁴. Le développement des services publics industriels et commerciaux, du fait notamment des nationalisations qui s'annonçaient à l'époque en application du programme du Conseil national de la Résistance, corrobore son point de vue. Il en conclut ceci : « Il est

¹⁶¹ CHENOT (Bernard), concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, D. 1944, III, pp. 15-17.

¹⁶² *Ibid.*, p. 16, 1^{ère} col.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 16, 2^{ème} col.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 16, 2^{ème} col.

*certain qu'un entrepreneur qui offre régulièrement ses services au public, sur une route ou dans un port, collabore par là même à l'exécution du service public que constitue l'exploitation de la route ou du port. La carence de l'entreprise ou son fonctionnement désordonné mettraient en péril les intérêts généraux dont l'administration a la charge au même titre que l'arrêt de n'importe quel service concédé »*¹⁶⁵. Cela justifie donc la décision du gouverneur de soumettre cette activité à autorisation préalable assortie d'obligations de service public spécifiques. Là encore, la création d'un service public justifie les obligations spécifiques imposées au permissionnaire de voirie.

122. – La comparaison avec la notion européenne d'obligation de service public.

– L'analyse de l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* nous montre que la notion d'obligation de service public se rapproche en partie de la notion contemporaine, mais diverge aussi sur quelques aspects fondamentaux.

En premier lieu, nous constatons plusieurs points de convergence. Tout d'abord, il s'agit d'obligations spécifiques imposées par l'administration à des opérateurs qui sont prestataires d'un service en concurrence. L'obligation de service public ne nécessite donc pas obligatoirement l'instauration d'un monopole. Ensuite, l'obligation de service public est imposée en vue de satisfaire les besoins des usagers ; c'est donc bien l'intérêt général qui motive son édicton. Enfin, l'obligation de service public peut porter sur des aspects très divers de l'activité en cause, qu'il s'agisse des conditions d'utilisation des engins aux règles relatives à la perception de taxe. Ce sont là des caractéristiques que l'on retrouve dans le cadre juridique contemporain des grands services en réseaux – quand bien même l'arrêt du 5 mai 1944 ne concerne pas un tel type de service.

Mais en second lieu, nous constatons une divergence fondamentale. En effet il n'apparaît pas, dans cet arrêt, que ce soit uniquement l'obligation spécifique imposée par l'administration qui porte le service public. Le Conseil d'État indique au contraire, et dès le début de son raisonnement que les activités en cause sont des « *éléments du service public* »¹⁶⁶. Autrement dit, la notion de service public recouvre l'ensemble des activités prestées, et de façon générique, dans une conception franco-française, on peut dire que ces activités constituent un « service public ». Et c'est bien parce qu'elles constituent un tel service public – c'est-à-dire une mission de service public –, que ces activités sont grevées d'obligations spécifiques dites de service public.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 16, 2^{ème} col.

¹⁶⁶ CE, Sect., 5 mai 1944, req. n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. p. 129, précité.

Ainsi, dans la jurisprudence administrative classique, l'obligation de service public n'est possible que dans la mesure où l'activité en cause se voit reconnaître au préalable la qualité de service public. Or, rien de tel en droit européen, puisque aucune activité ne peut se voir reconnaître cette qualité en soi. Il n'existe en effet dans le droit de l'Union européenne que des services d'intérêt généraux assortis, le cas échéant, d'une ou plusieurs obligation(s) de service public. Dans cette conception, si service public il y a, il ne se rapporte qu'à une obligation spécifique, laquelle est le seul vecteur de ce service public.

123. – *L'inexistence d'une théorie française de l'obligation de service public.* –

La doctrine ne s'est jamais emparée de la notion d'obligation de service public pour en faire un concept spécifique de prise en charge de l'intérêt général. L'idée d'obligation est généralement utilisée dans le sens que lui donne Bernard Chenot, dans les conclusions précitées, c'est-à-dire dans un sens équivalent aux obligations imposées à un concessionnaire de service public. L'obligation de service public n'existe que dans la mesure où l'activité en cause s'est vue préalablement reconnaître la qualité de service public. Dans la conception de la doctrine française, cette qualité est globale ou englobante ; toute l'activité est concerné par cette qualification. En aucun cas, dans la logique française, le service public ne pourrait avoir pour seul vecteur l'obligation de service public. Celle ne peut intervenir qu'en complément d'une qualification de service public préalable. Elle vient alors préciser les sujétions spécifiques auxquelles est soumis le prestataire du service en vue de garantir l'effectivité du service public reconnu. C'est pourquoi, certains auteurs peuvent parfois utiliser le terme obligation de service public pour désigner les principes ou les lois du service public.

B.- Une transposition contrastée de la notion en droit interne

124. – Deux secteurs d'activité de réseaux, l'énergie électrique et le transport ferroviaire, n'ont pas su transposer directement la notion d'obligation de service public dans la législation française sectorielle (1.-). En revanche, deux autres secteurs ont opéré cette transposition, à savoir l'énergie gazière et le transport aérien (2.-).

1.- Les secteurs marqués par une transposition confuse de la notion

125. – Énergie électrique. – La directive n°2003/54/CE du 26 juin 2003¹⁶⁷ autorise les États membres à imposer des obligations de service public aux entreprises du secteur de l'électricité¹⁶⁸. Elle succède à la directive de 1996¹⁶⁹ qui comportait une disposition similaire. Par ailleurs nous savons que l'Union européenne refuse d'utiliser l'expression « service public » qui selon elle n'a pas de sens précis. Enfin rappelons aussi que selon la directive susvisée de 2003, toute obligation de service public doit être clairement définie et transparente. Or, la loi du 10 février 2000 modifiée, transposant successivement les directives de 1996 et 2003, prend le contre-pied de ces prescriptions européennes. En effet, dans son article 1^{er} aujourd'hui codifié à l'article L. 121-1 du code de l'énergie, elle dispose que « *Le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national.* »¹⁷⁰ Il est précisé ensuite que ce service public de l'électricité assure trois missions principales : le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, enfin la fourniture d'électricité. Autrement dit, pour le législateur français, il n'a pas été possible d'exprimer avec toute la clarté nécessaire que « le » service public de l'électricité géré depuis 1946 par EDF avait vécu, et que nous devons aller vers un marché de l'électricité ouvert à la concurrence, en maintenant des obligations de service public ou de service universel lorsque l'intérêt général l'impose. La législation française donne l'illusion d'un service public unique, là où les activités sont éclatées et les opérateurs en concurrence.

Peut-on considérer néanmoins que cette transposition *a minima* de la directive européenne du 26 juin 2003¹⁷¹, en respecte bien l'esprit à défaut d'en reprendre la lettre ? Nous en doutons sérieusement. Selon nous cela dénote d'abord une conception française du service public dans le secteur de l'électricité, qui ne se départ pas d'une vision unifiée, pour ne pas dire monopolistique. Par ailleurs, se pose la question de savoir si cela suffit à considérer que les sujétions – obligations – de service public sont clairement définies pour donner lieu à compensation le cas échéant ? Tout dépend du

¹⁶⁷ Directive n°2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.

¹⁶⁸ Article 3, alinéa 2, de la directive.

¹⁶⁹ Directive n°96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*, J.O.C.E. du 30 janvier 1997, n° L 27, p. 20.

¹⁷⁰ Code de l'énergie, article L.121-1.

¹⁷¹ Directive n°2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, précitée.

degré d'interprétation, et donc de clarté, des dispositions législatives et réglementaires en cause. Mais quoi qu'il en soit, les apparences sont sauves, car le nouveau code de l'énergie inscrit les dispositions précitées dans une section consacrée aux « *Obligations assignées aux entreprises du secteur de l'électricité* »¹⁷², elle-même figurant dans un chapitre intitulé « *Obligations de service public assignées aux entreprises du secteur de l'électricité et du gaz* »¹⁷³. Au fond, le code de l'énergie se révèle donc ambigu : il annonce des obligations de service public dans le domaine de l'énergie électrique mais il évoque en réalité tout ce qui s'apparente clairement à des missions de service public. Ce sont des activités entières qui sont considérées comme un service public à part entière.

126. – Transport ferroviaire. – Dans le transport ferroviaire, la problématique est similaire, à la différence près que l'exigence de transposition est moindre, puisque le droit communautaire organise le cadre juridique des obligations de service public au travers d'un règlement et non d'une directive. Il s'agit du règlement (CE) n°1370/2007 du 23 octobre 2007¹⁷⁴, qui s'applique tel quel dans le droit français. Si aucune mesure de transposition n'est donc nécessaire, la législation et la réglementation française doivent cependant être compatibles avec ce cadre communautaire.

Or une fois de plus, la législation française est marquée en la matière du sceau de la confusion. Si la SNCF doit, en vertu de l'article 2141-1 du code des transports, « exploiter selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire de personnes sur le réseau ferré national », le code n'évoque pas encore de façon précise les obligations de service public qui s'appliquent ou non à la SNCF. Il n'est pas fait mention du règlement du 23 octobre 2007 précité, autrement qu'à l'article L. 1221-3 du code des transports¹⁷⁵, et implicitement à l'article L. 2121-12 de ce même code dont l'objet est d'articuler la liberté de cabotage des transporteurs ferroviaires internationaux

¹⁷² Code de l'énergie, Livre 1^{er}, Titre II, Chapitre 1^{er}, section 1^{ère}.

¹⁷³ Code de l'énergie, Livre 1^{er}, Titre II, Chapitre 1^{er}.

¹⁷⁴ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, J.O.C.E. du 3 décembre 2007, n° L 315/1.

¹⁷⁵ Selon cet article L. 1221-3 du code des transports, « *Sans préjudice des articles L. 2121-12 et L. 3421-2, l'exécution des services de transports public de personnes réguliers et à la demande est assurée, pour une durée limitée dans les conditions prévues par le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et 1107/70 du Conseil pour les services qui en relèvent, soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention avec l'autorité organisatrice.* »

avec les contrats de service public conclus par ailleurs¹⁷⁶. Le décret n°2010-932 du 24 août 2010¹⁷⁷ est plus disert et introduit de façon très nette le règlement européen dans le droit français. Sur ce point précis, il constituera l'armature de la partie réglementaire du code des transports. De fait aujourd'hui, au-delà du cahier des charges de la SNCF, ce sont les contrats de service public qui déterminent les activités ferroviaires de l'entreprise relevant du service public. Ainsi faut-il lire restrictivement l'article L. 2141-1 du code des transports, lequel ne vaut que pour les activités ferroviaires couvertes par un contrat de service public.

Plusieurs contrats de ce type existent aujourd'hui entre la SNCF et les autorités organisatrices des transports. Il en est ainsi des conventions conclues pour le transport express régional entre l'entreprise ferroviaire et les conseils régionaux. C'est aussi le cas de la récente convention conclue le 13 décembre 2010 entre l'État et l'entreprise publique, relative aux trains d'équilibre du territoire¹⁷⁸. Pour le moment ce système complexe aboutit au maintien partiel du monopole dont bénéficie la SNCF. Ceci est d'ailleurs clairement mentionné dans le préambule de la convention précitée du 13 décembre 2010¹⁷⁹. En revanche cette convention prise en application du règlement n°1370/2007 du 23 octobre 2007 n'utilise pas l'expression « obligation de service public », laquelle semble donc « bannie » du secteur ferroviaire en France. Nous demeurons donc dans l'illusion d'un secteur voué à demeurer sous une forme monopolistique, dominé par une entreprise d'État, alors que le cadre juridique

¹⁷⁶ Selon cet article L. 2121-12 du code des transports, « *Les entreprises ferroviaires exploitant des services de transport international de voyageurs peuvent, à cette occasion, assurer des dessertes intérieures à condition que l'objet principal du service exploité par l'entreprise ferroviaire soit le transport de voyageurs entre des gares situées dans des Etats membres de l'Union européenne différents. L'autorité administrative compétente peut limiter ces dessertes intérieures, sous réserve que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ait, par un avis motivé, estimé que la condition précitée n'était pas remplie. / Toute autorité organisatrice de transport ferroviaire compétente peut également limiter ou, le cas échéant, interdire ces dessertes intérieures, sous réserve que l'Autorité de régulation des activités ferroviaires ait, par un avis motivé, estimé que ces dessertes compromettent l'équilibre économique d'un **contrat de service public**. / Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.* »

¹⁷⁷ Décret n°2010-932 du 24 août 2010 *relatif au transport ferroviaire de voyageurs*, J.O.R.F. n° 0196 du 25 août 2010, page 15328, texte n° 2.

¹⁷⁸ Convention relative à l'exploitation des trains d'équilibre du territoire (TET) 2011-2013, signée le 13 décembre 2010, par Thierry Mariani, secrétaire d'État aux transports et Guillaume Pépy, président de la SNCF, accessible en ligne sur le site de l'ARAF.

¹⁷⁹ Préambule de la convention du 13 décembre 2010 : « *Dans le cadre du monopole dont elle bénéficie pour les services nationaux et interrégionaux de voyageurs, la SNCF exploite un ensemble de lignes desservies par trains Corail, Intercités, Corail TéoZ et Corail Lunéa. Dans la présente convention, de manière générique, ces relations et ces trains sont respectivement dénommés lignes d'équilibre du territoire (LET) et trains d'équilibre du territoire (TET). / Par la présente convention, le Gouvernement instaure un nouveau dispositif d'exploitation des trains d'équilibre du territoire, au sein duquel l'État assume le rôle d'autorité organisatrice de ce service public de transport de voyageurs.* »

communautaire cherche au contraire à ouvrir les marchés dans ce secteur d'activité, quand bien même seraient maintenues des sujétions particulières en vue de préserver l'intérêt général.

2.- Les secteurs marqués par la transposition claire de la notion

127. – Énergie gazière. – Dans le secteur de l'énergie gazière, le droit français transpose le mécanisme des obligations de service public prévu par la directive n°2003/55/CE du 26 juin 2003¹⁸⁰ par l'article 16 de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003¹⁸¹ et par le décret n°2004-251 du 19 mars 2004¹⁸².

Selon l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003, des obligations de service public sont imposées aux opérateurs de réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et aux exploitants d'installations de gaz naturel liquéfié, aux fournisseurs et aux distributeurs et aux titulaires de concessions de stockage souterrain de gaz naturel régies par le code minier. Ces obligations portent sur la sécurité des personnes et des installations en amont du raccordement des consommateurs finals, la continuité de la fourniture de gaz, la sécurité d'approvisionnement, la qualité et le prix des produits et des services fournis, la protection de l'environnement, en particulier l'application de mesures d'économies d'énergie, l'efficacité énergétique, le développement équilibré du territoire, la fourniture de gaz de dernier recours aux clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général, la fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité tel qu'institué par la loi, le maintien, conformément à l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles, d'une fourniture aux personnes en situation de précarité. Pour sa mise en œuvre, la loi prévoit que ces obligations varient selon les différentes catégories d'opérateurs dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État, sachant que celui-ci détermine également les modalités de contrôle du respect de ses obligations. Dans tous les cas, les obligations de service public qui s'imposent à tel ou tel opérateur sont précisées par les autorisations de fourniture ou de transport de gaz naturel, les concessions de stockage souterrain de gaz naturel, les cahiers des charges des concessions et les règlements des régies mentionnés au deuxième alinéa du II de

¹⁸⁰ Directive n°2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, *J.O.C.E.* n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

¹⁸¹ Loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie*, *J.O.R.F.* du 4 janvier 2003, p. 265.

¹⁸² Décret n°2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, *J.O.R.F.* du 21 mars 2004.

l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales. Le décret du 19 mars 2004 précité¹⁸³ détaille davantage ces obligations de service public.

128. – Transport aérien. – Dans le cas du transport aérien, la situation est mitigée. En ce qui concerne le transport de passagers, les obligations de service public sont prévues par le règlement (CE) n°1008/2008 du 24 septembre 2008¹⁸⁴ (qui reprend et modifie celui de 1992¹⁸⁵). Le code des transports utilise peu l'expression « obligation de service public » pour les transporteurs aériens. Tout juste est-elle évoquée à l'article L.6412-4 de ce code ; chose étrange d'ailleurs, puisque l'article L.330-3 du code de l'aviation civile l'utilisait explicitement¹⁸⁶. D'ailleurs, la partie réglementaire du code de l'aviation civile qui trouve encore à s'appliquer emploie la notion d'obligations de service public. En effet, son article R.330-7 dispose que « *Le ministre chargé de l'aviation civile peut décider, sur proposition de collectivités territoriales ou d'autres personnes publiques intéressées et sous réserve des compétences spécifiques attribuées à certaines d'entre elles, d'imposer des obligations de service public sur des services aériens réguliers dans les conditions définies à l'article 4 du règlement (CEE) n°2408/92 du 23 juillet 1992.* »¹⁸⁷ Le mécanisme des obligations de service public est mis en pratique par des arrêtés du ministre de l'aviation civile. Ces arrêtés définissent avec précision cette fois les obligations qui s'imposent aux opérateurs de transport aérien sur telle ou telle liaison aérienne intérieure.

Pour ce qui est des services en escale, la directive du 15 octobre 1996¹⁸⁸ met en place un mécanisme d'obligations de service public à l'initiative des pouvoirs publics, dans le cadre de la libéralisation du secteur. Le code des transports n'utilise pas l'expression « obligation de service public ». Dans sa partie législative, seul l'article

¹⁸³ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004, *op. cit.*

¹⁸⁴ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)*, *J.O.U.E.* du 31 octobre 2008, n° L 293/3.

¹⁸⁵ Règlement (CEE) n°2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires*, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, pp. 8 et suiv.

¹⁸⁶ Article L.330-3 du code de l'aviation civile : « *Les services de transport aérien public à l'intérieur du territoire national peuvent être exploités sans que soit conclue la convention prévue au II de l'article 7 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs. / Sous réserve des compétences attribuées à certaines collectivités territoriales, l'Etat peut déléguer tout ou partie de l'organisation de services de transport aérien intérieurs au territoire national soumis à des obligations de service public à une collectivité territoriale ou à une autre personne publique intéressée l'ayant demandé.* »

¹⁸⁷ Code de l'aviation civile, article R.330-7.

¹⁸⁸ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 *relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté*, *J.O.C.E.* n° L 272 du 25 octobre 1996, pp. 36 et suiv.

L.6326-1 pose le cadre très général applicable aux services d'assistance en escale¹⁸⁹. Dans l'attente de la publication de la partie réglementaire du code des transports, les articles R.216-1 et suivants du code de l'aviation civile qui organisent de façon plus précise le régime juridique des services d'assistance en escale s'appliquent. On remarque que ce secteur est essentiellement organisé en concurrence. Aucun système d'obligation de service public n'est explicitement envisagé ; ce qui ne veut toutefois pas dire que les opérateurs ne doivent pas respecter des conditions précises dans leurs prestations. Ces conditions ne sont cependant pas expressément qualifiées d'intérêt général ou de service public. Il est néanmoins prévu que la concurrence peut être limitée par le ministre chargé de l'aviation civile ; celui-ci peut en effet limiter le nombre de prestataires autorisés à fournir ces services (Cf. : article R.216-5 du code de l'aviation civile). Dans ce cas, les prestataires autorisés sont sélectionnés selon une procédure définie à l'article R.216-16 du code de l'aviation civile¹⁹⁰. Nous constatons que la réglementation française des services en escale reprend l'idée d'obligation de service public sous sa forme basique de droits exclusifs accordés aux opérateurs désirent accéder à un marché. Elle le fait de façon limitée, et sans évoquer l'expression « obligation de service public », mais en accord avec la directive de 1996¹⁹¹.

129. – D'une façon générale, le droit français paraît réticent à transposer directement la notion d'obligation de service public contenue dans la législation européenne.

130. – Nous pouvons affirmer que le droit français se montre plutôt réticent à transposer directement la notion d'obligation de service public contenue dans la législation européenne. Pourtant en approfondissant cette étude, nous constatons l'apparition d'un véritable concept d'obligation de service public. Concept qui, s'il repose sur des bases solides et devenant ainsi un concept opérationnel, devra nécessairement tôt ou tard, être pris en compte par le droit français. Il convient donc dans l'immédiat

¹⁸⁹ Article L.6326-1 : « *Sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique dont le trafic excède un seuil fixé par décret, les services d'assistance en escale sont fournis par les transporteurs aériens, les exploitants d'aérodromes et les entreprises agréés à cet effet. Les conditions qui leur sont imposées ainsi que les conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut limiter leur nombre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.* »

¹⁹⁰ Cette procédure non applicable au gestionnaire de l'aérodrome et aux sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement, ou qui le contrôle directement ou indirectement

¹⁹¹ Directive n°96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté, *J.O.C.E.* n° L 272 du 25 octobre 1996, pp. 36 et suiv.

d'analyser l'émergence de ce nouveau concept au sein du droit européen des services d'intérêt général.

Section 2.- L'émergence d'un concept autonome en droit de l'Union européenne

131. – L'émergence du concept d'obligation de service public n'est pas fortuite. Elle intervient en parallèle de la libéralisation des services en réseaux, afin de préserver l'intérêt général – ou certains aspects de celui-ci – qui s'attache à ces services. Ce concept agit donc comme un moyen de maintenir présent « l'intérêt public » au sein de services ouverts à la concurrence. En effet, le concept d'obligation de service public s'avère particulièrement adaptée à une vision du service public rendu dans le cadre d'un marché concurrentiel. L'« obligation de service public » est souple, elle porte sur un objet précisément déterminé et n'est relative qu'à son objet. Elle ne vise pas à emporter l'application d'un régime juridique autre que ce qu'elle détermine. Bref, elle n'a pas, semble-t-il un effet aussi vaste que la notion de « mission de service public », que nous avons coutume d'utiliser en France.

132. – Quand bien même il existe encore des imprécisions sur ce point, tant le droit apparaît parfois fluctuant, notre conviction est que le droit européen opère une distinction de plus en plus nette et opérationnelle entre mission et obligation de service public. La doctrine officielle de la Commission européenne contient plusieurs éléments de définition du concept d'obligation de service public dont l'analyse permet de préciser les contours de ce concept. Nous distinguerons tout d'abord l'obligation de service public des principes du service public ou « Lois de Rolland » (§1), puis nous analyserons les prémisses du concept (§2), afin d'en donner une définition plus précise (§3).

§ 1.- La distinction entre l'obligation de service public et les principes du service public

133. – Il existe une propension importante dans la doctrine juridique administrative française à amalgamer la notion d'obligation de service public présente dans le langage juridique européen et les principes du service public, que l'on connaît aussi sous la dénomination de « Lois de Rolland ». Par exemple, Fabienne Peraldi-Leneuf évoquait

dans un article publié en 1998 « *les obligations de service public en tant que "loi" du service public* »¹⁹². Cette assimilation se retrouve aussi dans un certain nombre de thèses, notamment celles de Stéphane Rodrigues¹⁹³ et de Valérie Martinez-Jorda¹⁹⁴. Il est vain de recenser dans la doctrine tous les écrits où cette assimilation est réalisée, tant leur nombre rendrait la tâche improbable. Certes, cela indique bien l'existence d'une convergence des notions que nous ne remettons pas en cause. Mais nous pensons que cette convergence n'est pas totale, il n'y a donc pas à proprement parler assimilation, mais plutôt rapprochement entre les deux notions. En effet, selon nous, les différences qui existent entre obligation et "loi" de service public et que les auteurs précités repèrent également, révèlent en réalité des divergences fondamentales.

134. – S'il est vrai qu'une convergence est identifiable entre les deux notions (A.-), il n'en demeure pas moins qu'il existe aussi des divergences fondamentales qui permettent de les distinguer nettement (B.-).

A.- La convergence partielle avec les principes du service public

135. – ***Des conditions de fonctionnement du service.*** – La convergence entre la notion d'obligation de service public et les principes du service public n'est pas qu'une simple vue de l'esprit. Plusieurs éléments tangibles permettent d'en établir la réalité. En effet, fondamentalement, l'obligation de service public – tout comme le principe du service public –, visent à garantir l'intérêt général qui s'attache à un service donné. Pour ce faire, ils correspondent à des exigences particulières qui sont imposées au fournisseur du service et que celui-ci doit impérativement respecter. Principes et obligations de service public sont donc tous deux des conditions obligatoires de fonctionnement du service. Ils sont exigés du fournisseur du service par l'autorité publique, soit directement en imposant une obligation de service public, soit plus indirectement en qualifiant le service de service public et en assumant sa prise en

¹⁹² PERALDI-LENEUF (Fabienne), « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg, 17(19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, sous la direction de Robert KOVAR et de Denys SIMON, Paris, La Documentation française, 1998, T. 2, p. 381.

¹⁹³ RODRIGUES (Stéphane), *La nouvelle régulation des services publics en Europe (énergie, postes, télécommunications et transports)*, Londres, Paris, New-York, 2000, Ed. Tec & Doc, 694 pp.

¹⁹⁴ MARTINEZ-JORDA (Valérie), *Service public et droit communautaire : les mutations européennes de la notion française*, Thèse de droit public sous la direction de Jean-Louis Autin, Université de Montpellier I, 2007, 855 pp.

charge. Dans ce cas, les principes du service public dont le principe de continuité, trouvent à s'appliquer. Ainsi, la continuité, l'égalité d'accès, l'accessibilité, sont des conditions de fonctionnement du service, tout comme la capacité en siège d'un avion ou la sécurité d'approvisionnement en énergie, ou encore la qualité du service. Peu importe ici leur origine, principe ou obligation de service public, ce qui domine c'est qu'il s'agit d'exigences imposées au fournisseur du service et que celui-ci doit respecter. À ce titre, il y a bien convergence entre les traditionnels principes du service public et la notion contemporaine en droit de l'Union européenne d'obligation de service public.

136. – Des conditions de régulation de la prestation du service. – Il est par ailleurs possible de pousser plus loin la comparaison entre la notion d'obligation de service public et les principes du service public. Ces conditions de fonctionnement du service contribuent à la régulation des opérateurs fournissant le service. En ce sens, Stéphane Rodrigues a raison de rappeler que les obligations de service public sont un élément de régulation des entreprises prestataires de service, quelles soient privées ou publiques ; cette régulation ayant pour objectif de garantir l'intérêt général. Précisément, il considère que « *le régime des obligations de service public devient un élément à part entière de la régulation des entreprises de service public, qu'elles soient publiques ou privées. Il permet ainsi d'élargir le champ de la régulation publique, ou du moins d'éviter qu'il ne se réduise au fur et à mesure que la gestion d'activités de service public est confiée à des entreprises privées ou récemment privatisées* »¹⁹⁵. De même, la théorie de Rolland s'est parfaitement adaptée à l'émergence des services publics industriels et commerciaux, pour en devenir aussi une sorte de régulateur. Rappelons en effet qu'à l'origine la théorie du service public industriel et commercial permettait de soustraire certains services publics à la gestion publique et à l'application d'un régime juridique de droit public, pour leur appliquer les règles communes du droit privé. Or pour éviter que ces services publics – services dont il était reconnu qu'ils étaient en charge d'un intérêt général – ne soient totalement soustraits à la régulation publique, Louis Rolland, a été de ceux, comme Roger Bonnard, qui ont milité pour l'application des trois lois essentielles du service public aux services publics à « gestion privée », pour les démarquer des entreprises purement privées¹⁹⁶. Outre que cela a permis de sauver « l'école du service public »,

¹⁹⁵ RODRIGUES (Stéphane), *La nouvelle régulation des services publics en Europe (énergie, postes, télécommunications et transports)*, Londres, Paris, New-York, 2000, Ed. Tec & Doc, p. 370.

¹⁹⁶ Cela a été rappelé par Laurent Bézie en 2003, dans un mémoire de DEA de droit public interne de l'université de Paris-II Assas (Cf. : *Louis Rolland, théoricien du service public*, Mémoire de DEA de droit public interne, sous la direction du professeur Jean-Jacques Bienvenu, Université de Paris-II Panthéon Assas, 2003, 92 pp., spéc. p. 51), et par le professeur Fabrice Melleray dans un article publié en 2007 (Cf. : « Retour sur les lois de Rolland »,

cela a surtout permis de continuer de réguler certaines activités qui intéressaient de près l'intérêt général, et qui de ce fait ne pouvaient être entièrement laissées à l'initiative privée et donc au marché ; les principes du service public ont ainsi constitué un moyen de réguler certaines activités industrielles et commerciales qui contribuaient à l'intérêt général. Dès lors, peut s'appliquer aux lois de Rolland ce qu'écrivait Stéphane Rodrigues à propos de l'obligation de service public : la théorie des lois du service public a permis « *d'élargir le champ de la régulation publique, ou du moins d'éviter qu'il ne se réduise au fur et à mesure que la gestion d'activités de service public est confiée à des entreprises privées* »¹⁹⁷.

137. – Cette convergence réelle entre obligations de service public et principes du service public ne doit pas masquer selon nous des divergences profondes entre les deux notions.

B.- Les divergences fondamentales avec les principes du service public

138. – Il existe des différences fondamentales entre l'obligation de service public et les Lois de Rolland, différences qui, à notre sens, doivent nous garder de toute assimilation entre les deux notions. Ces différences sont de deux ordres. La première d'entre elles est liée au fait que ces notions répondent à deux logiques fondamentalement différentes ; la deuxième différence est liée à la présence de deux ordres juridiques distincts qui n'intègrent pas de façon identiques les concepts et notions en cause.

139. – Des notions ayant une portée différente. – Ce qui distingue fondamentalement selon nous l'obligation de service public des principes du service public, réside en ce que ceux-ci ont une portée générale et absolue tandis que l'obligation de service public a une portée beaucoup plus restreinte car limitée à une catégorie de service ou de prestation.

in *Le droit administratif. Permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Paris, Dalloz, 2007, pp. 709-722).

¹⁹⁷ RODRIGUES (Stéphane), *La nouvelle régulation des services publics en Europe (énergie, postes, télécommunications et transports)*, Londres, Paris, New-York, 2000, Ed. Tec & Doc, p. 370

En effet, la théorie de Rolland consiste à dire que toutes les activités qui se voient reconnaître la qualification de service public, doivent respecter ces principes fondamentaux que sont la continuité, l'égalité et la mutabilité. Aucune dérogation n'est possible. Il peut certes y avoir des souplesses dans l'interprétation des dits principes, mais il n'y a pas d'exemption à leur application. Un service public reconnu comme tel, sera en théorie toujours modifiable (principe de mutabilité), toujours régulier dans son fonctionnement (principe de continuité) et toujours accessible (principe d'égalité). Dans les faits, l'effectivité de ce caractère absolu dépendra beaucoup de la volonté politique de l'autorité publique pour faire respecter ces principes fondamentaux du service public. En revanche, les obligations de service public n'ont pas la même portée. Alors que la portée des principes du service public est générale, la portée des obligations de service public est beaucoup plus relative. En effet, ces obligations ne s'appliquent qu'en vertu d'un acte juridique de la puissance publique qui les impose à un opérateur de service (alors que les principes du service public s'imposent même sans texte). De plus, l'obligation de service public ne s'impose qu'à une activité précisément délimitée. Son champ d'application est connu d'avance, et il est forcément limité, alors que le principe du service public s'applique à toute activité labellisée « service public ». Enfin, l'obligation de service public est sectorielle. Il n'existe pas d'obligation de service public transversale. Toute obligation est définie par rapport à une activité donnée, dans un secteur réglementé donné. Ce qui est très différent des principes du service public qui s'appliquent à toute activité relevant de tout secteur, dès lors qu'elle a bien la qualité de service public.

140. – Les principes du service public présentent donc une universalité que n'ont pas les obligations de service public. Une auteure comme Fabienne Peraldi-Leneuf l'avait d'ailleurs remarqué. En effet, elle considérait qu'« *alors que les obligations de service public, en tant que "lois" du service public, ont, en droit interne, une vocation à l'universalité, le droit communautaire comporte des spécificités. L'enrichissement qualitatif qui le caractérise conduit à envisager une application sectorielle et proportionnée de ces obligations* »¹⁹⁸. Cette « vocation à l'universalité » est une des caractéristiques fondamentales des lois du service public. Ces lois sont en effet universelles, dans la mesure où elles s'appliquent à tout service public, quelle que soit sa catégorie (administratif ou industriel et commercial), et applicable sans texte, comme

¹⁹⁸ PERALDI-LENEUF (Fabienne), « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg, 17(19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, sous la direction de Robert KOVAR et de Denys SIMON, Paris, La Documentation française, 1998, T. 2, p. 381.

tout principe général du droit. Les lois du service public sont des sujétions qui s'imposent d'elle-même, dès lors que l'activité est qualifiée de service public compte tenu de l'intérêt général qui s'y attache ; en revanche, les obligations de service public sont des sujétions qui sont imposées à un activité bien que celle-ci ne soit pas qualifiée de service public.

141. – Cette première divergence est fondamentale selon nous, et ne souffre aucun arrangement conceptuel possible. Si bien qu'en définitive, il est impossible de confondre les obligations de service public avec les principes du service public.

142. – *Des notions issues de deux ordres juridiques distincts.* – La problématique des obligations de service public est à cheval entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne. Or, en l'occurrence, et c'est toute la difficulté qui nous préoccupe, il n'y a pas intégration totale de l'un dans l'autre. D'abord, si l'expression « obligation de service public » se rencontre en droit français, on sait qu'il n'a jamais été conceptualisé. Seul le droit européen semble vouloir en faire un concept à part entière. Ensuite, et c'est essentiel, la notion de « service public » existe en droit interne, mais elle est récusée dans le droit de l'Union européenne ; au regard de cet ordre juridique, aucun service ne peut recevoir expressément la qualification de « service public ». Or beaucoup d'auteurs semblent facilement oublier cette distinction des ordres lorsqu'ils évoquent le service public. En effet, ils ont tendance à considérer que puisque l'on parle d'obligation de service public, le terme service public, renvoie forcément à la notion existante en droit interne, d'où l'assimilation ensuite avec les Lois de Rolland. Or, la notion communautaire d'obligation de service public, ne peut pas, par essence, renvoyer à la notion française de service public. La notion française n'ayant aucune reconnaissance en droit communautaire, et n'y est donc pas opérationnelle.

§ 2.- Les prémisses du concept

143. – Le concept d'« obligation de service public » que nous proposons d'identifier clairement, repose sur l'analyse des législations sectorielles et de la doctrine exprimée par la communication de la Commission européenne en date du 26 septembre 1996, intitulée « Les services d'intérêt général en Europe »¹⁹⁹, et sur les textes postérieurs, tels

¹⁹⁹ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, pp. 3-12.

le Livre vert de 2003²⁰⁰ et le Livre blanc de 2004²⁰¹, ou encore la communication du 20 novembre 2007²⁰². Nous avons ainsi dégagé trois caractéristiques essentielles de l'obligation de service public, qui nous permettront d'en donner ensuite une définition plus précise : celle-ci est imposée dans l'intérêt général (A.-), par les pouvoirs publics (B.-) dans le but de permettre le cas échéant des compensations financières (C.-).

A.- Une obligation imposée dans l'intérêt général

144. – Garantir le cœur du service d'intérêt général – Dans sa communication du 26 septembre 1996, la Commission européenne expliquait que « *c'est dans le but de favoriser ou de permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général que des obligations de service public spécifiques peuvent être imposées par l'autorité publique à l'organisme de production du service* »²⁰³. Le Livre vert, comme le Livre blanc, opère le lien entre l'intérêt général et l'obligation de service public dans la définition même des notions de service d'intérêt général²⁰⁴ et de service d'intérêt économique général²⁰⁵. Dans sa communication de 2007, la Commission rappelle ce lien qui semble indéfectible,

²⁰⁰ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, 68 pp.

²⁰¹ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, 29 pp.

²⁰² Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, 15 pp.

²⁰³ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 3, § 4. – La Commission ajoute, plus loin dans cette communication : « *En outre, des obligations de service public peuvent également être imposées, à certaines conditions, pour des raisons d'intérêt général telles que l'aménagement du territoire, la sécurité d'approvisionnement et l'environnement* » (Cf. : p. 7, § 31).

²⁰⁴ « *L'expression «services d'intérêt général» ne se trouve pas dans le traité lui-même. Elle découle dans la pratique communautaire de l'expression «service d'intérêt économique général» qui est, elle, utilisée dans le traité. Elle a un sens plus large que l'expression précitée et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* ». Cf. : Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 7, § 16.

²⁰⁵ « *L'expression «services d'intérêt économique général» est utilisée aux articles 16 et 86, paragraphe 2, du traité. Elle n'est pas définie dans le traité ou dans le droit dérivé. Cependant, dans la pratique communautaire, on s'accorde généralement à considérer qu'elle se réfère aux services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public* ». Cf. : *Ib. Idem*, p. 7, § 17.

entre « *les services d'intérêt général [...], que les autorités publiques [...] soumettent à des obligations spécifiques de service public* »²⁰⁶. L'obligation de service public s'impose dans le cadre d'un service d'intérêt général donné, en vue de garantir certains aspects de l'intérêt général de ces services.

Il convient certes de noter que la Commission ne définit nullement de façon précise ceux des services qui peuvent recevoir la qualification de service d'intérêt général. Dans son Livre vert, la Commission se refuse de donner une définition européenne globale de cette notion et de son contenu. Elle identifie toutefois des éléments communs aux différents secteurs en réseaux qui « *peuvent servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt économique général* »²⁰⁷. Selon elle, « *ces éléments comprennent notamment le service universel, la continuité, la qualité du service, l'accessibilité tarifaire ainsi que la protection des utilisateurs* »²⁰⁸. Or, dans la mesure où, elle considère que « *ces éléments communs mettent en évidence les valeurs et les objectifs communautaires [...] ils ont été traduits en obligations dans les législations applicables et visent à garantir des objectifs tel que l'efficacité économique, la cohésion sociale ou territoriale et la sécurité de tous les citoyens.* »²⁰⁹ Bien évidemment sont visées ici les obligations de service public. Ces obligations visent à garantir la part de l'intérêt général qui s'avère essentiel dans le cadre du service considéré et qui justifie que celui-ci soit qualifié de service d'intérêt général (au sens européen du terme). Il est possible d'affirmer que l'obligation de service public vise à garantir le cœur du service d'intérêt général. Dès lors, il n'est pas illogique que cette prérogative incombe aux pouvoirs publics.

B.- Une obligation imposée par les pouvoirs publics

145. – Le rôle des pouvoirs publics. – En 1996, il est déjà acquis dans la doctrine de la Commission européenne que ce sont les autorités publiques qui sont habilitées à déterminer les obligations de service public auxquelles sont assujettis des services d'intérêt général, sans que cela ne contredise la prestation de ces mêmes services par des entreprises privées. En effet, comme elle l'écrit dans son Livre blanc, « *si la*

²⁰⁶ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, p. 4.

²⁰⁷ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 16, § 49.

²⁰⁸ *Ib. Idem*, p. 16, § 49.

²⁰⁹ *Ib. Idem*, p. 16, § 49.

fourniture des services d'intérêt général peut être organisée en coopération avec le secteur privé ou confiée à des entreprises privées ou publiques, la définition des obligations et missions de service public, en revanche, reste du ressort des pouvoirs publics à l'échelon approprié »²¹⁰. Apparaît ici le principe de subsidiarité, auquel la Commission semble vouloir donner toute sa place dans cette matière.

146. – Application du principe de subsidiarité. – La Commission a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les États membres se voient implicitement reconnaître le droit, par l'article 106 § 2 du traité (ex-article 86 § 2), d'imposer des obligations spécifiques de service public aux opérateurs économique²¹¹. D'une façon générale, la Commission estime d'ailleurs qu'il « *appartient essentiellement aux autorités compétentes sur le plan national, régional et local de définir, organiser, financer et contrôler les services d'intérêt général* »²¹². Selon elle, en l'absence d'harmonisation communautaire, « *les États membres bénéficient d'une grande latitude* » pour fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement des services d'intérêt général. Cette « latitude » est toutefois plus réduite en cas d'harmonisation communautaire. Les services en réseaux en donne une illustration.

En effet, très logiquement et sans méconnaître ledit principe de subsidiarité, la Commission européenne réserve à l'Union européenne la possibilité d'intervenir directement dans l'organisation des services d'intérêt général. Ainsi, dans le Livre vert, elle admet que « *la création d'un cadre sectoriel au niveau communautaire ne garantit pas l'accès de chacun à des services performants et de qualité dans l'ensemble de l'Union* »²¹³. Elle tire alors la conclusion qu'« *il appartient aux autorités compétentes des États membres de préciser et compléter les règles communautaires relatives aux obligations de service public, et d'en contrôler l'application* »²¹⁴. C'est au fond une règle de bon sens.

Pour terminer sur ce point, il convient de remarquer que si les États membres peuvent compléter et préciser les obligations de service public dans les grands services en réseaux, la Commission souhaiterait qu'ils le fassent avec clarté. Car pour elle, cela va de paire avec le principe de transparence applicable aux compensations de service

²¹⁰ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 5, « 2.2. Une responsabilité pour les pouvoirs publics ».

²¹¹ Livre vert, p. 9, § 29. – Livre blanc, p. 6.

²¹² Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 6, « 2.3. Une responsabilité partagée entre l'Union et ses États membres ».

²¹³ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 12, § 33.

²¹⁴ *Idem.*

public²¹⁵. Or, il est clair que pour la Commission européenne, la notion d'obligation de service public permet de justifier la compensation financière des exigences d'intérêt général que le fonctionnement normal du marché ne pourrait supporter.

C.- Une obligation financièrement compensable

147. – Une obligation financièrement compensable. – Comme l'écrit la Commission à propos des services en réseaux, dans sa communication du 20 novembre 2007²¹⁶, « *l'ouverture progressive de ces secteurs à la concurrence est allée de pair avec la définition, pour chaque secteur, d'un certain nombre d'obligations de service public couvrant des aspects comme le service universel, les droits des consommateurs et des usagers, ainsi que les préoccupations de santé et de sécurité* »²¹⁷. Ainsi, la notion d'obligation de service public semble avoir été promue par la Commission européenne, dans le but de garantir les usagers d'une éventuelle perte d'intérêt général de ces services en réseaux à l'occasion de leur ouverture à la concurrence.

Inversement, la Commission souhaite que les obligations de service public imposées à une activité donnée garantissent l'effectivité de la concurrence dans cette activité. Elle l'exprimait clairement dans sa communication du 20 septembre 2000²¹⁸ : « *Les pouvoirs publics peuvent décider d'imposer des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs d'un marché donné ou, dans certains cas, de désigner un seul opérateur, ou un nombre limité d'opérateurs, auxquels ils imposent des obligations spécifiques, sans leur accorder de droits spéciaux ou exclusifs. Ce faisant, on favorise la concurrence le plus possible, et les usagers conservent une très grande liberté quant au choix du prestataire* »²¹⁹. Une dizaine d'années plus tard, la Commission européenne ne s'est pas départie fondamentalement de cette conception. Durant ces années, elle a plutôt œuvré, notamment au travers de son Livre blanc de 2004, à clarifier et simplifier le cadre juridique relatif à la compensation des obligations de service public. C'est ainsi

²¹⁵ « *Il serait bon que les États membres aident la Commission à appliquer le nouveau cadre juridique, notamment en définissant clairement les obligations de service public et en appliquant des règles transparentes en matière de compensation* ». Cf. : Livre blanc, p. 15, encadré.

²¹⁶ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, 15 pp.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁸ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, 40 pp.

²¹⁹ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, p. 9, § 15.

qu'elle a adopté le 28 novembre 2005 une décision concernant les aides d'État sous forme de compensation de service public²²⁰. Cette décision tente de donner un cadre juridique stable à l'interprétation de l'article 86 § 2 du TCE, à la suite de l'arrêt *Altmark* de la Cour de justice²²¹.

Par la suite, sans remettre en cause cette position doctrinale, la Commission européenne a adopté une approche prenant mieux en considération les spécificités des services sociaux d'intérêt général, lesquels bien évidemment ne recouvrent pas les activités de réseaux ici étudiées. Dans cette optique, la Commission a adopté les deux communications de 2006²²² et 2007²²³.

§ 3.- Un essai de définition précise du concept d'obligation de service public

148. – Aboutissement logique du cheminement mené tout au long de cette deuxième section, la synthèse de l'ensemble des éléments qui y ont été abordés précédemment doit nous permettre de donner une définition de la notion d'obligation de service public en droit de l'Union européenne. Cette définition se voudra un peu plus précise que celle figurant dans les textes de la Commission européenne. En effet, il résulte de l'incomplétude de ceux-ci que la définition qu'ils donnent de l'obligation de service public ne reflète pas l'entière réalité de ce qu'elle est, notamment d'un point de vue fonctionnel.

149. – Le caractère incomplet de la définition officielle. – La Commission européenne donne depuis le Livre vert de 2003 une définition sommaire de la notion d'obligation de service public. Selon ce texte, « *l'expression « obligations de service public » [...] désigne les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt*

²²⁰ Décision de la Commission du 28 novembre 2005, *concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, J.O.U.E. du 29 novembre 2005, n° L. 312, pp. 67-73.

²²¹ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c./ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Aff. C-280/00, Rec. 2003, pp. I-7747 et suiv. ; R.T.D.eur. 2004, p. 185, note Stéphane BRACQ, p. 33 ; note Michaël KARPENSCHIF, L.P.A. 30 mars 2004, n°64, p. 4.

²²² Communication de la Commission, « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne* », COM(2006) 177 final, 26 avril 2006, 11 pp.

²²³ Communication de la Commission, « *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen* », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, 15 pp.

*public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional »*²²⁴. Il ressort de cette définition que l'obligation de service public est imposée par des pouvoirs publics en vue de garantir l'intérêt public. Si cette définition a été confirmée par les textes doctrinaux postérieurs de la Commission, ceux-ci viennent en délimiter davantage les contours. Nous disposons alors d'un peu plus de précision quant à l'intérêt général en jeu. De même qu'est donné plus de précisions sur l'aptitude des pouvoirs publics à imposer de telles obligations.

150. – L'oubli majeur : un élément incontournable des mécanismes de compensation financière. – Selon nous, la définition donnée de l'obligation de service public par la Commission européenne oublie de signifier une part essentielle de ce qui justifie une telle obligation : elle omet de préciser que l'obligation de service public s'insère dans une logique de marché. Les obligations de service public sont imposées à des activités prestées en concurrence, afin de garantir une prise en compte minimale de l'intérêt général. Ainsi, dans un contexte où le monopole de service public est voué à être une simple exception au principe de la concurrence, l'intérêt général, inhérent à ces grands services en réseaux, continue d'être reconnu et pris en charge au travers des obligations de service public prévues et organisées par les textes. Or, nous savons bien que la prise en charge de l'intérêt général peut s'avérer contraire à l'équilibre économique de l'activité en cause. C'est pourquoi, il convient de pouvoir organiser un mode de financement spécifique, en dehors du marché. Or, l'obligation de service public peut justifier, par son existence, un droit à compensation financière. L'obligation de service public est alors l'alliance improbable entre une logique de marché et une logique d'intérêt général.

151. – Les éléments d'une définition plus complète. – L'analyse des divers éléments étudiés précédemment, nous autorise à donner la définition suivante de l'obligation de service public : elle est une condition spécifique de fonctionnement d'un service normalement concurrentiel. Elle est imposée par une personne publique au prestataire du service, en raison de l'intérêt général que présente l'activité concernée. Elle justifie, le cas échéant, une compensation financière au bénéfice du prestataire du service, pour compenser le déséquilibre économique qu'elle génère.

²²⁴ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 7, § 20.

Chapitre 2.- La conception du service public revisitée

« Si nous ne réfléchissons pas à une vision moderne du service public, il va tomber en désuétude en se sclérosant sur la conception de 1946 qui n'est plus totalement adaptée à notre époque ».

Louis GALLOIS²²⁵

152. – Propos introductif du Chapitre 2 – La « révolution copernicienne qu'évoquait » le professeur Louis Dubouis²²⁶, nous oblige aujourd'hui à repenser notre conception du service public dans les activités de réseaux. Nous ne pouvons plus feindre l'ignorance d'un changement radical de paradigme dans les services en réseaux. Nous devons prendre conscience de cette révolution silencieuse que constitue la notion d'obligation de service public, véritable concept à part entière et fer de lance de la libéralisation des services d'intérêt économique général. Or, le service public qui s'attache à l'obligation de service public ne correspond plus à la conception du service public qui prévalait en France dans les activités de réseaux avant le processus européen de libéralisation de ces activités. Le service public est de nos jours beaucoup plus limité et précis. Aussi, nous devons chercher à mieux comprendre les ressorts de ces changements, afin d'identifier les nouveaux contours du service public dans ces activités de réseaux.

153. – Au fond, nous recherchons une définition européenne du service public (Section 1.-), qui nous permet d'identifier l'avènement d'un service public libéralisé (Section 2.-), lequel est en contradiction avec la vision nationalisée du service public à laquelle il faut renoncer aujourd'hui en France (Section 3.-)

²²⁵ GALLOIS (Louis), « SNCF : une définition moderne du service public. Entretien », *Le Débat*, 2005/2, n°134, p. 71.

²²⁶ DUBOUIS (Louis), « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 293-306.

Section 1.- Une approche clarifiée de la conception européenne du service public

154. – L'objectif de l'Union européenne est d'introduire la concurrence dans les services d'intérêt économique général, afin d'ouvrir les marchés dans chacun des secteurs concernés, ceci pour favoriser la création de richesses et pour améliorer le service rendu aux usagers. Pour autant, l'intérêt général n'est pas absent des préoccupations politiques de l'Union européenne. Bien que souhaitant la concurrence la plus grande possible entre les opérateurs sur les marchés, elle ne tient pas nécessairement à ce que l'intérêt général soit laissé pour compte.

§ 1.- Les fonctions de la notion européenne de service public

155. – Le service public porté par la notion d'obligation de service public a une fonction bien précise dans le cadre de la politique de l'Union européenne en matière de service d'intérêt économique général. D'une part en effet, il vise – classiquement – à garantir des exigences d'intérêt général ; sauf qu'en ce domaine, les garanties qu'il offre sont en réalité des garanties minimales, ou en tout cas moindres au regard de la pratique française du service public (A.-). D'autre part, il vise à permettre la compensation financière des surcoûts qu'engendrerait la prise en charge de l'intérêt général en cause (B.-).

A.- Prendre en charge l'intérêt général

156. – La prise en compte de l'intérêt général par l'obligation de service public résulte de la définition même donnée à celle-ci depuis le Livre vert de 2003. Rappelons en effet, que pour la Commission européenne, l'obligation de service public est imposée à un fournisseur par une autorité publique « *afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public* ». Il ne semble pas y avoir de distinction précise à opérer entre l'intérêt public mis en avant par cette définition et l'intérêt général. Remarquons que la définition de la notion d'obligation de service public contenue dans l'un des textes européens les plus récents reste à quelques nuances près dans la ligne de la définition apportée en 2003. Dans le règlement n°1370/2007 du 23 octobre 2007, le Parlement et le Conseil définisse l'obligation de service public comme « *l'exigence définie ou déterminée par une*

autorité compétente en vue de garantir des services d'intérêt général [...] »²²⁷. La garantie ici apportée aux services d'intérêt général, revient à garantir l'intérêt général qui s'y attache. La formulation est différente, mais l'objectif est le même, avec peut-être dans cette dernière définition un effet plus englobant.

Car si l'obligation vise bien à prendre en charge l'intérêt général qui s'attache à une activité donnée, elle vise en réalité qu'à ne garantir qu'une partie de cet intérêt général. Nous pensons en effet que la notion d'obligation de service public vise uniquement l'intérêt général le plus essentiel d'une activité donnée. N'oublions pas en effet que ces activités de réseaux sont qualifiées de façon générale par l'Union européenne de service d'intérêt économique général. La Commission européenne classe cette catégorie de services dans celle plus vaste de service d'intérêt général. Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces activités et services relèvent bien de l'intérêt général qui leur est consubstantiel. Or, dans la conception française classique, ces activités relèveraient du service public à part entière. Mais dans une conception européanisée, nous constatons que seuls certains aspects de l'intérêt général vont recevoir la qualification de service public à travers une obligation spécifique de service public. Il est alors certain que le service public, ce qui est dénommé comme tel, mais surtout ce qui en relève réellement, correspond à une partie seulement de l'intérêt général qui s'attache à une activité donnée.

B.- Justifier une compensation financière

157. – Cette part de l'intérêt général prise en charge par une obligation de service public pourra en outre faire l'objet d'une compensation financière par l'autorité publique qui l'a imposée aux opérateurs concernés. C'est la deuxième fonctionnalité de la notion d'obligation de service public développée par le droit de l'Union européenne. Ce principe de compensation des charges de service public est encouragé par le Livre vert de 2003. Le point 4.2. de celui-ci²²⁸, intitulé « financement des services d'intérêt général » établit un panorama des pratiques des États membres dans ce domaine. Suite à l'arrêt *Altmark*

²²⁷ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, J.O.C.E.* du 3 décembre 2007, n° L 315/6

²²⁸ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 27.

du 24 juillet 2003 par la Cour de Justice²²⁹, et après les consultations menées autour du Livre vert, la Commission européenne a constaté qu'un besoin de sécurité juridique accru se faisait sentir²³⁰. Elle a donc indiqué dans son Livre blanc de 2004, qu'elle adopterait une décision pour clarifier le cadre juridique relatif à la compensation des obligations de service public. Cette décision est intervenue le 28 novembre 2005²³¹. En dehors de ce cadre général, visant notamment à exempter les autorités publiques des États membres de notifier à la Commission européenne les aides entrant dans cette catégorie de compensation de service public, les législations sectorielles contiennent également des mécanismes juridiques spécifiques de compensation financière des charges de service public.

Deux exemples de législation sectorielle que nous avons déjà évoqués illustrent bien ceci. En matière ferroviaire par exemple, le règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 met en place un mécanisme de compensation de service public, sur la base de contrats de service public²³². Ce mécanisme figure à l'article 6 de ce règlement. De plus, son annexe unique fixe de façon plus précise les règles applicables aux compensations évoquées à l'article 6. L'autre exemple vient du secteur aérien. Le règlement 1008/2008 du 24 septembre 2008 contient un système assez semblable ; ses articles 16 à 18 concernent le mécanisme des obligations de service public et des compensations financières y afférentes. L'examen plus détaillé de ces réglementations montre que l'obligation de service public vise tout à la fois à permettre la prise en charge de l'intérêt général et la compensation financière des contraintes de service public.

²²⁹ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c./Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Aff. C-280/00, *Rec.* 2003, pp. I-7747 et suiv. ; *R.T.D.eur.* 2004, p. 185, note Stéphane BRACQ, p. 33 ; note Michaël KARPENSCHIF, *L.P.A.* 30 mars 2004, n°64, p. 4.

²³⁰ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 13.

²³¹ Décision de la Commission du 28 novembre 2005, *concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, (2005/842/CE), *J.O.C.E.* 29 novembre 2005, L. 312, pp. 67-73.

²³² Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.C.E.* du 3 décembre 2007, n° L 315/1.

§ 2.- Essai de définition de la notion européenne de service public

158. – Au-delà de la prise en charge de l'intérêt général, la notion de service public promue par les institutions de l'Union européenne permet, comme nous venons de l'indiquer, une compensation financière des charges financières qu'engendre la garantie de l'intérêt général dans un secteur économique et concurrentiel. Or, c'est incontestablement l'élément déterminant de la définition du service public à l'europpéenne. On sait en effet que la Commission a maintes fois préconisé de ne plus utiliser l'expression « service public » seule, la jugeant trop imprécise. Toutefois elle accepte d'utiliser l'expression « obligation de service public », dont on sait qu'elle donne une définition, qui bien que succincte en trace néanmoins des contours opérationnels. Elle a été assez bien suivie par le Parlement et le Conseil. En effet, lorsque ceux-ci utilisent l'expression « service public », ils se réfèrent en réalité au service public visé et contenu par les obligations de service public. Ainsi, les institutions de l'Union européenne parviennent-elle à leur objectif : circonscrire précisément le champ du service public, c'est-à-dire cette partie du service d'intérêt économique général qui peut être l'objet de droits exclusifs et de compensation.

159. – *L'énoncé de la définition.* – Rappelons que l'Union européenne ne donne pas de définition particulière du service public, elle se refuse d'employer l'expression telle quelle. Elle ne l'emploie qu'à travers les expressions d'obligation de service, ou de contrat de service. Lorsque dans le langage européen on trouve l'expression « service public » utilisée seule, c'est pour évoquer le « service public » correspondant à telle obligation de service public. Dans ce cas, quoi qu'on en dise, cette expression renvoie bien à une notion. Il convient donc de comprendre celle-ci, surtout s'il s'agit ensuite comme nous le voulons, la comparer à la notion de service public utilisée traditionnellement en France.

Or, dans l'esprit de la Commission et des autres institutions européennes, le service public correspond à la part de l'intérêt général qui peut être pris en charge financièrement par une collectivité publique sur la base d'obligations de service public précisément déterminées et sur la base de règles de compensation elles-aussi prédéfinies. Le service public identifié à partir d'une obligation de service public ne peut correspondre qu'à ces caractéristiques. Autrement dit, n'est couvert par la notion de service public que ce qui est l'objet d'une ou plusieurs obligations déterminées. Il semble que ce ne soit pas l'activité d'intérêt général dans son ensemble, mais uniquement l'obligation précise et donc compensable financièrement, qui relève du service public. Le

concept d'obligation de service public est donc réducteur du service public en ce qu'il vise uniquement l'aspect le plus critique de l'intérêt général, c'est-à-dire la part de celui-ci correspondant à des besoins jugés si essentiels pour les usagers, qu'il ne peut pas être envisagé de ne pas y satisfaire, y compris par une prise en charge publique. Nous sommes donc très loin d'une vision élargie du service public, où une activité entière est couverte par la notion.

160. – Évidemment, l'étendue du service public étant fonction de l'obligation de service public, elle varie selon les secteurs d'activité et les sujétions d'intérêt général imposées aux opérateurs. Toutefois, dans tous les secteurs, la logique à l'œuvre est la même.

161. – À l'issue de cette analyse, nous percevons parfaitement la distorsion qui peut exister entre la notion européenne de service public, telle que nous venons de l'identifier, et la notion française de service public. Nous sommes donc face à une même appellation pour désigner deux réalités différentes.

Section 2.- L'avènement d'un service public « libéralisé »

162. – La conception européenne du service public décrite ci-dessus permet l'avènement de ce que nous appelons un service public « libéralisé » des contraintes étatiques, mais non pas complètement des contraintes de l'intérêt général. Aussi l'Union européenne cherche-t-elle depuis qu'elle a lancé cette politique à un équilibre entre d'une part l'ouverture à la concurrence et aux libertés économiques et d'autre part la préservation de l'intérêt général qui s'attache aux services en réseaux. C'est cet équilibre que traduit la conception européenne du service public à travers ses caractéristiques essentielles qui sont au nombre de trois. Dans la conception européenne, le service public repose sur des textes qui en délimitent les contours (§ 1), il est de nature fonctionnelle (§ 2) et concurrentielle (§ 3).

§ 1.- Un service public textuel

163. – Le rôle premier de la jurisprudence – La communautarisation des services publics en réseaux n'est pas venue en premier lieu des textes, mais d'une part, d'une volonté politique d'accélérer l'intégration économique européenne, notamment par l'adoption de l'Acte unique en 1986²³³, et d'autre part de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg au cours des années 1980²³⁴ qui a décidé de soumettre un service en réseau – en l'occurrence le transport aérien – aux règles générales du traité en matière de concurrence. Cette jurisprudence a provoqué un long processus législatif communautaire qui allait s'emparer progressivement de l'ensemble des services en réseaux jusqu'alors gérés en France par des organismes publics (ou privés à capitaux publics) industriels et commerciaux. Comme il a été dit précédemment²³⁵, ce droit jurisprudentiel a permis dans un premier temps d'appliquer les règles de concurrence du traité de la communauté économique européenne aux services publics en réseaux. Ce fut donc essentiellement des grands principes qui furent alors dégagés. Au fond, le service public demeurait d'essence nationale, mais il devait composer avec l'introduction d'une nouvelle donnée : la concurrence à l'échelle européenne. Ce n'était pas à proprement parler une européanisation du service public. C'était simplement la soumission du service public national aux règles de concurrence du traité de Rome.

164. – Le rôle essentiel de la législation européenne – C'est principalement la législation communautaire qui a permis à la notion de service public de quitter le giron national pour devenir une notion du droit européen à part entière. Nous avons déjà largement évoqué l'ensemble de ces textes²³⁶ ; il n'est donc pas nécessaire d'en dresser à nouveau la liste exhaustive. Deux remarques s'imposent pour bien comprendre les enjeux de cette conversion du service public dans les textes législatifs européens.

²³³ L'Acte unique européen est un traité signé à Luxembourg en février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. C'est en grande partie grâce à Jacques Delors, alors président de la Commission européenne, qu'il a vu le jour. Celui-ci a en effet souhaité relancer le processus d'intégration européenne après la période d'« euroscepticisme ». L'Acte unique européen a modifié le traité de Rome. Il a notamment approfondi les objectifs de la Communauté économique européenne, et a ouvert la voie à la réalisation du marché unique, notamment dans les grands services en réseaux.

²³⁴ CJCE, 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213 / 84, *Lucas Asjes e.a.*, *Rec.*, pp. 1425-1473, concl. C.O. LENZ. – CJCE, 11 avril 1989, Aff. 66 / 86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, *Rec.*, pp. 803-856, concl. C.O. LENZ.

²³⁵ Cf. : *Supra*, Introduction générale.

²³⁶ Cf. : *Supra*, Introduction générale.

165. – L’ancrage du service public dans les textes européens – Première remarque, on constate que les textes communautaires font aujourd’hui davantage référence à la notion de service public qu’ils ne le faisaient hier. Il s’agit incontestablement d’un ancrage de la notion dans le droit communautaire des services d’intérêt économique général. Cet ancrage pérennise le service public au niveau communautaire, ce qui est de nature à rassurer ceux qui craignaient que la vague de libéralisation des activités de réseaux n’emportât le service public par pertes et profits. À ce propos, Jean-François Lachaume écrivait en 2007 que « *cet ancrage textuel de bon nombre de services publics constituent probablement un des éléments de leur avenir, même si un texte ayant créé un service public peut toujours être abrogé par un texte de valeur juridique égale ou supérieure, encore faut-il, au-delà des exigences de procédure, que l’abrogation du texte soit politiquement voulue et socialement acceptable.* »²³⁷

166. – Le champ opérationnel du service public défini par les textes européens – Mais, et c’est la deuxième remarque, les textes communautaires posent un cadre juridique précis dans lequel le service public devra être mis en œuvre. À la différence du service public à la française, ce cadre est strict d’interprétation. La législation communautaire utilise ainsi la notion de service public pour en faire une notion opérante dans des cas précis ; c’est ce que nous avons précédemment vu à travers les missions de service public et les obligations de service public. En dehors de ces cas, précisément déterminés par les textes, il ne peut plus aujourd’hui y avoir de service public au sens communautaire de la notion. Or incontestablement c’est là que réside aujourd’hui l’originalité du service public textuel : son champ opérationnel dépend des textes. Pour des raisons que nous prendrons le temps d’explicitier plus longuement ultérieurement, il semble bien qu’il faille se résigner à ne plus songer à une extension jurisprudentielle de la notion de service public en droit communautaire. C’est en ce sens que le service public appréhendé par le droit communautaire est devenu une notion purement fonctionnelle. Ce qu’il convient d’expliquer plus amplement.

§ 2.- Un service public fonctionnel

167. – Un service public déterminé par son contenu – Traditionnellement l’approche fonctionnelle du service public, que le professeur René Chapus considère

²³⁷ LACHAUME (Jean-François), « Réflexions naïves sur l’avenir du service public », in Mélanges en l’honneur de Daniel LABETOULLE, *Juger l’administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 530.

comme synonyme de l'approche matérielle²³⁸, se concentre sur la notion d'activité appréhendée par le service public. Dès lors, selon cette approche, « *l'objectif, le but d'intérêt public et la finalité de la satisfaction des besoins d'intérêt général de l'activité sont les éléments les plus significatifs de la notion de service public.* »²³⁹ Autrement dit, c'est en fonction du contenu de l'activité prestée que sera identifié le service public. Cette conception s'oppose en cela à l'approche organique du service public qui fait de la personne publique prestataire du service un critère de la qualification de celui-ci en « service public ». Or, d'une façon générale, le droit communautaire, on le sait, n'attache pas beaucoup d'importance – du moins en apparence – à la nature juridique du prestataire. Par exemple rien n'empêche la Cour de justice, de considérer qu'une administration est une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, dès lors que cette administration assure une activité économique²⁴⁰. Par ailleurs, l'approche fonctionnelle s'oppose largement à une approche purement formelle du service public ; c'est-à-dire une approche qui consiste à identifier le service public à partir de critères précis (par exemple l'existence de prérogatives de service public), qui lorsqu'ils sont réunis, permettent de qualifier l'activité de service public²⁴¹. Toutefois l'approche fonctionnelle n'est pas totalement étrangère à cette conception formelle, dans la mesure où l'identification systématique de la présence de l'intérêt général comme but de la prestation n'est pas dénuée de formalisme.

168. – Un service public strictement délimité – Dans son article de synthèse sur la notion de service public fonctionnel écrit il y a presque deux décennies maintenant, le professeur Jean-Louis de Corail indiquait que cette conception fonctionnelle du service public semblait se dessiner au niveau communautaire²⁴². L'analyse des textes

²³⁸ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome I, 15^{ème} édition, 2001, *Coll. Domat Droit Public*, p. 579, n° 747.

²³⁹ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) & DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, *Coll. « Domat Droit Public »*, p. 95, n° 207.

²⁴⁰ La Cour précise dans l'arrêt *Klaus Höfner* que « *dans le contexte du droit de la concurrence [...], d'une part, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Cf. : CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c./ Macroton GmbH*, Aff. n° C-41/90, *Rec. pp. I-1979-2022*, concl. F. G. JACOBS ; *GAJC*, tome 2, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2002, n° 22, p. 225.

²⁴¹ On remarque que la jurisprudence communautaire n'est pas totalement insensible à la présence de prérogatives de puissance publique. Elle considère que la présence de telles prérogatives peut ôter tout caractère économique à une activité considérée. La Cour a pu juger sur ce fondement que le contrôle de l'espace aérien européen par l'organisme international dénommé Eurocontrol assure « *pour le compte des Etats contractants des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne* ». Cf. : CJCE, 19 janvier 1994, Aff. n° C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c./ Eurocontrol*, *Rec. I-43*.

²⁴² CORAIL (Jean-Louis, DE), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, pp. 20-28.

communautaires mettant en œuvre la notion de service public lui donne aujourd'hui raison. C'est en effet en fonction du contenu d'une activité précise et en fonction de l'intérêt général auquel cette activité répond, qu'elle sera qualifiée de mission de service public, ou dans certains cas particuliers de service universel. C'est aussi la même conception fonctionnelle qui préside à la prescription d'obligations de service public. En effet, c'est en se fondant sur la nature de l'activité que l'administration peut imposer à des personnes privées une réglementation spécifique comportant des obligations de service public.

Il en ressort d'une part que la conception fonctionnelle du service public permet de déterminer soit l'application du régime administratif de certaines activités, soit les limites de l'administration. Comme l'écrivait encore Jean-Louis de Corail, « *l'utilité d'une approche matérielle se révèle essentiellement dans la définition des limites juridiques de l'administration ainsi que dans la détermination des sujétions et des prérogatives qui peuvent être rattachées à une activité donnée.* »²⁴³ Parmi ces sujétions possibles, on trouve de façon générale les conditions de fonctionnement de l'activité réglementée, et plus spécifiquement, les obligations de service public.

D'autre part, cette conception fonctionnelle permet de délimiter avec précision ce qui ressort du service public et ce qui en est exclu. Or cette délimitation précise est d'autant plus utile que l'enjeu, ne l'oublions pas, est la réalisation d'un marché unique où prévalent les règles communautaires de concurrence. Seules les activités estampillées « service public », peuvent déroger à ces règles. Dans le système juridique communautaire, la notion de service public a en définitive pour fonction de justifier l'application d'un régime juridique dérogatoire des règles de concurrence, et bénéficier de compensations financières liées aux sujétions particulières qu'entraîne la satisfaction de l'intérêt général.

169. – Cependant, quand bien même la notion de service public permet de déroger au droit de la concurrence, elle n'en est pas pour autant exclusive des règles de concurrence. Tout le paradoxe du droit communautaire est là. Le service public est aussi concurrentiel.

²⁴³ CORAIL (Jean-Louis, DE), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, p. 28.

§ 3.- Un service public concurrentiel

170. – Par l'effet du droit communautaire, le service public, en plus d'être strictement délimité, devient concurrentiel. Certes, l'introduction de la concurrence dans le périmètre du service public, n'est pas une nouveauté en soi. C'est plutôt son ampleur qui bouscule la conception française du service public dans les services en réseaux. En effet, jusqu'à la vague de libéralisation orchestrée par l'Europe communautaire, les grands services publics en réseaux étaient essentiellement monopolistiques, tout en connaissant à la marge des situations concurrentielles. Depuis une vingtaine d'années, le processus de libéralisation tend à aboutir à l'inverse ; la concurrence devient la règle, alors que le monopole est ramené à la marge. Le service public n'est donc plus « synonyme » de monopole – même si il n'aurait jamais dû l'être – et il se conjugue avec la concurrence.

A.- Des origines anciennes

171. – **Le service public industriel et commercial ou l'imbrication du marché et du service public** – L'idée de concurrence, et partant de marché, était présente dans les grands services publics en réseaux dès l'origine. La plupart d'entre eux ont été rapidement considérés comme des services publics industriels et commerciaux, dès que la distinction était devenue juridiquement opérante au début des années 1920²⁴⁴. Sauf, il est vrai, pour les postes et télécommunications qui ont d'abord été considérés comme des services publics administratifs. Or, la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial opérée par la jurisprudence administrative est fondamentalement liée à la prise en considération de la concurrence subie par les entreprises privées du fait de l'intervention publique sur un marché. Sébastien Bernard considère que c'est le « respect de la concurrence [qui] fut recherché à travers la soumission des services publics industriels et commerciaux à un régime juridique se rapprochant de celui des activités industrielles et commerciales privées »²⁴⁵. Cette philosophie libérale résulte clairement des conclusions du commissaire du

²⁴⁴ TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c./Société de l'Ouest-Africain (Bac d'Eloka)*, S. 1924, III, 34, concl. MATTER ; D. 1921, III, p. 1, concl. MATTER ; GAJA 17^e éd., 2009, n° 36, p. 216. – CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, Rec. p. 1109 ; R.D.P. 1922, p. 77, concl. RIVET. – TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, Rec. p. 1327, concl. ROUCHON-MAZERAT ; S. 1937, 3, p. 97, note ALIBERT.

²⁴⁵ BERNARD (Sébastien), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 218, p. 40.

gouvernement Paul Matter²⁴⁶ sur l'arrêt *Bac d'Eloka* du 22 janvier 1921²⁴⁷. Il considérait que les activités de l'État qui étaient similaires à des activités privées, c'est-à-dire commerciales et/ou industrielles, ne concourent à l'intérêt général uniquement en ce qu'elles suppléent à une insuffisance ou une défaillance du secteur privé. Au fond, il estimait que c'était par accident que l'État – et plus largement les collectivités publiques – prenaient en charge de telles activités. Il affirmait en effet que « *certaines services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun* »²⁴⁸. En réalité, la « radiographie » de l'arrêt *Bac d'Eloka*, opérée il y a une vingtaine d'années par Alain-Serge Mescheriakoff²⁴⁹, montre des origines plus anciennes à l'imbrication du marché et du service public. Pour résumer, il considère que la catégorie des services publics industriels et commerciaux a émergé entre les années 1903 et 1910, sous l'impulsion de Jean Romieu, membre du Conseil d'État et éminent commissaire du gouvernement près la section du contentieux. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier* du 6 février 1903²⁵⁰, Jean Romieu avait en effet promu l'idée de gestion privée de la puissance publique. Cette idée correspondait à l'abandon de la conception de l'État qui avait cours depuis 1789. Elle marque aussi, de façon très nette, l'influence du subjectivisme ; c'est-à-dire que l'État est lui-même un sujet de droit si bien qu'il a le choix du mode de gestion de ses interventions. Cette conception rompait avec celle qui avait été développée par les commissaires du gouvernement David et Perret, pour qui la puissance publique excluait la gestion privée. Et c'est le commissaire du gouvernement Léon Blum qui en 1911 dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Mesle-sur-Sarthe* va opérer le lien entre activité industrielle et commerciale d'une part, et gestion privée d'autre part²⁵¹. S'appuyant sur

²⁴⁶ Paul Matter (1865-1938), magistrat et docteur en droit devient avocat général puis premier avocat général à la Cour de cassation. C'est à cette période qu'il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement près le tribunal des conflits. Il deviendra par la suite Procureur général à la Cour de cassation puis Premier président de 1936 à 1937. Il était membre de l'Académie des sciences morales et politiques, élu en 1926.

²⁴⁷ MATTER (Paul), concl. sur TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c./Société de l'Ouest-Africain (Bac d'Eloka)*, S. 1924, III, pp. 34-37.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *R.D.P.* 1988, pp. 1059-1081.

²⁵⁰ CE, 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.* p. 94, concl. ROMIEU ; *D.* 1904.3.65, concl. ROMIEU ; *S.* 1903.3.25, concl. ROMIEU et note Maurice HAURIOU ; *A.J.D.A.* 2003, p. 153, art. D. COSTA.

²⁵¹ BLUM (Léon), concl. sur CE, 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, *D.* 1913.III.25.

la théorie développée par son prédécesseur Jean Romieu, il continue à étendre les hypothèses de gestion privée de la puissance publique. Tel est le cas notamment, à propos des contrats conclus par l'administration, dans l'affaire des *Granits porphyroïdes des Vosges*²⁵². Plusieurs décennies plus tard, le professeur Marcel Waline constatait que « *ce qui est vrai pour les affaires commerciales privées* » l'est « *aussi pour les affaires commerciales de l'État. Du moment que l'État veut faire du commerce ou de l'industrie, il faut de toute nécessité qu'il en emploie les méthodes.* »²⁵³ Au fond, Ghislain Clamour a raison de considérer dans sa thèse que l'idée de gestion privée est consubstantielle aux services industriels et commerciaux²⁵⁴.

172. – L'adaptation permanente et ancienne du service public industriel et commercial aux contraintes du marché – Le service public était bien un « label »²⁵⁵ apposé sur des activités industrielles et commerciales, permettant le respect de quelques principes fondamentaux jugés essentiels. Ce label, offrait donc en creux, la possibilité de diriger l'entreprise de service public d'une façon comparable à celle d'une entreprise purement privée, dans la mesure notamment où le service public n'était pas exclusif de la rentabilité économique. La recherche de cette rentabilité, a permis le développement d'activités industrielles et commerciales annexes à celles labellisées « service public »²⁵⁶. D'où cet essor considérables des filiales des entreprises publiques jusqu'au début des années 1990. Certes il existait une limite juridique imposée aux établissements publics ; mais cela n'a pas empêché l'essor de véritables groupes industriels publics ayant pour maison-mère un établissement public industriel et commercial. Les services industriels et commerciaux, mêmes monopolistiques, intégraient parfaitement les principes du marché, à savoir, développement croissant, diversification, rentabilité et profit. Ils le firent très tôt, imparfaitement certes, durant cet âge d'or du service public à la française qu'évoquait Didier Truchet, c'est-à-dire durant la période des « trente glorieuses ».

²⁵² CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. p. 909, concl. Léon BLUM ; D. 1916, 3, p. 35, concl. Léon BLUM ; S. 1917, 3, p. 15, concl. Léon BLUM ; R.D.P. 1914, p. 145, note Gaston JÈZE ; GAJA 17^e éd., 2009, n° 25, p. 142.

²⁵³ Marcel WALINE, « Le Budget », in J. Lafférière, MonsieurWaline, *Traité élémentaire de science et de législation financière*, Paris, LGDJ, 1952, p. 29.

²⁵⁴ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, p. 452.

²⁵⁵ TRUCHET (Didier), « Label de service public et statut du service public – Nouvelles récentes d'un illustre vieillard », *A.J.D.A.* 1982, pp. 427-439.

²⁵⁶ Jean Rivero l'a bien montré dans son article intitulé « Les deux finalités du service public industriel et commercial », *C.J.E.G.* juin 1994, pp. 375-378.

Dans son fameux rapport sur les entreprises publiques, remis au Premier ministre Georges Pompidou en avril 1967, le groupe de travail du Comité interministériel des entreprises publiques présidé par Simon Nora, inspecteur général des finances, considérait que « *la vocation essentielle des entreprises publiques est donc d'abord de satisfaire leur marché au moindre coût pour elles et pour la collectivité. Il est certes légitime que l'État leur demande des services particuliers, étrangers à leurs stricts intérêts économiques, à condition que l'avantage qu'en retire l'économie nationale soit supérieur à la perte qu'en éprouve l'entreprise. Encore est-il nécessaire, pour que ce profit global existe, pour que cette pratique ne stérilise pas le dynamisme de l'entreprise, que certaines conditions de clarté soient respectées. Elles ne le sont que très imparfaitement aujourd'hui* »²⁵⁷. Pour sortir de la confusion et donc pour améliorer la gestion des entreprises publiques, il estime nécessaire de distinguer clairement la mission de l'entreprise, et la mission de l'État : « *Celle de l'entreprise, qui est de s'adapter de la façon la plus efficiente possible à son marché. Celle de l'État qui doit, d'une part, créer sur le marché des conditions qui facilitent la convergence entre les efforts spontanés de l'entreprise et les buts qui lui sont assignés par le Plan, d'autre part, établir une procédure claire pour imposer des contraintes d'intérêt général* »²⁵⁸. Dans cette conception, l'entreprise publique, fut-elle chargée d'une mission de service public, devait au moins satisfaire un marché pour être pérenne. Elle n'avait, *a priori*, pas vocation à satisfaire d'autres intérêts que les siens. Elle pouvait en revanche, car c'était dans son intérêt, investir dans d'autres marchés que celui correspondant à son cœur de métier.

173. – Des services publics industriels et commerciaux en concurrence – En plus de leur capacité à investir d'autres marchés par le biais de leurs filiales, les entreprises françaises de service public en réseaux pouvaient connaître aussi la concurrence dans leur cœur de métier, à savoir le service public. Soit qu'il s'agissait d'une concurrence indirecte, lorsque par exemple deux entreprises gestionnaires de deux missions de services publics, la SNCF et Air Inter étaient en concurrence sur des liaisons domestiques. Le rail était en concurrence avec l'avion, mais cette concurrence ne concernait pas directement un même réseau. Soit qu'il s'agissait de la dévolution de concessions à l'un des candidats à l'appel d'offres, lesquels étaient en concurrence pour emporter la signature du contrat avec le concédant. Enfin, on a vu quelques rares cas de concurrence directe entre deux entreprises chargées de missions de service public ;

²⁵⁷ Groupe de travail du Comité interministériel des Entreprises publiques, présidé par Simon NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à Monsieur Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La Documentation française, p. 34.

²⁵⁸ *Idem.*

notamment dans le secteur du transport aérien. En effet, les compagnies aériennes Air Inter et Air France, étaient en concurrence directe sur quelques lignes aériennes domestiques ou européennes à fort potentiel de trafic, telles Paris-Nice ou Paris-Marseille, et ce à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Encore faut-il préciser, dans ce dernier cas, que cette concurrence directe sur quelques lignes seulement, préfigurait la concurrence totale que préparait l'Europe communautaire dans ce secteur à l'horizon de 1997, date de l'ouverture totale du ciel européen.

B.- Un déploiement global

174. – La concurrence, principe fondamental de fonctionnement des services en réseaux – La concurrence s'est donc développée dans le cœur de métier labellisé « service public » de ces opérateurs historiques. Une concurrence multiforme telle qu'elle est décrite par le rapport d'Isotope²⁵⁹ publié par l'OOPEC²⁶⁰ en 1998²⁶¹. Celui-ci distingue en effet, trois types de concurrence. En premier lieu, il y a la concurrence dérégulée, qui correspond à une concurrence directe sur un marché donné. En second lieu, il y a la concurrence limitée, qui est un système dans lequel les pouvoirs publics définissent le service et mettent en place des appels d'offres. En troisième et dernier lieu, on distingue la concurrence régulée dans laquelle, un monopole en principe public existe, avec pour seul facteur compétitif des tests (benchmarking) par rapport à d'autres services et des évaluations de performances.

Ainsi, la nouveauté apparue avec le droit communautaire, est cette concurrence totale transformant les secteurs en réseaux en grands marchés ouverts. Dans ce nouveau contexte juridique, la concurrence totale au sein d'un service en réseau est rendue possible même en présence du service public. Sans doute est-ce là que se situe la « révolution copernicienne » qu'évoquait Louis Dubouis à propos de l'introduction, par le droit communautaire, de la concurrence dans le droit public

²⁵⁹ Acronyme de : Improved Structure and Organisation for Urban Transport Operations of Passengers in Europe.

²⁶⁰ Acronyme de : Office for Official Publications of the European Communities.

²⁶¹ Rapport dont fait mention le professeur Laurent Richer dans un article publié en mai 2009 (Cf. : RICHER (Laurent), « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1023-1027, spéc. p. 1025), en indiquant que ce rapport a tenu une place importante dans le processus d'élaboration du règlement européen n° 1370/2007/CE du 23 octobre 2007, dit « règlement OSP » .

français²⁶². Aujourd'hui en effet, dans les services en réseaux, la concurrence est le principe fondamental de fonctionnement de ces activités. Le service public se décline en fonction de la concurrence, selon des modalités différentes que sont les missions de service public d'une part et les obligations de service public d'autre part.

175. – La concurrence justifiant la distinction entre mission et obligation de service public – Autrement dit, la distinction notionnelle que nous avons mise en exergue précédemment entre les missions de service public et les obligations de service public, trouve en partie sa justification par la place plus ou moins grande qu'elle réserve à la concurrence dans les services d'intérêt général.

En effet, la concurrence concerne, en premier lieu, les activités relevant de missions de service public, ou relevant de missions de service universel.

Nous avons déjà évoqué la conception concurrentielle du service universel, tant dans le domaine des télécommunications – avec le service des renseignements téléphoniques qui en est devenu l'archétype –, que dans le domaine de l'énergie électrique. Nous l'avons également évoquée, à demi-mot pour les autres missions de service public. Ainsi par exemple, chaque opérateur de télécommunication ou du secteur postal devra respecter les missions de service public relatives à la défense ou à la sécurité. Il n'est pas imaginable que certains opérateurs soient soustraits à de telles missions. Bien évidemment, l'État devra compenser les coûts engendrés par l'accomplissement de ces missions. De la même façon que les opérateurs sur le marché de l'électricité contribuent à la réalisation des missions du service public de l'électricité (développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, assurer le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, assurer la fourniture d'électricité). Toutefois, le caractère très large de ces missions de service public, posent la question de leur réalité. Il en va de même dans le transport aérien où la mission résultant des obligations imposées à une compagnie pour sauvegarder ou mettre en place une liaison aérienne, n'est pas exclusive de la prestation en concurrence de cette liaison ; le monopole est possible mais pour une durée limitée, renouvelable qu'en fonction des conditions économiques de la réalisation de la prestation de service public.

En second lieu, la concurrence concerne les activités grevée d'obligations de service public. Le monopole est possible mais de façon exceptionnelle.

²⁶² DUBOUIS (Louis), « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 306.

Fondamentalement, le système des obligations de service public s'intègre dans un contexte d'activités concurrentielles. Ces obligations permettent tout à la fois de garantir la satisfaction de l'intérêt général – c'est en cela qu'elles sont de service public – et de poser le cadre d'une concurrence loyale et équitable sur le marché en cause. Ce qui revient à postuler que la satisfaction de l'intérêt général est l'affaire du marché, corrigé par quelques conditions spécifiques s'imposant à tous les opérateurs sur le marché. Ainsi, la notion d'obligation de service public issue du droit communautaire intègre bien une préoccupation d'intérêt général, même dans un univers essentiellement concurrentiel.

176. – La concurrence, une exigence d'intérêt général parmi d'autres – Le droit européen communautaire n'est donc pas le fossoyeur du service d'intérêt général, tant décrié dans la France des années 1990. Dans ce nouveau contexte, le service public persiste, mais moyennant une profonde réadaptation. Celle-ci ressemble de loin à une cure d'amaigrissement, mais qui analysée de plus près, peut sembler plus proche du réajustement. Il faut se garder toutefois de tout idéalisme en la matière. Sans doute le modèle français de « service public » n'était pas en bon état à l'issue des trente glorieuses. À trop avoir tiré sur la corde, beaucoup de ces « services publics » en réseaux était en mauvaise posture. Songeons à la crise grave à Air France en 1993. Songeons à la dette colossale de la SNCF dans ces mêmes années. Songeons à l'équilibre économique factice de l'électricité nucléaire. Mais de là à considérer que la concurrence est la garantie d'un avenir meilleur, le doute peut là aussi être permis.

Pourtant, l'instauration de la concurrence peut-être considérée comme poursuivant un but qui est d'intérêt général, en toute complémentarité avec « le service public ». Cette idée, pour le moins iconoclaste, est magistralement argumentée par le professeur Ghislain Clamour dans sa thèse de doctorat. Il note que le rapprochement de l'intérêt général et de la concurrence a eu lieu dans la doctrine privatiste. Il précise toutefois que « *cet intérêt général attaché à la concurrence, si présent dans les écrits de juristes spécialisés en droit privé, n'admet pas encore d'être rattaché à la notion d'intérêt général du droit public.* »²⁶³ Cependant, ce rattachement s'est fait selon lui par le juge administratif, notamment le Conseil d'État au tournant des années 2000, à travers son rapport 2002 consacré au thème « Collectivités publiques et concurrence »²⁶⁴. Il écrit en

²⁶³ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, p. 39, n° 74.

²⁶⁴ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence*, E.D.C.E. n° 53, Paris, La Documentation française, 2002, 465 pp.

effet que « *Le droit public, sous l'impulsion principale du juge administratif, a entamé une mue progressive vers une conception "néo-moderne" de l'intérêt général bien plus soucieuse des intérêts particuliers, bien plus rationalisée dans sa formulation et dans sa réalisation que sa devancière. C'est ainsi, d'une part, que la concurrence peut être rapprochée de l'intérêt général et que, d'autre part, le droit public est à même d'intégrer les nouveaux objectifs en cause.* »²⁶⁵ Ghislain Clamour conclut alors son esquisse introductive en estimant que « *l'intérêt public concurrentiel ajoute à l'intérêt général et ne retranche rien. Il laisse donc intact, dans leur acuité et leur valeur, l'ensemble des intérêts publics, potentiellement contradictoires, en totale cohérence à la figure "néo-moderne" de l'intérêt général. Si la conciliation sectorielle de certaines de ces exigences d'intérêt général avec la concurrence se réalise aujourd'hui par la fonction de "régulation", l'étude de cette dernière montrera qu'elle est moins un concept qu'une méthode d'intervention publique.* »²⁶⁶ Il considère à cet égard que la régulation a pour objet la construction et le maintien des équilibres dans un univers ouvert à la concurrence, ce qui du temps du monopole n'était pas utile. Il cite le professeur Marie-Anne Frison-Roche, pour qui le propre du droit de la régulation est de trouver un équilibre entre la concurrence et un « autre chose » que le droit de la concurrence²⁶⁷. De ce fait, Ghislain Clamour considère que « *Dans les secteurs des industries de réseaux cet équilibre se manifeste d'abord par la construction de la concurrence. Extrait de son monopole, l'opérateur historique est soumis à des exigences de séparation fonctionnelle et se trouve découplé de la gestion du réseau. Les autorités de régulation ont avant tout pour fonction de favoriser l'accès des tiers, c'est-à-dire de permettre l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché, ce que ne permet pas d'une manière aussi directe le droit de la concurrence bien qu'il réponde à la logique économique des "marchés contestables".* »²⁶⁸ Poursuivant son analyse, il remarque néanmoins que « *Mais, dans le même temps, des préoccupations de service public, de sécurité, de production indépendante ou, plus simplement, les conditions inhérentes à l'exploitation d'un réseau, d'une infrastructure essentielle, imposent une ouverture maîtrisée du marché, à la fois quantitativement et qualitativement.* »²⁶⁹ Or, il considère en effet, qu'il ne faut pas se tromper sur le sens de la libéralisation à l'œuvre dans les services publics en réseau. Du fait de la libéralisation et de l'instauration d'un marché concurrentiel, « *il ne s'agit pas de*

²⁶⁵ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 40, n° 75.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 45, n° 95.

²⁶⁷ FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 612.

²⁶⁸ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, op. cit., p. 654, n° 1135.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 655, n° 1136.

*considérer que les préoccupations d'intérêt général qui avaient conduit à l'établissement de monopoles auraient disparu ou auraient été définitivement écartés. Au contraire, ces préoccupations demeurent et ce ne sont que les moyens destinés à en assurer le respect qui ont changé. »*²⁷⁰ Il précise alors : « Si, au regard de l'érection de la concurrence au rang de l'intérêt général, les monopoles publics ont été réduits comme "peau de chagrin" – sous réserve, toutefois, des exigences constitutionnelles –, les autres exigences d'intérêt général perdurent. Dès lors, les secteurs régulés correspondent à une situation dans laquelle doit être construite et maintenue, au nom de l'intérêt général, une situation concurrentielle et où, dans le même temps, doivent être préservées d'autres exigences, toujours au nom de l'intérêt général. Le droit de la régulation apparaît alors comme un droit sectoriel de la construction et du maintien des équilibres entre ces différentes préoccupations. »²⁷¹ Au fond, nous pouvons considérer que l'articulation entre l'idée de concurrence et celle de service public est rendue possible par la mise en œuvre d'une régulation sectorielle, propre à identifier et préserver l'intérêt général, qu'il soit du ressort de la concurrence, qu'il soit du ressort de missions ou d'obligations spécifiques dites de « service public », ou bien qu'il soit du ressort des deux à la fois.

Section 3.- Le renoncement au service public « nationalisé »

177. – L'avènement du service public « libéralisé » dont l'objectif est la réalisation d'un marché unique y compris dans les activités d'intérêt général, nous a obligé à renoncer à une vision « nationalisée » du service public. Le renouvellement du service public impulsé par le droit communautaire a eu pour effet de doter la notion de service public de nouvelles caractéristiques. Mais en contrepoint, cela a eu pour autre effet de lui ôter certaines de ses caractéristiques plus anciennes. Abandon qu'il n'a pas été facile d'accepter en France, tant ces caractères étaient liés à la conception française du service public. De quoi s'agit-il ? En premier lieu du caractère monopolistique et en second lieu du caractère organique du service public. Etonnamment ces deux caractères n'étaient pas d'une grande utilité pour la définition de la notion juridique de service public ; mais, ils étaient néanmoins constitutifs de l'idée du service public communément

²⁷⁰ CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, op. cit.*, pp. 653-654, n° 1134.

²⁷¹ *Ibid*, p. 654, n° 1134.

admise en France. Ils n'auront pas survécus à l'ouverture européenne, car ils étaient profondément contradictoires avec les principes de concurrence.

Ainsi, la fin du service public personnalisé et monopolistique dans les services en réseaux (§1.-) marque la fin d'un jardin à la française (§2.-).

§ 1.- La fin du service public personnalisé bénéficiant du monopole

178. – Pendant longtemps, dans les secteurs en réseaux, le service public était pris en charge par une personne publique, nous parlions alors de service public personnalisé. Certains étaient cependant pris en charge par une personne privée, laquelle bénéficiait néanmoins d'un monopole, si bien que le service rendu se confondait avec la personne qui en était prestataire : c'était là avoir une vision « organique » du service public. Le droit européen nous pousse à abandonner tant la conception organique (A.-) que la conception monopolistique du service public (B.-).

A.- La fin du service public organique

179. – La conception française du service public est profondément marquée par une approche organique. Récemment encore, Jean-François Lachaume écrivait que « *dans la conception française du service public, l'élément structurant de la notion est incontestablement l'élément organique, à savoir l'intervention nécessaire pour la création, la gestion ou le contrôle de celle-ci, d'une personne publique.* »²⁷² C'est donc le lien entre personne publique et service presté qui structurerait celui-ci en service public. Nous inclinons à penser que la réalité est beaucoup plus complexe que cette simple apparence. Avant de l'expliquer, il convient de préciser que cette approche organique comporte deux versants, l'un juridique, l'autre factuel. D'un point de vue juridique, l'approche organique tend à définir le service public en fonction de la nature de l'organe qui le preste ; c'est en ce sens qu'il faut comprendre l'assertion de Jean-François Lachaume qui vient d'être évoquée. Mais en conséquence cela conduit, et c'est

²⁷² LACHAUME (Jean-François), « Réflexions naïves sur l'avenir du service public », in Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE, *Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 525.

le versant factuel de l'approche organique, à assimiler purement et simplement l'organisme prestataire du service au service lui-même ; ou inversement à assimiler le service à l'organisme prestataire. Or quand bien même l'utilité juridique de l'approche est limitée en pratique, dans les faits l'assimilation a souvent eu lieu entre organisme prestataire et service public.

180. – L'utilité juridique de l'approche organique est effectivement limitée dans la mesure où il est couramment admis qu'un service public puisse être pris en charge par une personne privée²⁷³. Cette approche « *signale que l'activité à définir relève d'une structure qui dépend, pour une part, d'une collectivité publique.* »²⁷⁴ Cette part pouvant être assez limitée dans le cas d'une délégation de service public contractée avec une entreprise privée. Dès lors, la conception organique du service public se fonde parfaitement dans la définition communément admise aujourd'hui du service public : une activité assurée directement ou assumée indirectement par une collectivité publique. Mais en pratique, comme l'écrivent dans leur ouvrage les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont, « *l'intérêt de la notion organique du service public s'avère donc très relatif. Il n'est pas certain que le lien entre la personne publique et une personne privée, analysé comme de droit public, annonce que l'activité qu'il concerne soit de service public mais, dès l'instant où l'activité en cause revêt une fonction d'intérêt général, la qualité de ce lien doit, même par des détours diversifiés, relever du régime de droit public.* »²⁷⁵ Autant dire que le service public ne peut pas être identifié sur le plan juridique par le recours à la seule approche organique ; il est nécessaire de recourir simultanément à une approche matérielle pour identifier un service public.

181. – Quoi qu'il en soit, en France les services publics en réseaux ont très/trop largement été assimilés à l'organisme qui en assurait la prestation. C'est ainsi que dans le langage courant, mais aussi chez de nombreux juristes, des organismes comme la SNCF, EDF, GDF, La Poste et France Télécom mais avant eux l'administration des PTT ou des P & T, étaient considérées comme des services publics. L'organisme prestataire du service public étaient tout simplement assimilé au service public. Bien sûr, cet abus de langage, autorisé par la conception organique du service public, était facilité par la nature juridique de ces organismes.

²⁷³ Ceci au moins depuis l'arrêt *Terrier* rendu par le Conseil d'État le 6 février 1903, (*Rec.* p. 94, concl. Jean ROMIEU).

²⁷⁴ GUGLIELMI (Gilles J.) & KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, *Coll. Domat Droit Public*, p. 63, n° 148.

²⁷⁵ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, *Coll. Domat Droit Public*, p. 95, n° 205.

En premier lieu, cette assimilation était justifiée pour les PTT puis les P & T, dans la mesure où il s'agissait d'une administration de l'État, dont le personnel était fonctionnaire.

En deuxième lieu, cette assimilation est largement favorisée pour les établissements publics tels qu'aujourd'hui encore la SNCF et jusqu'à très récemment La Poste, ainsi que dans un passé proche France Télécom, EDF, GDF et ADP. Bien qu'industriels et commerciaux, ces établissements publics ont été créés en vue de prendre en charge une ou plusieurs missions de service public. De plus, ces établissements publics étaient soumis au fameux principe de spécialité²⁷⁶. Autrement dit, ces établissements publics ne pouvaient normalement pas se disperser dans leurs activités industrielles et commerciales, à moins d'agir par filiales interposées²⁷⁷. Mais étrangement, il en est quand même résulté une approximation flagrante quant au contenu même des missions de service public prestées par ces organismes publics. On a eu trop souvent tendance à considérer que l'ensemble des missions qu'ils assuraient étaient de service public. Or, comme on vient de le voir, ceci est faux d'un point de vue juridique.

Enfin, en troisième lieu, de façon plus surprenante, la même assimilation entre le service public et l'organisme prestataire s'est rencontrée dans le transport aérien, où les sociétés anonymes comme Air France et Air Inter étaient l'une et l'autre chargées d'un service public de transport aérien. Cette assimilation a eu cours jusqu'au milieu des années 1990, et s'est estompée au fur et à mesure que l'ouverture du ciel européen à la concurrence gagnait en intensité. En contrepoint, on note que la compagnie UTA, elle aussi en forme de société de droit privé²⁷⁸, qui bénéficiait d'une sorte de monopole sur son réseau aérien, n'a jamais été considérée comme une entreprise de service public à part entière. On note la même assimilation opérée à l'égard de la SNCF, qui comme

²⁷⁶ BRAIBANT (Guy), concl. sur CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, A.J.D.A. 1970, p. 430. – DOUENCE (Jean-Claude), « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *R.D.P.* 1972, p. 756. – Voir aussi : BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd. 2007, Coll. « Thémis droit », pp. 278-279.

²⁷⁷ RICHER (Laurent), « *Les EPIC et la tentative de filialisation de leurs activités* », *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* n° 31-35 du 27 juillet 2009, n° 2201, pp. 37-40.

²⁷⁸ UTA avait pris la forme d'une société anonyme à participation ouvrière (SAPO). Il s'agit d'une société anonyme à l'intérieure de laquelle est mise en place une structure dénommée « société coopérative de main-d'œuvre », qui est un groupement ayant pour objet de permettre aux salariés qui en font automatiquement partie de participer à la gestion et aux résultats de la société anonyme qui l'englobe. Les salariés, représentés au conseil d'administration de la SAPO, participent ainsi à la vie et à la prospérité de la société par la distribution des dividendes qu'ils reçoivent. C'est par la loi Briand du 26 avril 1917, que la SAPO est instaurée. Elle est la première tentative de représentation des salariés au sein des organes de direction d'une société anonyme. Le régime juridique applicable à cette forme de société a été modifié par la loi n° 77-748 du 8 juillet 1977. Ces règles sont aujourd'hui intégrées aux articles L. 225-258 à L. 225-270 du Code de commerce.

l'acronyme le laissait justement entendre était une société commerciale de droit privé à capitaux publics de 1937 à 1982. Si bien que la justification organique de l'assimilation des compagnies Air France et Air Inter au service public qu'elles prestaient respectivement, est tout simplement liée à leur appartenance au secteur public. Encore que la aussi une distinction doit être faite entre les deux compagnies aériennes. Air France appartenait au secteur public directement, car ses actionnaires étaient des personnes morales de droit public (l'État pour la plus grande part, et les chambres de commerce et d'industrie pour une faible part) ; mais Air Inter, n'appartenait pas directement au secteur public : son actionnaire principal était Air France, société anonyme détenue par l'État, et son deuxième actionnaire principal était la SNCF qui jusqu'en 1982 était une société anonyme à capitaux publics comme Air France, transformée ensuite en établissement public. Les autres actionnaires principaux étaient des banques. Pour le reste, une très faible part du capital était détenue par les chambres de commerce et d'industrie.

182. – Ainsi, la conception organique, recouvrait non seulement la forme juridique de l'organisme (administration publique, établissement public) mais aussi l'appartenance au secteur public des organismes prestataires de service public. Cependant, ce premier travers, très français, n'aurait peut-être pas eu lieu si ces organismes chargés de missions de service public, n'avaient pas en même temps bénéficié d'un monopole.

B.- La fin du service public monopolistique

183. – L'ouverture à la concurrence des activités de réseaux a heurtée frontalement la conception monopolistique du service public en réseaux à la française. Comme on le sait, le principe est désormais celui de la concurrence, sachant que des exceptions demeurent possibles. Dès lors, le monopole, sans avoir totalement disparu, n'est plus un élément déterminant.

Mais d'un point de vue strictement juridique, il convient de rappeler que le monopole n'a jamais été en lui-même un élément de la définition du service public. De même, qu'il n'a jamais constitué, par principe, une modalité de fonctionnement du

service public industriel et commercial. Alors qu'il est par principe une conséquence logique de l'organisation d'un service public administratif²⁷⁹.

184. – Dans la réalité toutefois, le monopole a souvent accompagné dans leur réalisation les services en réseaux, particulièrement ceux qui d'emblée ont été considérés comme étant de nature industrielle et commerciale²⁸⁰. Or ce type de service public était initialement considéré comme de nature concurrentielle. Si bien que la question s'est posée de savoir si le monopole ne faisait pas obstacle à la qualification de service public industriel et commercial. Mais très justement, dans son ouvrage ancien sur les *Grands services publics*, le professeur Lachaume écrivait qu'« à vrai dire, rien ne fait obstacle à ce que le législateur érige en SPIC une activité bénéficiant d'un monopole de droit et, après tout, ce n'est pas parce qu'une activité est monopolisée par un service public qu'elle ne reste pas comparable à une activité privée par son objet [...] Il suffira de mentionner, à cet égard, que la plupart des grands SPIC nationaux : EDF, GDF, SNCF, sont monopolisés. »²⁸¹ Il faut ajouter que les nationalisations, du transport aérien en 1933 puis en 1945, du chemin de fer en 1937, de l'énergie électrique et gazière en 1946, ont bien pour objectif, plus ou moins clairement avoué, d'ériger des services publics industriels et commerciaux assorti d'un monopole ou d'un quasi-monopole, et du même coup de soustraire ces secteurs d'activité à la concurrence. Le monopole était une forme de garantie offerte à la péréquation d'un service rendu en tout point du territoire (poste, télécommunications, énergie électrique) ou pour des prestations de rentabilités diverses selon le taux de fréquentation (transports aérien et ferroviaire) ou la difficulté technique d'acheminement (énergie gazière). Le monopole était alors un moyen de garantir l'égalité d'accès au service public. On remarque d'ailleurs que dans le cadre des règles de concurrence européenne, sa justification repose sur ce type d'argumentation²⁸².

²⁷⁹ Selon les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont, « *le fait que le service soit assuré d'un monopole légal constitue une modalité de fonctionnement indiquant en principe le caractère administratif du service.* » Cf. : GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) et DUMONT (Gilles), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, *Coll. Domat Droit Public*, p. 108, n° 236.

²⁸⁰ Compte tenu du fait que la jurisprudence a d'abord considéré que le service public des PTT était administratif car presté par une administration de l'État, la question du monopole ne se posait pas puisque celui-ci était un principe de fonctionnement d'un service public de cette nature. Cf. : TC, 24 juin 1968, *Ursot, Rec.* p. 798 ; *D.* 1969, p. 416, note Jean du BOIS DE GAUDUSSON ; *A.J.D.A.* 1969, p. 139, note Jeanne LEMASURIER. – Cf. : TC, 15 janvier 1979, *Dame Le Cachey, Rec.* p. 561, concl. Michel MORISOT.

²⁸¹ LACHAUME (Jean-François), *Grands services publics*, Paris, Masson, *Coll. Droit-Sciences Economiques*, 1989, p. 66.

²⁸² CJCE, 19 mai 1993, Aff. n° C-320/91, Paul Corbeau, *A.J.D.A.* 1993, p. 865, note Francis HAMON ; Europe 1994, n°7, p. 1, note Robert KOVAR ; *J.C.P.* éd. G. 22 septembre 1993, n°38, p. 373, chron. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE ; *Juris-PTT* n° 33, 1993, p. 22, note

185. – Mais, comme le notait le professeur Jacques Chevallier « à travers les interstices du monopole, l'initiative privée parvient toujours à se glisser »²⁸³ ou à demeurer, pourrait-on ajouter. Car, il s'avère que la nationalisation des activités de réseaux n'a jamais abouti à un monopole intégral. « Les services publics ne sont que très rarement dotés d'un vrai monopole »²⁸⁴. Des intervenants privés ou publics sont demeurés en place ou sont apparus aux côtés du monopole national. Selon les secteurs, deux cas de figure ont d'ailleurs vus le jour : soit l'initiative privée se plaçait aux côtés du monopole public, en une sorte de résidu d'activité, non générateur de vraie concurrence, soit l'initiative privée a prospéré sur des activités paradoxalement concurrentielles du monopole national. Dans le premier cas de figure, on trouve les producteurs ou les distributeurs non-nationalisés d'électricité, et les lignes de chemins de fer d'intérêt local. Dans le second cas de figure on trouvait le transport aérien, où malgré les monopoles attribués à telle ou telle compagnie, la concurrence sévissait tantôt sur des niches (transport régional ou local, permettant à de petites compagnies privées Air-Alpes, TAT, Air Limousin, Air Anjou de prospérer – plus ou moins d'ailleurs – à côté d'Air Inter bénéficiant du monopole sur certaines lignes intérieures), tantôt sur des axes à forts trafics (à l'international, ou sur des liaisons domestiques) telle la concurrence entre Air France et UTA sur certains axes intercontinentaux. Mais le cas du transport aérien doit être relativisé, compte-tenu des particularités du secteur : au niveau national l'État attribuait des monopoles pour certaines liaisons aériennes seulement ; au niveau international les compagnies n'étaient pas libres de se répartir les droits de trafic négociés entre le gouvernement français et ses homologues étrangers.

§ 2.- La fin d'un jardin à la française

186. – L'irruption du droit communautaire de la concurrence dans le régime juridique du service public a eu l'effet d'un véritable coup de tonnerre dans le paysage politique et juridique français. Soudain le service public, tel qu'il existait en France, fondé sur de

Françoise MALBO ; Juris-PTT 1994, n°36, p. 17, note Christian COURTOIS. – CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. n° 393/92, *Rec.* 1994, p. I-1477 ; *A.J.D.A.* 1994, p. 637, note Francis HAMON ; *C.J.E.G.* 1994, p. 623, concl. Marco DARMON, p. 643, note Alain FIQUET ; *D.* 1995, p. 20, note Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE.

²⁸³ CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *R.D.P.* 1974, p. 106.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 85.

solides bases socioculturelles, mêlant à l'envi République, Libération, État-providence, Progrès social, vacillait ; il ne semblait plus avoir l'éternité devant lui.

187. – Pourtant, le service public n'en était pas à sa première crise. Au milieu du XXe siècle, la doctrine a longuement débattu de l'ampleur de la « crise » ou du « déclin » du service public²⁸⁵. La jurisprudence du Conseil d'État avait fait perdre à la notion de service public son unité, et sa valeur explicative du droit administratif. La notion semblait avoir perdu toute signification juridique utile, et « *a failli disparaître du vocabulaire du droit administratif* »²⁸⁶. Puis, la jurisprudence a de nouveau mis en avant la notion à partir du milieu des années 1950²⁸⁷, et la notion avait alors retrouvé du sens, ce que la doctrine ne manqua pas de relever²⁸⁸.

Mais la crise née de la confrontation de la notion de service public à la conception européenne – pour le moins incertaine à ses débuts – des services d'intérêt général, avait ceci de particulier qu'elle réveillait un réflexe « nationaliste » ou patriotique. Les coups subis par le service public ne venait plus de l'intérieur, c'est-à-dire d'une évolution en partie liée à la propre évolution culturelle de la société française, mais venaient de l'extérieur, sans que la société française y ait vraiment consenti. Par conséquent, afin de défendre ce qui était considéré à raison comme un élément

²⁸⁵ CORAIL (Jean-Louis, de), *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, thèse, Toulouse, 1954. – MORANGE (Georges), « Le déclin de la notion de service public », *chron. D.* 1947, p. 45. – L'HUILLIER (J.), « A propos de la "crise" de la notion de service public », *D.* 1955, *chron.* p. 119.

²⁸⁶ TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, Paris, PUF, 2^e éd., 2009, Coll. « Thémis droit », p. 327.

²⁸⁷ Une série de « grands arrêts » ont fait du service public un critère d'identification de certaines notions du droit administratif : les travaux publics (Cf. : TC, 28 mars 1955, *Effimief*, *Rec.* p. 617 ; *D.* 1956, p. 433, note BLAEVOET ; *Rev. adm.* 1955, p. 285, note Georges LIET-VEAUX ; *A.J.D.A.* 1955, II, p. 332, note J.A.), les contrats administratifs (Cf. : CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, *Rec.* p. 167 ; *A.J.D.A.* 1956, II, p. 272, concl. Marceau LONG, p. 221, *chron.* Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; *R.D.P.* 1956, p. 869, concl. Marceau LONG, note Marcel WALINE ; *D.* 1956, p. 433, note André de LAUBADÈRE ; *Rev. adm.* 1956, p. 496, note Georges LIET-VEAUX ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 72, p. 466. – CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c./Consorts Grimouard*, *Rec.* p. 168 ; *A.J.D.A.* 1956, II, p. 187, concl. Marceau LONG, p. 221, *chron.* Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; *D.* 1956, p. 429, concl. Marceau LONG, note P.L.J. ; *R.D.P.* 1956, p. 1058, concl. Marceau LONG, note Marcel WALINE ; *Rev. adm.* 1956, p. 496, note Georges LIET-VEAUX ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 72, p. 466.), le domaine public (CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, *Rec.* p. 375 ; *D.* 1956, p. 681, concl. Marceau LONG ; *R.D.P.* 1957, p. 310, concl. Marceau LONG ; *A.J.D.A.* 1956, II, p. 472, concl. Marceau LONG et p. 488, *chron.* Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; *J.C.P. éd. G.* 1957, II, n° 9765, note BLAEVOET ; *Rev. adm.* 1956, p. 617, note Georges LIET-VEAUX ; *Rev. adm.* 1957, p. 131, note MORICE ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 73, p. 475.)

²⁸⁸ LATOURNERIE (Roger), « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *E.D.C.E.* 1960, pp. 61-71. – LAUBADÈRE (de) (André), « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », Paris, *A.J.D.A.*, 1961, pp. 591-599.

structurant de la société française, on a commencé à parler de la « conception française du service public » ou du « service public à la française »²⁸⁹. Ces expressions intégrant le qualificatif national, révélait une véritable crispation²⁹⁰ identitaire.

188. – C'est ce que nous appelons le jardin à la française » du service public (A.-), dont les thuriféraires dénoncent toujours le coup de grâce venu de « Bruxelles » (B.-).

A.- Le jardin à la française

189. – Quel était ce jardin à la française que l'on voulait préserver des méandres d'un libéralisme communautaire d'inspiration anglo-saxonne ? Pour comprendre cette conception « française » du service public il est nécessaire de remonter aux origines mêmes du service public en France. Cette notion juridique a été progressivement forgée à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, d'abord pour solutionner la question du critère du droit administratif et de la compétence juridictionnelle. Mais, dès le début, la notion de service public avait aussi en parallèle un retentissement politique important. Le professeur Jean-Marie Pontier se demande d'ailleurs si cette notion n'avait pas à voir avec l'idée de morale républicaine²⁹¹, dans le sens où le service public serait un idéal républicain. En effet, la République française et le service public se sont construits ensemble à partir de la chute du second Empire. Cela n'excluant pas pour l'un et l'autre l'existence de racines encore plus profondes dans l'Histoire²⁹². Du moins, à partir du tournant de 1871, ont-ils parties liées ; le succès de l'un, ayant pour effet de renforcer l'autre. Phénomène accentué à partir de 1946, avec la proclamation de la République

²⁸⁹ PONTIER (Jean-Marie), « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, chron. pp. 9-14. – BRAIBANT (Guy) et STIRN (Bernard), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. « Amphi », 6^e éd., 2002, p. 185. – Voir les développements consacrés à la « notion de service public au prisme du droit communautaire », in GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) & Gilles DUMONT, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, Coll. « Domat Droit Public », pp. 128 et suiv. – Voir aussi les développements consacrés au « service public et droit communautaire », in BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd. 2007, Coll. « Thémis droit », pp. 65 et suiv.

²⁹⁰ BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd. 2007, Coll. « Thémis droit », p. 65 et pp. 75 et suiv.

²⁹¹ PONTIER (Jean-Marie), « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, chron. p. 9.

²⁹² Dans son ouvrage consacré au service public, le professeur Stéphane Braconnier écrit que « *L'apparition du service public ne peut être précisément datée tant elle se noie dans le processus de structuration de l'action publique. le service public se révèle tellement consubstantiel à l'État que sa naissance se confond avec celle de l'État lui-même.* » Cf. : BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd. 2007, Coll. « Thémis droit », p. 103.

sociale²⁹³. Le service public est alors le socle de la cohésion sociale renouvelée au sein d'une République qui renaît de ses cendres. Les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont décrivent parfaitement que la prise en charge par les services publics de ce qu'ils appellent les « grandes fonctions collectives », est un élément fondamental de l'organisation et du développement économique de la France. Plus encore, c'est aussi, un vecteur du lien social, un instrument de cohésion et de solidarité, et un facteur de promotion de l'égalité. Ils ajoutent, que « *par la référence aux "principes particulièrement nécessaires à notre temps", le préambule de la Constitution de 1946 affirme un certain nombre de droits sociaux (travail, santé, éducation, culture, loisir) dont la satisfaction appelle nécessairement la constitution d'institutions de service public. Cela implique le développement de l'État, du service public et d'une idéologie, voire d'une mystique du service public comme service pluriel. Il n'y a quasiment plus de limite à l'intervention de la puissance publique. Tout ou presque peut devenir objet de service public par le choix de l'autorité administrative ou par la qualification du juge administratif des activités les plus diverses : spectacles, sports, restauration, soins, etc.* »²⁹⁴ Dans ces conditions, il n'était pas étonnant que la jurisprudence – en l'occurrence celle du Tribunal des conflits²⁹⁵ – tente de dégager la notion de « service public social », laquelle ne s'est en définitive jamais imposée. Mais peu importe, car, « social » le service public l'était. Le professeur Jacques Chevallier considère en effet que le service public est devenu en France « *un agent de redistribution qui doit contribuer à réduire l'ampleur des inégalités sociales* »²⁹⁶. Il devait permettre à tous d'avoir accès à des biens jugés essentiels, garantissant ainsi la cohésion sociale. Il est un « *instrument indispensable de solidarité* »²⁹⁷. Les professeurs Guglielmi, Koubi et Dumont en concluent que « *la force de ces éléments, qui marquent la place centrale des services publics dans l'économie nationale et leur rôle social déterminant, explique pourquoi les Français sont profondément attachés à l'idée de service public et lui accordent une place essentielle dans leurs représentations collectives. Le service public, devenu un élément de l'identité nationale, est passé dans le public. Les citoyens se sont naturellement approprié la notion. Le service public est ainsi, de façon exemplaire, "l'expression juridique d'une philosophie*

²⁹³ L'article 1^{er} de la Constitution du 27 octobre 1946 est rédigé comme suit : « *La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». Cette disposition sera intégralement reprise, sans aucune modification, dans la première phrase de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁹⁴ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) & Gilles DUMONT, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, Coll. « Domat Droit Public », p. 70, n^o 149.

²⁹⁵ TC, 22 janvier 1955, *Naliato, Rec.* p. 614. L'organisation d'une colonie de vacances avait été qualifiée par le Tribunal des conflits de service public social.

²⁹⁶ CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *A.J.D.A.* 1997, p. 15.

²⁹⁷ TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, Paris, PUF, 2^e éd., 2009, Coll. « Thémis droit », p. 361.

*politique*²⁹⁸ »²⁹⁹. Voilà donc ce fameux jardin à la française qu'est devenu le service public à partir de la Libération. Nul doute, comme l'écrit le professeur Didier Truchet, que « *les années 1955-1985 semblent rétrospectivement avoir été l'âge d'or de ce que l'on a nommé plus tard service public à la française*³⁰⁰. »³⁰¹ L'Europe communautaire devait donc y porter le coup de grâce.

B.- Le coup de grâce venu de « Bruxelles »

190. – Cette peur très française³⁰² d'une Communauté européenne menaçant le cœur sacralisé du modèle social français, le service public, s'est largement répandue dans le discours politique du début des années 1990. Rappelons-nous que la France vivait à cette époque de façon douloureuse l'intégration européenne. Le Traité de Maastricht avait été adopté à une courte majorité au début de la décennie, voyant surgir sur la scène politique un courant souverainiste assez puissant pour faire vaciller les états-majors politiques, à gauche comme à droite. La jurisprudence *Nicolo*³⁰³ était récente, et ses développements rendaient possible une intégration communautaire toujours plus approfondie. Ainsi, suite à l'adoption de l'arrêt *Boisdet* du 24 septembre 1990³⁰⁴, par lequel le Conseil d'État fait prévaloir le règlement communautaire sur la loi nationale, le député Pierre Mazeaud déclarait à l'Assemblée nationale, lors d'une séance de questions d'actualité, « [...] *le gouvernement reste sans réaction à la récente décision du Conseil d'État – dont nous respectons, il est vrai, l'indépendance – qui a affirmé avant hier la prééminence des règlements communautaires sur nos lois internes, on est en droit, Monsieur le Premier ministre, de se demander si la France n'abdique pas en réalité*

²⁹⁸ Citation de PONTIER (Jean-Marie), « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, chron. p. 9.

²⁹⁹ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) & Gilles DUMONT, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2007, Coll. « Domat Droit Public », p. 71, n° 151.

³⁰⁰ Souligné dans le texte.

³⁰¹ TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, Paris, PUF, 2^e éd., 2009, Coll. « Thémis droit », p. 327.

³⁰² DUHAMEL (Alain), *Les peurs françaises*, Paris, Flammarion, 1993, 275 pp. L'auteur consacre le chapitre II de cet essai à « La peur de l'Europe ».

³⁰³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108.243, *Rec.* p. 190, concl. Patrick FRYDMAN ; *J.C.P.* 1989.II.21371, concl. Patrick FRYDMAN ; *R.F.D.A.* 1989, p. 812 ; *R.T.D.Eur.* 1989, p. 771 ; *R.G.D.I.P.* 1989, p. 1041 ; *A.J.D.A.* 1989, chron. Edmond HONORAT et Eric BAPTISTE, p. 756, note SIMON, p. 788 ; *R.F.D.A.* 1989, note Bruno GENEVOIS p. 824, note Louis FAVOREU p. 993, note Louis DUBOUIS p. 1000 ; *R.F.D.A.* 1990, obs. David RUZIÉ, *R.D.P.* 1990, note TOUCHARD.

³⁰⁴ CE, 24 septembre 1990, req. n° 58657, *MonsieurBoisdet*, *Rec.* p. 251 ; *L.P.A.*, 12 octobre 1990, n°123, p. 15, concl. Martine LAROQUE ; *A.J.D.A.* 1990, p. 863, chron. Edmond HONORAT et Rémy SCHWARTZ ; *R.F.D.A.* 1991, p. 172, note Louis DUBOUIS ; *R.G.D.I.P.* 1991, p. 964, note Dominique ROUSSEAU.

*une partie de sa souveraineté [...] »³⁰⁵. Comme si le gouvernement dirigé par Michel Rocard à l'époque – dont les ministres siégeaient dans les conseils européens à Bruxelles où était avalisé le processus de libéralisation des secteurs en réseaux –, allait s'ingénier à priver d'effet utile les normes européennes qu'il avait adoptées en conseil européen. Mais cela révélait un courant d'opinion puissant et durable selon lequel l'Europe communautaire mettait en danger la stabilité de la société française, car sapant une de ses bases principales, à savoir le service public. Ainsi, dans un rapport parlementaire datant de 1995, déposé par le député Franck Borotra, il était écrit que « *le service public fait partie intégrante de la culture française. Les valeurs qui y sont liées, comme la solidarité entre les français et les différentes parties du territoire, sont à la base de la cohésion sociale de notre pays et du pacte républicain qui le fonde. Or, ces valeurs paraissent aujourd'hui menacées par les évolutions technologiques et la primauté accordée à la concurrence, par une Europe de plus en plus libérale.* »³⁰⁶ Il s'agit d'une opposition frontale entre deux univers.*

Dès lors, les gouvernements français successifs se sont retrouvés dans une position délicate, voire paradoxale. Ils cosignaient avec leurs homologues européens les règlements et les directives ouvrant les secteurs de réseaux et donc les services publics français en réseaux à la concurrence, sans avoir aucune assurance véritable quant à la possibilité de « conserver » l'essentiel de la conception française du service public. Les gouvernements français, là encore de gauche comme de droite, ont incontestablement joués sur les deux tableaux ; ils libéralisaient les grands services en réseaux à Bruxelles, et tenait un discours défensifs à Paris pour faire face à l'opinion publique.

191. – Néanmoins, les gouvernements français ont tenté de faire entendre une voix dissidente à Bruxelles, au début des années 1990, en vue d'inscrire dans les textes communautaires des mécanismes protégeant le service public. C'est ainsi par exemple, que le gouvernement français présentait un Mémoire lors de la Conférence intergouvernementale préparatoire au traité qui sera adopté en 1996 à Amsterdam. Il y déclarait que « *Dans une économie de marché, la réponse aux différents besoins des particuliers ou des entreprises relève généralement de l'initiative privée. Elle s'exprime dans le cadre des règles de la concurrence et de différentes législations sociales, fiscales et techniques. Il en résulte une offre adaptée à la diversité des demandes, avec une bonne qualité de services et des prix ajustés. Certains besoins d'intérêt général*

³⁰⁵ J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.), séance du 2 octobre 1990, p. 3295.

³⁰⁶ Ass. Nat., Rapport de la délégation pour l'Union européenne, *Faut-il défendre le service public ?*, par Franck BOROTRA, député, 1995, n° 2260.

nécessitent cependant des dispositions particulières en raison de leurs spécificités et des limites naturelles d'efficacité du marché. » Il ajoute plus loin que « *pour toutes ces raisons, le marché et la concurrence ne peuvent répondre en toutes circonstances aux besoins d'intérêt général. C'est pourquoi le traité de Rome se réfère explicitement en son article 90-2 à des missions d'intérêt économique général. Il énonce, par ailleurs, dans son article 77 à propos de la politique commune des transports que "sont compatibles avec le présent traité les aides [...] qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public"* »³⁰⁷. Cette position gouvernementale française, à défaut d'inverser le processus de libéralisation des grands services en réseaux, a au moins contribué à la rédaction de l'article 16 du traité d'Amsterdam, qui consacre la reconnaissance des services publics dans le droit communautaire originaire. De plus, cela a incité la Commission européenne à adopter en 1996 sa première communication sur les services d'intérêt général³⁰⁸.

192. – Quoi qu'il en soit, heurtée frontalement par le droit communautaire dont l'objectif est la réalisation d'un grand marché unique, la logique française du service public ne pouvait guère prétendre à inverser la situation. Car, dans la réalisation d'un objectif commun avec d'autres États, il était improbable d'imposer à tous sa propre conception des choses. D'autant, pour dire les choses clairement, que les autres pays, et les institutions communautaires, n'avaient surtout pas envie de s'aligner sur le « modèle » français.

Il n'était dès lors pas envisageable de conserver intacte la conception française du service public. À une attitude conservatrice, devait être substituée une attitude conciliatrice entre la conception française du service public et l'appréhension de cette même notion par le droit communautaire. Sans doute l'interaction a-t-elle joué dans les deux sens. Car le droit communautaire a lui aussi mieux pris en considération les services d'intérêt général depuis le milieu des années 1990. Le Livre vert produit sur le sujet par la Commission européenne en 2003, en est l'illustration.

³⁰⁷ Mémoire du gouvernement français en date du 17 mars 1993, cité par Sénat, Rapport d'information, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, *sur les services d'intérêt général en Europe*, par M. Hubert Haenel, Sénateur, n° 82, Séance du 16 novembre 2000, p. 58 et 59.

³⁰⁸ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, pp. 3-12.

193. – Propos conclusif du Chapitre 2 – Ce bref retour en arrière nous permet de mieux saisir l'écart entre deux conceptions du service public. D'une institution dans la conception française, il devient une simple condition de fonctionnement d'un marché dans la conception européenne. Plus qu'un écart, c'est un véritable fossé ! Pourtant c'est de « service public » dont il est toujours question. L'expression demeure identique, mais la notion est radicalement modifiée. Il existe pourtant des points communs d'ancrage, tel l'intérêt général, le rôle déterminant de la puissance publique. Est-il encore possible dans ces conditions de considérer que le « service public » européenisé reste suffisamment proche de la conception française du service public, pour que l'on continue de parler de « service public » sans trop se soucier de son origine ? Cela permet-il *in fine* de continuer de faire comme si rien n'avait fondamentalement changé, et de continuer notamment à lui appliquer les lois de Rolland ?

Chapitre 3.- Un service public se prêtant plus difficilement à l'application du principe de continuité

« En définitive, l'obligation de service public est un acte d'autorité publique qui réduit le service public tout autant qu'elle limite la puissance publique. Elle n'est pas une prestation de service public, elle est une prescription d'intérêt général. »

Salim ZIANI³⁰⁹

194. – Propos introductif du Chapitre 3 – Comment appliquer le principe de continuité du service public à un service public dont la conception a été revisitée du fait de l'émergence d'un nouveau concept, celui d'obligation de service public ? Ce questionnement est d'autant plus pertinent que l'avènement d'un service public libéralisé a eu pour effet de rebattre les cartes quant à la prise en charge de l'intérêt général dans les services en réseaux. Le service public ne recouvre plus la totalité de l'intérêt général qui s'attache à une activité de réseaux ; il n'en couvre qu'une partie, plus ou moins grande selon les cas. Or, le principe de continuité s'applique par nature uniquement à la part de l'activité de réseaux couverte par la notion de service public. En l'état actuel du droit sectoriel et du principe de continuité, la continuité du service public ne peut se muer en continuité du service d'intérêt économique général. Aucune confusion n'est possible. La continuité du service public, c'est-à-dire la continuité obtenue par l'application du principe fondamental du droit public tel que dégagé par Louis Rolland, est évidemment contrainte par les transformations du service public dans les secteurs en réseaux.

195. – Le principe de continuité du service public s'applique différemment selon que le service public est l'objet d'une mission (Section 1.-), ou d'une ou plusieurs obligations dites de service public (Section 2.-).

³⁰⁹ ZIANI (Salim), *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Gabriel Eckert (Université de Strasbourg), Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.285, §817. (À paraître en 2015)

Section 1.- Les secteurs à missions de service public prédominantes

196. – Quand bien même le droit sectoriel de l'Union européenne se base sur la notion d'obligation de service public pour déterminer la part de l'intérêt général qui relève précisément du service public, la législation sectorielle française à parfois encore tendance à résister à ce mouvement. Ainsi, en droit français, le service public est encore largement défini sur la base de la notion de mission de service public dans deux secteurs d'activités en réseaux. Il s'agit d'une part du secteur ferroviaire (§ 1.-) et d'autre part du secteur de l'énergie électrique (§ 2.-).

§ 1.- Le service public dans le secteur ferroviaire

197. – **Questions autour de l'étendue du service public ferroviaire.** – La blogosphère juridique avait devisé pendant l'été 2007 sur la question de l'appartenance du service TGV exploité par la SNCF au service public. Maître Éolas, qui il est vrai ne s'affiche pas publiciste, considérait à propos de l'application de la loi du 21 août 2007 sur le « service minimum », « *Bref, cette loi ne concerne que les lignes de bus, tramway, métro, trains de banlieue et TER qui servent pour de courts trajets entre le domicile et le lieu de travail, pas les TGV et les grandes lignes qui n'ont pas un rôle de service public* »³¹⁰. Ce à quoi le professeur Frédéric Rolin, sur son blog³¹¹, répondait au contraire que le TGV faisait partie du service public, mais que la question se posait néanmoins pour l'iD-TGV³¹². Si un tel débat semblait à l'époque incongru – comment pouvait-on douter que la SNCF gérât un service public, alors que la libéralisation n'en était qu'à ses balbutiements ? –, elle le serait déjà beaucoup moins aujourd'hui, notamment suite à la

³¹⁰ Voir : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2007/08/07/682-la-loi-sur-le-service-minimum-le-lgislateur-a-fait-le-service-minimum>

³¹¹ Voir : <http://frederic-rolin.blogspot.com/archive/2007/08/07/sur-quelles-lignes-de-la-sncf-s-ppliquera-le-service-minimum.html>

³¹² iDTGV est une offre commerciale de la SNCF qui propose des billets de TGV à des prix réduits pendant toute l'année à destination d'une trentaine de villes de France depuis Paris. L'achat des billets se fait uniquement par Internet. Lors de sa création en 2004, il s'agissait d'une filiale à part entière de la compagnie ferroviaire. Depuis, face à la fronde des syndicats, cette filiale a été réintégrée dans la SNCF. En général, les trains promotionnels iDTGV sont constitués d'une rame TGV accouplée à une rame effectuant les mêmes trajets mais selon les tarifs normaux pratiqués par la SNCF et admettant toutes les formes possibles d'achat de billet.

dernière modification de la LOTI par la loi du 8 décembre 2009³¹³. En effet, cette loi ouvre – même *a minima* – le marché du transport ferroviaire de voyageurs et parallèlement elle enfonce un coin dans le service public, sans pour autant le faire reculer, du moins en apparence ; ceci ayant bien évidemment pour but de rendre compatibles les règles législatives françaises avec les derniers développements du droit de l'Union européenne, notamment le règlement «OSP» du 23 octobre 2007. En réalité, il semble que la situation du service public soit devenue problématique car, même révisée, la législation française en ce domaine ne nous semble pas pleinement compatible avec le droit européen. Les frontières du service public pourraient se révéler plus complexes à appréhender que ne le laisse supposer une législation nationale qui se complaît dans l'apparence d'un monopole sauvegardé pour l'essentiel. Mais pour combien de temps encore ?

198. – L'héritage de la LOTI. – Concernant l'activité de transport de passagers, l'article L. 2141-1 du code des transports, hérité de la LOTI, précise que la SNCF a notamment pour objet « *d'exploiter selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire de personnes sur le réseau ferré national* ». Ce texte ne dit pas précisément que la SNCF est chargée d'une mission de service public ; il postule que le transport de voyageurs est soumis aux principes du service public. Tous les observateurs en ont donc déduit que le transport ferroviaire de voyageurs est un service public, puisque soumis à ses principes fondamentaux. D'autant plus que par la LOTI, la SNCF passait d'un statut de société privée à un statut d'établissement public. On sait bien qu'un établissement de ce type n'est justifié que par la présence d'un service public à gérer ; il est une forme de personnalisation du service public. À contrario, la LOTI n'assujettissait pas les autres services ferroviaires, c'est-à-dire le fret ferroviaire, aux fameux principes du service public. Peu importait d'ailleurs, car seuls les spécialistes savaient que le fret ferroviaire n'était pas un service public, tout le monde pensait le contraire, compte tenu des apparences, notamment l'existence à l'époque du monopole de la SNCF en matière de locomotion des trains de marchandises.

199. – L'ouverture à la concurrence. – Mais aujourd'hui, dans le contexte d'une libéralisation progressive du secteur ferroviaire, peut-on continuer de considérer que l'ensemble du transport ferroviaire exploité au niveau national par la SNCF ressort du service public ? Ne faut-il pas avoir une lecture plus critique de l'article L. 2141-1 du code

³¹³ Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 *relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, J.O.R.F. n° 0285 du 9 décembre 2009, page 21226, texte n° 1.

des transports. D'autant plus que celui-ci nous met sur la voie puisqu'il émet à la fin de son 1° précité une réserve sur l'étendue du transport ferroviaire exploité par la SNCF selon les principes du service public. Il ajoute en effet, « *sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 2121-12* ». Cette dernière disposition du code des transports est relative à la liberté de cabotage accordée aux services ferroviaires internationaux, qui peuvent donc sur leur parcours national desservir des gares, et par conséquent assurer des liaisons ferroviaires domestiques. Ainsi, lorsque la SNCF effectue une liaison internationale, Paris-Genève, par exemple, et qu'elle dessert sur ce trajet les gares françaises telle Dijon et Lyon notamment, son service n'est pas en principe soumis aux principes du service public. Et cela serait identique si la liaison internationale en question était réalisée par la compagnie fédérale suisse SBB CFF. Toutefois, cette liberté de cabotage, peut être restreinte le cas échéant, si elle compromet l'équilibre économique résultant d'un contrat de service public applicable sur le trajet considéré. Auquel cas, la liberté de cabotage est supprimée au profit de l'opérateur bénéficiaire du contrat de service public. Il n'est d'ailleurs pas impossible aussi d'admettre que l'opérateur d'un service de cabotage soit lui-même bénéficiaire d'un contrat de service public. On reviendrait alors à cette situation passée et encore actuelle où la SNCF exploitant en TGV la liaison Paris-Genève, est soumise aux principes du service public, car les trajets effectués entre les gares desservies sur le territoire français à l'occasion de cette liaison internationale bénéficient de certaines conditions, notamment tarifaires compensées par l'État français.

200. – Le service public contractualisé. – Cette notion de contrat de service public, mise en avant par le règlement « OSP » de 2007 et reprise dans la législation française détermine en réalité aujourd'hui le champ réel du service public dans le secteur ferroviaire. La SNCF est déjà signataire de tels contrats.

En effet, le 13 décembre 2010, a été signé entre l'État et la compagnie nationale une convention relative à l'exploitation des trains d'équilibre du territoire. Cette convention s'inscrit dans le cadre juridique du règlement « OSP » de 2007. Son préambule annonce qu'il s'agit par-là d'organiser un service public de transport de voyageurs.

De la même manière, depuis 1997 dans les régions volontaires et depuis 2002 dans toutes les régions françaises, la SNCF est opérateur des services de transport ferroviaire régional de voyageurs, sur la base de conventions *ad hoc* dans chaque région. Ces conventions définissent la consistance, les conditions d'exploitation et les conditions de financement des services relevant de la compétence de la région

signataire. Ces conventions trouvent leur fondement aujourd'hui à l'article L. 2121-4 du code des transports (ancien article 21-4 de la LOTI) et dans l'article 3 du décret n° 2001-1116 du 27 novembre 2001³¹⁴. Ceci est également rappelé par l'article 45 du cahier des charges applicable à la SNCF.

Les activités prestées dans le cadre de ces conventions conclues avec l'État ou les régions, sont bien soumises à des exigences de service public et bénéficient pour cela de droits exclusifs. Et à ce titre, elles sont compatibles avec le règlement « OSP ». Nous sommes donc bien dans ces cas de figure en présence du service public.

201. – Un nœud à trancher. – En revanche, pour les autres services effectués par la SNCF, leur qualification de service public résultant de l'article L. 2141-1 du code des transports est selon nous contraire à la législation européenne. Non pas tant parce que les obligations de service seraient définies par la loi plutôt que par une convention en bonne et due forme, mais parce qu'un seul opérateur est reconnu effectuer les activités qualifiées de service public, avec les sujétions que cela représente, mais aussi ses avantages en terme d'exclusivité. Le service public est encore aujourd'hui lié au monopole dans la législation française, alors que le droit européen nous oblige à dissocier l'imposition d'obligations de service public et l'attribution le cas échéant d'un monopole.

La France raisonne encore en ce domaine en termes de « mission » globale de service public, à laquelle le monopole est adapté, alors qu'il faudrait expressément raisonner en termes d'« obligations » de service public, dans un contexte beaucoup plus ouvert à la concurrence. Comme l'écrivait Monsieur Hubert Haenel, alors sénateur, « *L'articulation entre l'ouverture à la concurrence et la LOTI instaurant le monopole de la SNCF est un nœud qu'il faudra trancher* »³¹⁵. Force est de constater qu'à ce jour, ce nœud n'est pas tranché. Le recours introduit devant la CJUE en 2010 par la Commission européenne dans le cadre de la procédure en manquement, devrait favoriser à terme, l'adoption d'un cadre législatif compatible avec le droit de l'Union européenne en la matière³¹⁶.

³¹⁴ Décret n°2001-1116 du 27 novembre 2001 relatif au transfert de compétences en matière de transports collectifs d'intérêt régional, *J.O.R.F.* n°276 du 28 novembre 2001, page 18920, texte n° 28.

³¹⁵ Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne *sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne*, par M. Hubert HAENEL, Sénateur, Annexe n° 220, Session ordinaire de 2008-2009, Séance du 12 février 2009, p. 25.

³¹⁶ Recours mentionné dans le rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes, *sur la libéralisation du transport ferroviaire en Europe*, et présenté par M.

202. – La part incompatible du service public ferroviaire. – La législation française est donc incompatible avec le règlement « OSP » à double titre. D'une part, la loi ne peut valablement pas déterminer les obligations de service public qui s'imposeraient à la SNCF. En effet, selon le règlement « OSP », celles-ci résultent soit d'un acte contractuel manifestant l'accord de volonté, soit un acte individuel, de nature législative ou réglementaire. Or, en droit français, la loi ne peut pas être individuelle, elle est générale et impersonnelle. Il revient donc à l'autorité administrative d'adopter éventuellement un acte administratif individuel. Le cahier des charges de la SNCF, adopté par décret, pourrait théoriquement répondre à cette exigence. Mais en l'occurrence nous ne pensons pas qu'en l'état actuel des choses cela soit valablement possible. En effet, ce cahier des charges confie à la SNCF une mission très large en matière d'exploitation des services ferroviaires selon les principes traditionnels du service public.

Mais d'autre part, l'attribution des sujétions de service public à la SNCF ne répond pas aux exigences de transparence et de concurrence mises en avant par le règlement « OSP ». C'est là, selon nous, la deuxième cause d'incompatibilité du cadre juridique français. D'ailleurs, sur ce point, l'AFRA³¹⁷, a présenté un argumentaire qui tend à démontrer l'illégalité du monopole attribué par la loi française à la SNCF au regard du droit de l'Union européenne.

203. – Les autres missions de service public dans le secteur ferroviaire. – Outre le transport de voyageurs, le service public dans le secteur ferroviaire se rencontre dans deux autres cas.

En premier lieu, la gestion des infrastructures du réseau est soumise aux principes du service public. L'article L. 2141-1 du code des transports déjà cité, précise en son 4°/ que la SNCF a la charge « *d'assurer, selon les principes du service public, les missions de gestion de l'infrastructure prévues par les articles L. 2111-9 et L. 2123-*

Gérard VOISIN, Député, Annexe No 3204, XIII^e législature, Séance du 9 mars 2011, 216 pp., spéc. p. 34.

³¹⁷ AFRA : Association Française du Rail. Cette association est née en mars 2009 pour favoriser l'accès de tous les nouveaux entrants au marché ferroviaire français, afin de participer activement au développement de la filière en France. Elle est chargée d'organiser la réflexion des entreprises du secteur, de les défendre et de les représenter auprès des pouvoirs publics et des autorités de régulation et enfin de promouvoir leur image. Elle regroupe aujourd'hui des opérateurs ferroviaires mais elle est aussi ouverte à des industriels, des gestionnaires de wagons, des sociétés de location de matériel roulant, des transporteurs multimodaux, des chargeurs... Comme elle l'indique dans sa déclaration constitutive du 18 mars 2009, « *L'Association française du rail a pour vocation de regrouper tous les acteurs qui considèrent que le secteur économique français ne trouvera son plein développement que dans un cadre concurrentiel ouvert et bien régulé.* »

4 ». Rappelons que la responsabilité première de la gestion de ce réseau était dévolue à l'établissement RFF par la loi de 1997, la SNCF intervenant pour le compte de RFF. La loi du 4 août 2014³¹⁸ a réintégré le réseau et la gestion de celui-ci au sein de la SNCF, dans une entité qui doit en principe d'une autonomie complète par rapport à l'exploitation du réseau. Toujours est-il que la gestion du réseau ferroviaire est monopolistique, ce que le droit européen rend possible. L'essentiel ici est de faciliter l'égalité d'accès au réseau qui est une condition majeure d'un service ferroviaire libéralisé. Il est dès lors logique que la gestion du réseau constitue une mission soumise au respect des principes du service public, c'est-à-dire une mission de service public. La gestion du réseau n'étant pas soumise à la concurrence, elle ne s'oppose pas à une conception globalisante du service public à travers la notion de mission de service public. L'absence de référence à la notion d'obligation de service public n'est donc pas un problème.

En second lieu, nous remarquons que l'article L. 1211-4 du code des transports confie à l'État et aux collectivités locales cinq « missions de service public » en matière de transport, y compris donc le transport ferroviaire mais pas seulement celui-ci. Ces missions dont l'exécution leur est confiée « *en liaison avec les entreprises privées ou publiques* » sont : « 1° *La réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ; 2° L'organisation du transport public ; 3° La réglementation des activités de transport et le contrôle de son application ainsi que l'organisation des transports pour la défense ; 4° Le développement de l'information sur le système des transports ; 5° Le développement de la recherche, des études et des statistiques de nature à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système des transports* »³¹⁹. On ne contestera pas, là aussi, la pertinence de l'emploi de la notion de « mission de service public » pour qualifier ces mission d'organisation des transports notamment ferroviaires.

204. – Le champ délimité du service public ferroviaire. – En définitive, la législation relative au secteur ferroviaire est encore fortement imprégnée en France de l'idée de service public sous son acception classique de mission de service public et doublée d'un modèle monopolistique persistant. Nous pouvons donc y voir la permanence d'un modèle d'organisation favorable à l'opérateur historique mais peu respectueux des objectifs d'ouverture du marché impulsé par l'Union européenne. Nous avons montré

³¹⁸ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, J.O.R.F. n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3.

³¹⁹ Article L. 1211-4 du code des transports.

que par certains aspects la législation française étendait le service public au-delà de ce qui semble compatible avec le règlement « OSP » de 2007 dans le transport ferroviaire de voyageurs proprement dit.

Nous pouvons dès lors envisager deux lectures du champ du service public dans le secteur ferroviaire. Une lecture large, conforme à l'état du droit français sans se soucier de sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne : auquel cas nous continuerons de considérer que la SNCF opère en totalité des liaisons qualifiées de service public. Une lecture restrictive du droit français, à l'aune de la législation européenne applicable : dans ce cas, nous considérerons que seules les liaisons faisant l'objet d'un contrat de service public, précisant les sujétions d'intérêt général qui leurs sont imposées, auront la qualification de « service public ». Sachant que selon nous, le cahier des charges de la SNCF, héritage du passé, ne remplit pas correctement cet office.

§ 2.- Le service public dans le secteur de l'énergie électrique

205. – Une législation centrée sur la notion de « mission de service public ». – La législation française relative au secteur de l'énergie électrique est également marquée par la prédominance de l'idée de mission de service public, alors que le droit européen sectoriel cherche à promouvoir l'idée d'obligation de service public. L'article L. 121-1 du code de l'énergie dispose en son alinéa 1^{er} que le « *Le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national* ». Bien que non explicite, cette disposition nous laisse pressentir que le service public est pris comme une globalité, un vaste ensemble, sous l'angle traditionnel de la mission de service public. Ce que l'article L. 121-2 confirme, puisqu'il précise les trois « missions » principales du service public de l'électricité : la mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, la mission de développement et exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et enfin la mission de fourniture d'électricité. Le contenu de ces missions est détaillé par les dispositions suivantes du code de l'énergie. Aussi nous allons les exposer brièvement.

206. – La mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité. – Premièrement, la mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité consiste, selon l'article L. 121-3, à « *réaliser les*

objectifs définis par la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre chargé de l'énergie » et à « garantir l'approvisionnement des zones du territoire non interconnectées au réseau métropolitain continental ». Le texte n'indique pas clairement quelles sont les entités qui sont chargées de cette mission. En revanche, il prévoit que les producteurs d'électricité, notamment Electricité de France nommément désignée dans le texte, contribuent à la réalisation de cette mission. Les charges qui en découlent, font l'objet d'une compensation intégrale dans les conditions prévues par le code. Quel sens donner précisément au verbe « contribuer » employé ici ? C'est là une question qui n'appelle pas une réponse simple, comme nous le verrons ultérieurement.

207. – La mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité. – Deuxièmement, la mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité est précisée par l'article L. 121-4 du code de l'énergie. Selon ce texte, cette mission consiste à assurer en premier lieu la desserte rationnelle du territoire national par les réseaux publics de transport et de distribution, dans le respect de l'environnement, et l'interconnexion avec les pays voisins, en second lieu à assurer la desserte rationnelle du territoire national par les réseaux publics de transport et de distribution, dans le respect de l'environnement, et l'interconnexion avec les pays voisins. Le II de ce même article L. 121-4 dispose que sont chargées de cette mission, conformément à leurs compétences respectives, Electricité de France pour les zones non interconnectées au réseau métropolitain continental, la société gestionnaire de réseaux publics de distribution issue de la séparation des activités d'Electricité de France en application de l'article L. 111-57, la société gestionnaire du réseau public de transport, les entreprises locales de distribution définies à l'article L. 111-54 et les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité. Elles accomplissent cette mission conformément aux dispositions du présent code relatives au transport et à la distribution d'électricité ainsi qu'au raccordement aux réseaux et, s'agissant des réseaux publics de distribution, à celles des cahiers des charges des concessions ou des règlements de service des régies mentionnés au II de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales. Il est précisé également que les charges qui en résultent sont réparties dans les conditions prévues aux articles L. 121-9 à L. 121-31 du même code.

208. – La mission de fourniture d'électricité. – Enfin, troisièmement, la mission de fourniture d'électricité est détaillée par l'article L. 121-5 du code de l'énergie. Elle consiste à assurer, en favorisant la maîtrise de la demande, la fourniture d'électricité, sur

l'ensemble du territoire, aux clients bénéficiaires des tarifs réglementés de vente³²⁰. L'électricité est fournie par le raccordement aux réseaux publics ou, le cas échéant, par la mise en œuvre des installations de production d'électricité de proximité³²¹. Le deuxième alinéa de l'article L. 121-5 précise que la fourniture d'électricité concourt à la cohésion sociale. Ceci grâce à la péréquation nationale des tarifs, à la mise en œuvre de la tarification spéciale dite « produit de première nécessité »³²² et au principe du maintien de la fourniture d'électricité en application de l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles. Par ailleurs, le dernier alinéa de l'article L. 121-5 qui détaille la mission de fourniture d'électricité y inclut la fourniture d'électricité de secours³²³ aux clients raccordés aux réseaux publics dans les conditions prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 333-3.

Les autorités organisatrices du service public de la fourniture d'électricité aux clients raccordés à un réseau de distribution qui bénéficient des tarifs réglementés de vente³²⁴ ou de la tarification spéciale dite « produit de première nécessité », sont les mêmes autorités organisatrices que celles de la distribution publique d'électricité mentionnées à l'article L. 121-4. Or, celui-ci évoque en effet « *les autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité* » sans mentionner lesquelles ; il faut en réalité se reporter à l'article L. 322-1 du code de l'énergie qui lui renvoie précisément à l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales, lequel en son point IV énonce « *L'autorité organisatrice d'un réseau public de distribution, exploité en régie ou concédé, est la commune ou l'établissement public de coopération auquel elle a transféré cette compétence, ou le département s'il exerce cette compétence à la date de publication de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* ».

Pour conclure sur cet aspect, l'article L. 121-5 du code de l'énergie précise ensuite que cette mission de fourniture incombe à Electricité de France ainsi que, dans leur zone de desserte, aux entreprises locales de distribution chargées de la fourniture. Ces entreprises accomplissent cette mission, pour les clients raccordés aux réseaux de distribution, conformément aux dispositions des cahiers des charges de concession ou

³²⁰ Ces tarifs réglementés sont prévus aux articles L. 337-4 à L. 337-9 du code de l'énergie.

³²¹ Celles-ci sont mentionnées à l'article L. 2224-33 du code général des collectivités territoriales.

³²² Cette tarification spéciale est mentionnée à l'article L. 337-3 du code de l'énergie.

³²³ La fourniture d'électricité de secours consiste d'autoriser un opérateur à se substituer – dans des conditions précisées par décret – à un fournisseur défaillant. Cette substitution organisée par l'autorité administrative permet d'assurer la continuité d'approvisionnement en électricité des clients du fournisseur défaillants.

³²⁴ Les tarifs réglementés de vente sont mentionnés à l'article L. 337-1 du code de l'énergie.

des règlements de service des régions mentionnés au II de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales.

209. – La production d'électricité, incluse dans le service public ? – La loi du 10 février 2000 n'inclus pas la production d'énergie électrique dans le service public de l'électricité qu'elle organise. Rappelons qu'en vertu du II de l'article L. 121-3 du code de l'énergie, les producteurs d'électricité, notamment EDF, contribuent à la réalisation de la mission d'approvisionnement en électricité qui est, rappelons-le, une mission de service public en vertu de l'article L.121-1 du même code. Qu'est-ce que contribuer à une mission de service public ? La loi ne dit pas qu'ils sont « chargés » de cette mission, ou pas davantage que cette mission leur « incombe ». Autrement dit, si nous adoptons une lecture stricte de la loi, il apparaît que les producteurs d'électricité ne sont pas directement chargés de cette mission. Sans que l'on sache d'ailleurs à qui la responsabilité de celle-ci revient exactement, car la loi est muette sur ce point. Il existe donc une difficulté sérieuse pour savoir quelle est la place effective des producteurs au regard du service public de l'électricité. La lecture de la loi, laisse penser que la production d'électricité ne relève pas du service public. Cette idée semble confirmée par une certaine jurisprudence. En effet, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2010 relatif à un litige portant sur un contrat d'achat d'électricité conclu entre une société de production d'énergie renouvelable et EDF, le Conseil d'État avait clairement exclu l'assimilation entre le fait de contribuer à la réalisation du service public et le fait d'être chargé d'une mission de service public³²⁵. Cette position a d'ailleurs été approuvée par le Tribunal des

³²⁵ CE, 1^{er} juillet 2010, req. n° 333275, *Société Bionerg c./ EDF*, Rec. tables. Selon cet arrêt :
« Considérant, en premier lieu, qu'un contrat conclu entre personnes privées est en principe un contrat de droit privé ; qu'il en va toutefois autrement dans le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique ; que, si en vertu des dispositions précitées de l'article 8 de la loi du 10 février 2000 relatives aux contrats conclus entre Electricité de France et les producteurs d'électricité retenus à la suite d'un appel d'offres, Electricité de France et les producteurs concernés contribuent au service public de l'électricité, et plus particulièrement à l'objectif de réalisation de la programmation pluriannuelle des investissements de production arrêtée par le ministre chargé de l'énergie, les contrats en cause ne peuvent être regardés comme conclus pour le compte d'une personne publique, alors que la production d'électricité ne relève de l'Etat ou d'une autre personne publique, ni par nature ni par détermination de la loi, et est au contraire une activité économique exercée par des entreprises privées ; qu'Electricité de France n'exerce donc dans ce domaine aucune mission pour le compte d'une personne publique et n'est pas placée, pour la mission de service public à laquelle elle contribue, sous l'autorité de l'Etat ou d'une autre personne publique ; qu'au surplus, à supposer que le contrat soit soumis à un régime exorbitant du droit commun, ce qui ne peut résulter des seules conditions relatives à sa passation, cette circonstance serait en tout état de cause sans incidence, s'agissant d'un contrat entre deux personnes privées ; qu'il résulte de ce qui précède que le contrat en cause dans le litige est un contrat de droit privé ; Considérant, en second lieu, qu'en tout état de cause, le refus par Electricité de France de signer le contrat de droit privé objet du litige n'est pas une décision prise dans l'exercice d'une mission de service public qui aurait été confiée à cette société sous le

conflits dans une décision du 13 décembre 2010³²⁶. Cette jurisprudence semblait à la fois claire et cohérente avec le nouvel état du droit positif.

Pourtant déjà à la même époque, d'autres formations du Conseil d'État prenaient des positions inverses. Le juge des référés du Conseil d'État tout d'abord, avait jugé dans deux ordonnances³²⁷ que le directeur de la production d'EDF avait le pouvoir de restreindre le droit de grève des personnels grévistes dans les centrales nucléaires, comme si EDF gérait ou du moins était responsable d'un service public. Mais le juge des référés du Conseil d'État ne dit pas explicitement que la production d'électricité constitue un service public. Le juge dit de façon évasive que « *les organes de direction d'une société chargée de service public, telle qu'EDF par la loi du 10 février 2000, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité* » pouvaient adopter les notes internes litigieuses. Or, la loi de 2000 n'incluant pas explicitement la production dans le service public de l'électricité, le juge se rattache ensuite à l'idée de contribution de la production d'électricité à l'approvisionnement en électricité du pays pour justifier sa décision. Il explique qu'il convient de « *[tenir] compte de la nature du service de production d'électricité, des impératifs de sécurité qui lui sont liés et des contraintes techniques du maintien de l'interconnexion et de préservation de l'équilibre entre la demande et l'offre d'électricité dans une situation estivale où les fortes températures peuvent solliciter le système de production électrique à un moment où la production est réduite* » afin de prendre les mesures permettant de « *répondre de la continuité des fonctions indispensables pour assurer la remise en service des réacteurs arrêtés dans les délais et éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement électrique du pays* »³²⁸. Ensuite, dans un avis contentieux du 29 avril 2010, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a été amenée, dans une affaire relative à la qualification d'ouvrage public, à déterminer si la production d'électricité relevait ou non d'un service public³²⁹. Selon cet avis, « *Il résulte de ces dispositions que la sécurité de*

contrôle d'une personne publique, et ne manifeste l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique ; »

³²⁶ TC, 13 décembre 2010, req. n° C3800, *SNC Green Yellow et les SNC Ksilouest, Ksilest et Ksilnordest c./ Electricité de France (EDF)*, Rec. tables ; R.J.E.P. juillet 2011, jurisprudence n° 34, p. 17, note Véronique LOY. Selon cette décision : « *Considérant qu'un contrat conclu entre personnes privées est en principe un contrat de droit privé, hormis le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique ; que les contrats, prévus à l'article 10 de la loi du 10 février 2000, entre la société EDF, qui n'exerce dans ce domaine aucune mission pour le compte d'une personne publique, et les producteurs autonomes d'électricité sont conclus entre personnes privées ; »*

³²⁷ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, et CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, R.J.E.P. octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ CE, 29 avril 2010, req. n° 323179, *Époux Beligaud*, Rec. p. 126, concl. Mattias GUYOMAR ; A.J.D.A. 2010, p. 926 ; *ibid.* p. 1642, chron. Sophie-Justine LIÉBER et Damiens BOTTEGHI ;

l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national constitue le principal objet du service public de l'électricité »³³⁰, or « la sécurité de l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national implique nécessairement que soient imposées à certains ouvrages de production d'électricité des contraintes particulières quant à leurs conditions de fonctionnement, afin d'assurer l'équilibre, la sécurité et la fiabilité de l'ensemble du système. Les ouvrages auxquels sont imposées ces contraintes en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité doivent être regardés comme directement affectés au service public et ils ont par suite le caractère d'ouvrage public. Leurs propriétaires, même privés, sont ainsi, dans cette mesure, chargés d'exécuter ce service public »³³¹. Puis, en formation contentieuse, le Conseil a jugé dans le même esprit que « la société anonyme Electricité de France, en tant qu'elle exploite un grand nombre d'ouvrages de production qui, de par leur contribution déterminante à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité, doivent être regardés comme directement affectés au service public de l'électricité, est chargée d'une mission de service public au titre de la production d'électricité »³³².

Cette position sera confirmée par l'arrêt de l'Assemblée du contentieux en date du 12 avril 2013 qui juge que la société EDF est responsable d'un service public en ce qu'elle exploite les centrales nucléaires³³³. Pour l'Assemblée, « il résulte [des] dispositions législatives [de la loi du 10 février 2000] que la garantie de l'approvisionnement sur l'ensemble du territoire national constitue l'objet du service public de l'électricité, qui doit répondre notamment, dans des considérations de sécurité suffisantes, aux besoins essentiels des consommateurs »³³⁴. Parce que les centrales nucléaires apportent « une contribution indispensable à l'approvisionnement sur le territoire métropolitain », la société EDF qui exploite ces centrales « est chargée, à ce titre, d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays »³³⁵, plus encore, « la société EDF est responsable d'un service public en ce qu'elle exploite les

ibid. p. 1916, étude Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY et Emmanuel GLASER ; *R.D.I.* 2010, p. 390, obs. O. FÉVROT ; *R.F.D.A.* 2010, p. 557, concl. Matias GUYOMAR ; *ibid.* p. 572, note Fabrice MELLERAY.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² CE, 23 juin 2010, req. n° 306237, *Comité mixte à la production de la direction des achats d'électricité de France*, *Rec. Lebon T.*, p. 690.

³³³ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *ibid.* p. 1052, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.* 2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

centres nucléaires de production d'électricité »³³⁶. La loi ne le dit pas, c'est une interprétation donnée par le juge au motif que « *L'État détient plus de 70 % du capital de cette société dont le président du conseil d'administration et le directeur général sont nommés par décret en conseil des ministres ; qu'au demeurant, en adoptant les dispositions aujourd'hui codifiées aux articles L. 336-1 et suivants du code de l'énergie relatives à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, le législateur a tiré les conséquences de la spécificité des 58 réacteurs du parc nucléaire français mis en service entre 1978 et 2002, dont l'entreprise EDF, sous le statut d'établissement public à caractère industriel et commercial puis de société anonyme, a depuis l'origine assuré le bon fonctionnement* ». Peu importe que la loi ne prescrive le rôle d'organisateur du service public de l'électricité qu'à l'État, les communes et leurs établissements public de coopération et la société RTE. En effet, pour l'Assemblée, EDF n'est pas organisateur du service public de l'électricité, elle est responsable d'un service public – l'exploitation des centrales nucléaires – qui contribue au service public de l'électricité.

Le rapporteur public Frédéric Aladjidi expliquait à l'Assemblée, « *il ne nous semble pas possible d'interpréter ce silence comme traduisant, au regard des travaux préparatoires, une volonté de nier une telle qualification qui transparaît, au contraire, dans la notion de garantie d'approvisionnement de l'article 1er et de contribution d'EDF, qui est nommément désignée à l'article 2, à la réalisation des objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements* ». De la même manière, dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 janvier 1995, *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris, Compagnie nationale du Rhône c/ EDF*³³⁷, Philippe Martin expliquait que « *l'activité de production n'est pas en soi un service public mais elle devient un service public dans le régime juridique d'EDF qui doit produire pour répondre aux besoins des usagers de son réseau de distribution* »³³⁸. Mattias Guyomar précisait « *D'une certaine manière, c'était, sous l'empire de la loi du 8 avril 1946, le caractère intégré des activités d'EDF exercées en situation de quasi-monopole qui créait un lien juridique entre la production et l'obligation de répondre aux besoins des usagers, au sein d'un service public unique. En raison du double continuum à la fois fonctionnel et juridique caractérisant alors le système électrique, la production d'électricité était regardée comme un service public par destination. Dans ces conditions, revêtaient un*

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ T. confl., 16 janvier 1995, req. n° 2946, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Compagnie nationale du Rhône c. Électricité de France*, Rec. Lebon, p. 489 ; C.J.E.G. 1995, p. 259, concl. Philippe MARTIN.

³³⁸ MARTIN (Philippe), concl. sur T. confl., 16 janvier 1995, req. n° 2946, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Compagnie nationale du Rhône c. Électricité de France*, C.J.E.G. 1995, p. 259.

caractère public les ouvrages de production d'électricité d'EDF qui étaient regardés comme partie intégrante du service public du transport et de la distribution d'électricité »³³⁹. Cette situation reflète une réalité constante dans le secteur électrique ; il existe une multitude de producteurs d'électricité, et une multitude d'usines de production d'électricité réparties sur l'ensemble du territoire. Même à l'époque où EDF était un établissement public, issu de la nationalisation et de la fusion de plusieurs entreprises privées du secteur, il n'y avait pas de monopole, mais un quasi-monopole. Il y a toujours eu des producteurs d'électricité situés en dehors du service public. La production d'électricité réalisée par EDF était un service public, parce que selon le régime juridique défini en 1946, toute l'activité d'EDF était considérée comme relevant du service public. Pour autant le parallèle avec la situation créée par la loi du 10 février 2000 ne nous convainc guère. Contrairement à la loi du 8 avril 1946, cette loi de 2000 définit précisément les contours du service public. La production n'y figure pas, parce que la loi s'inscrit dans une logique à venir de concurrence voulue par l'Union européenne. Le fait qu'en France la société EDF produise très majoritairement cette électricité du fait de ses centrales nucléaires dont elle a pour l'instant la responsabilité, n'enlève rien à cette logique de concurrence dans la production. Il suffit de lire le code de l'énergie pour constater que le titre consacré à la production d'électricité n'évoque à aucun moment le service public. Il n'y a aucun « oubli » de la part du législateur, qui aurait d'ailleurs eu de multiples occasions d'ajouter à la loi de 2000 en ce sens. De sa part, il y a une volonté manifeste, claire. Cette volonté semble aller dans le sens de l'histoire, dans la mesure où notre époque s'engage – peut-être encore timidement, mais certainement – vers la production d'énergie renouvelable ou propre. Sans dans un avenir proche, chaque habitation, chaque local professionnel sera autonome en matière d'énergie. Seules les grandes installations et certains systèmes de transport auront besoin d'une énergie produite par des centrales aujourd'hui nucléaire et demain éoliennes, solaires, géothermiques, etc.

Ainsi l'arrêt d'assemblée du 12 avril 2013 est « *un objet curieux [...] sans que sa postérité soit garantie tant il évoque plus le sur-mesure* » pour reprendre les termes du professeur Dupré de Boulois³⁴⁰. De même d'ailleurs que les commentateurs avisés du Conseil d'État écrivent « *La décision commentée lève [le] flou. Mais dans un sens qui, disons-le d'emblée, peine à nous convaincre* », dans la mesure où « *la décision a*

³³⁹ GUYOMAR (Matias), concl. sur CE, 29 avril 2010, req. n° 323179, *Époux Beligaud*, Rec. p. 126 ; R.F.D.A. 2010, p. 557.

³⁴⁰ DUPRÉ de BOULOIS (Xavier), note sous CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570 et autres, *Fédération FO énergie et mines et autres*, R.J.E.P. 2013, n° 34, p. 25.

donc moins réglé le problème qu'elle n'en a repoussé l'échéance »³⁴¹. Au fond, si la volonté du législateur était d'exclure la production d'électricité du service public, les conséquences juridiques de cette exclusion n'ont pas été anticipées, tant en ce qui concerne le régime juridique des ouvrages que le régime juridique du personnel particulièrement quant à son droit de grève. Plutôt que de vouloir à tout prix ré-inclure la production dans le service public selon des procédés discutables, la situation n'invite-t-elle pas à repenser le régime juridique de l'intérêt général du service de production électrique ?

210. – En revanche, concernant les autres missions identifiées par les textes susmentionnés, il ne fait aucun doute selon nous, que l'accomplissement de ces missions par les entités désignées par les textes, permet de considérer que ces entités accomplissent bien une mission de service public.

211. – ***Le rejet des obligations de service public et du service universel.*** – Reste que la législation française relative à l'énergie électrique donne l'impression de s'être cristallisée sur l'idée de « mission de service public ». Elle délaisse aussi bien la notion d'« obligation de service public », que celle de « service universel », qui sont pourtant deux notions très présentes dans la législation européenne. Or, la réalité est un peu plus complexe, car la législation française demeure ambiguë à bien des égards.

Il en est ainsi de l'obligation de service public dont le concept n'est pas utilisé par la législation sectorielle sur l'électricité, mais qui en utilise toutefois l'expression dans l'intitulé Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, *J.O.R.F.* n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3. des divisions du nouveau code de l'énergie. En effet, les articles L. 121-1, L. 121-2, L. 121-3, L. 121-4, L. 121-5 précités du code de l'énergie sont inclus dans un chapitre 1^{er} intitulé « obligations de service public assignées aux entreprises du secteur de l'électricité et du gaz », dont la section 1 s'intitule « obligation assignées aux entreprises du secteur de l'électricité ». Le code annonce donc des obligations de service public, là où en réalité, il évoque des missions de service public, puisqu'il qualifie de service public des activités entières.

Quant au service universel, le code de l'énergie n'utilise pas l'expression, alors qu'elle est largement évoquée par la législation européenne. Mais l'idée d'un service

³⁴¹ DOMINO (Xavier) et BRETONNEAU (Aurélien), « Pour que la lumière soit : de la possibilité pour EDF de limiter le droit de grève dans ses centrales nucléaires », *chron. sous CE, Ass.*, 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *A.J.D.A.* 2013, p. 1052.

« universel » se retrouve, notamment au dernier alinéa de l'article précité L. 121-1. En effet, celui-ci énonce : « *matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique* ». Ce « droit de tous » à l'électricité, laquelle est qualifiée de « produit de première nécessité », démontre l'universalité du service public de l'électricité qui rend ce « droit » effectif.

212. – Une mission de service public de façade. – La législation française relative au secteur de l'électricité est donc révélatrice de la réticence – réelle ou feinte – du législateur, du gouvernement et plus largement de la « classe politique » française, à l'égard d'une politique européenne en matière d'énergie électrique jugée trop libérale et attentatoire aux valeurs du service public français.

Il est vrai que ce secteur d'activité concentre en lui plusieurs caractéristiques qui le rendent si particulier en France comparé à d'autres pays voisins. Fer de lance de la reconstruction, l'électrification du pays largement avancée avant guerre est achevée au cours de cette période qui suivit la Libération. Plus encore, ce secteur est emblématique de l'indépendance énergétique du pays et de sa puissance industrielle. Des grands barrages hydroélectriques construits après-guerre, tels par exemple les barrages de Serre-Ponçon ou de Vassivière en Limousin, aux centrales nucléaires dont la construction fut décidée en mars 1974 pour les premières d'entre elles par le Premier ministre Pierre Messmer, le secteur de l'électricité est devenue une vraie fierté nationale. Dans ce contexte particulier, il était politiquement difficile en 2000 – mais ça l'est encore aujourd'hui – de heurter de front cette conception bien singulière du service public de l'électricité. Il était difficile d'abandonner une conception globale de ce service public, et d'utiliser à la place des notions « venues d'Europe » comme celles de service universel et d'obligation de service public, encore suspectée d'affaiblissement de la prise en charge de l'intérêt général. Et pourtant, la France y était contrainte de par les directives européennes. La législation française a dû s'adapter aux objectifs et aux exigences du droit européen sectoriel. Ce qu'elle fait dans le fond. Mais plutôt que d'assumer ce changement de paradigme dans l'organisation du secteur électrique où le monopole cède la place à la concurrence, où l'intégration du secteur au sein d'une seule structure, EDF, cède la place à une partition du secteur et à une pluralité d'acteurs, la législation continue d'afficher un attachement à une conception globale de cette activité. Affichage sans fondement, puisqu'il suffit de parcourir le code de l'énergie, pour comprendre que le secteur est marqué par la partition des activités, avec la séparation de la production,

du transport, de la distribution et de la fourniture d'énergie électrique, et avec des règles de concurrence bien établies. Derrière la façade du service public de l'électricité se cache en réalité la concurrence régulée du marché de l'électricité.

Si bien qu'en définitive, nous sommes amenés à nuancer l'analyse de la législation française dans ce secteur. Nous constatons en effet que sous couvert d'une expression de « mission de service public » dont la philosophie ne cadre pas avec la notion d'« obligation de service public », la législation française tente de s'accorder malgré tout avec les objectifs du droit sectoriel de l'Union européenne.

213. – *Le champ du service public de l'électricité.* – En conclusion, dans le secteur de l'énergie électrique, le service public est omniprésent et s'applique aux opérateurs exerçant les activités de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et enfin de fourniture d'électricité. Et du fait de leur contribution au « service public de l'électricité », les producteurs d'électricité ont été réintégré dans le champ du service public par le juge administratif, alors que le législateur avait voulu les en exclure.

Section 2.- Les secteurs à obligations de service public prédominantes

214. – Quatre secteurs d'activités en réseaux font aujourd'hui la part belle aux obligations de service public, parfois sous la forme d'obligations de service universel, sans que cela empêche l'utilisation marginale de la notion de mission de service public, que l'on retrouve donc dans certains cas dans ces secteurs. Ces quatre secteurs d'activités que nous allons examiner successivement sont le secteur de l'énergie gazière pour lequel la législation française utilise pleinement la notion d'obligation de service public (§ 1.-). Il s'agit aussi du secteur des communications électroniques (§ 2.-) et du secteur postal (§ 3.-) qui utilisent davantage l'idée d'obligation de service universel. Enfin, il s'agit du secteur aérien qui utilise la notion d'obligation de service public mais souvent par référence à la législation européenne applicable directement (§ 4.-).

§ 1.- Le service public dans le secteur de l'énergie gazière

215. – Un service public organisé en obligations. – Contrairement au secteur de l'énergie électrique que nous venons d'analyser, la législation française relative au secteur de l'énergie gazière organise le service public sous forme d'obligations, conformément cette fois aux prescriptions du droit de l'Union européenne en ce domaine. Ces obligations de service public sont définies à l'article L. 121-32 du code de l'énergie ; lequel figure comme pour son homologue applicable au secteur de l'énergie électrique (L. 121-1), dans le chapitre 1^{er} consacré aux « obligations de service public assignées aux entreprises du secteur de l'électricité et du gaz » inclus au Titre II intitulé « Les obligations de service public et la protection des consommateurs » également inclus dans le livre 1^{er} du code de l'énergie est consacré à « L'organisation générale du secteur de l'énergie ». Autrement dit, cette fois, les obligations de service public annoncées par les intitulés du code de l'énergie, sont bien au rendez-vous des dispositions législatives. Ce dispositif ne se complaît pas dans un jeu de faux-semblant laissant accroire la persistance d'une mission globale de service public, mais s'inscrit dans la volonté manifeste de l'Union européenne d'organiser la présence du service public sous forme d'obligations attribuées à des opérateurs sur un marché concurrentiel.

216. – Les destinataires des obligations de service public. – L'article L. 121-32 du code de l'énergie précise dans en premier lieu les destinataires des obligations de service public dans le secteur du gaz. Ceux-ci sont distingués en trois catégories de destinataires. Il s'agit tout d'abord des opérateurs de réseaux de transport et de distribution de gaz naturel et des exploitants d'installations de gaz naturel liquéfié, y compris les installations fournissant des services auxiliaires. Ensuite sont visés les fournisseurs ayant une autorisation délivrée par l'autorité administrative conformément à l'article L. 443-1 du code de l'énergie, les entreprises locales de distribution mentionnées à l'article L. 111-54 du même code³⁴² et les distributeurs agréés concessionnaires³⁴³ des communes ou de leurs établissements publics. Enfin, sont mentionnés comme destinataires des obligations de service public, les titulaires de

³⁴² Selon l'article L. 111-54 du code de l'énergie, « Sont des « entreprises locales de distribution » les sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités locales détiennent la majorité du capital, les coopératives d'usagers et les sociétés d'intérêt collectif agricole concessionnaires de gaz ou d'électricité, ainsi que les régies constituées par les collectivités locales, existant au 9 avril 1946 et dont l'autonomie a été maintenue après cette date. Ces organismes doivent, pour demeurer de droit des gestionnaires de réseaux de distribution dans leur zone de desserte, conserver leur appartenance au secteur public, quelle que soit leur forme juridique ou leur nature coopérative ».

³⁴³ Tels que mentionnés au III de l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales.

concessions de stockage souterrain de gaz naturel régies par les articles L.231-3 et suivant du livre II du code minier. Notons que la concession de stockage n'est pas une concession de service public, si bien qu'y imposer des obligations de service public n'est pas superflu sur le plan juridique, dès lors qu'il s'agit d'intégrer des considérations d'intérêt général dans la l'exploitation des sites autorisés.

Par ailleurs, l'article L. 121-32 du code de l'énergie dispose que ces obligations de service public « *sont précisées par les autorisations de fourniture ou de transport de gaz naturel, les concessions de stockage souterrain de gaz naturel, les cahiers des charges des concessions et les règlements des régies locales* ». De plus, un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles ces obligations de service public peuvent varier selon les différentes catégories d'opérateurs. Il s'agit en l'occurrence du décret du 19 mars 2004, non encore codifié³⁴⁴. Les opérateurs du secteur ne devront respecter que les obligations de service public inscrites dans leurs autorisations d'exploitation délivrées par les pouvoirs publics.

217. – Le contenu des obligations de service public. – Le II de l'article L. 121-32 du code de l'énergie, précise le contenu des obligations de service public applicables aux opérateurs mentionnés précédemment. Elles sont au nombre de onze : 1° La sécurité des personnes et des installations en amont du raccordement des consommateurs finals ; 2° La continuité de la fourniture de gaz ; 3° La sécurité d'approvisionnement ; 4° La qualité et le prix des produits et des services fournis ; 5° La protection de l'environnement, en particulier l'application de mesures d'économies d'énergie ; 6° L'efficacité énergétique ; 7° La valorisation du biogaz ; 8° Le développement équilibré du territoire ; 9° La fourniture de gaz de dernier recours aux clients non domestiques assurant des missions d'intérêt général ; 10° La fourniture de gaz naturel au tarif spécial de solidarité mentionné à l'article L. 445-5 du présent code ; 11° Le maintien, conformément à l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles, d'une fourniture aux personnes en situation de précarité.

Ces obligations sont reprises et précisées par le décret précité du 19 mars 2004. Il est frappant de constater que la plupart de ces obligations correspondent à de véritables conditions de fonctionnement du service du gaz. Il en va ainsi, lorsque l'obligation porte notamment sur la sécurité, la continuité ou encore la qualité et le prix. Toutefois, pour les trois dernières de ces obligations mentionnées par la loi, nous remarquons qu'elles concernent une activité dans sa globalité, puisqu'il est question

³⁴⁴ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, *J.O.R.F.* du 21 mars 2004.

d'assurer la « fourniture » en gaz naturel pour telle ou telle catégorie de clients. Dans ce cas, l'obligation de service public donne l'impression de contenir une sorte de mission à part entière. On est donc en présence d'obligations-missions.

218. – Au-delà de la confusion des termes : une logique préservée. – Toutefois, le législateur français tombe dans la confusion dans la section 3 consacrée à la « mise en œuvre contractuelle des obligations de service public ». En effet, il y évoque abondamment aux articles L. 121-45 et L. 121-46 les « missions de service public ». Or, l'article 121-46 concerne la contractualisation de la mise en œuvre des missions de service public ainsi définies (en l'occurrence il s'agirait plutôt d'obligations de service public), contractualisation établie entre l'État et les deux opérateurs historiques que sont EDF et GDF-Suez, ainsi qu'avec les sociétés gestionnaires des réseaux de transport et de distribution. Cela donne l'étrange impression d'un duopole consacré par le législateur en matière de fourniture d'énergie. Cependant, nous écarterons ce soupçon à l'égard du législateur, car l'article L. 121-47 dispose que l'État peut également conclure avec les autres entreprises du secteur assumant des « missions de service public » des contrats précisant les objectifs et les modalités de mise en œuvre de ces dernières. Ainsi n'importe quel nouvel entrant sur le marché peut bénéficier d'un tel contrat. Mais, dans une logique concurrentielle, on est toujours surpris de voir le sort particulier réservé à un opérateur historique, sous prétexte au fond qu'il appartient – même partiellement – au secteur public, ce qui est le cas de GDF-Suez et d'EDF dont le capital est en partie détenu par l'État actionnaire. Nous pensons que dans le cas présent, nous ne sommes pas face un à maintien du *statu quo ante*, au contraire de ce que nous trouvons encore aujourd'hui dans le secteur ferroviaire et dans une moindre mesure dans le secteur de l'électricité.

En revanche nous voyons bien l'imprécision avec laquelle le législateur français utilise les notions de mission de service public et d'obligation de service public. Mais si on se réfère à la chronologie des textes, nous nous rendons compte que le code de l'énergie utilise l'expression « obligation de service public », tandis que la législation antérieure qui y est reprise (car la codification a eu lieu à droit constant) utilise très facilement l'expression « mission de service public ». En définitive cette confusion n'est pas très grave, car les textes applicables au secteur du gaz, reflètent bien la logique présente dans les textes européens en la matière. Ainsi, nous pouvons dire que la définition du service public dans le secteur du gaz se fait dans la législation française, principalement sous forme d'obligations de service public pouvant être imposées aux divers opérateurs intervenants sur le marché du stockage, du transport, de la distribution

de gaz. De plus, ces obligations peuvent faire l'objet d'une compensation des charges induites par leur mise en œuvre, conformément aux articles L. 121-35 et suivants du code de l'énergie, dont les règles sont précises et définies par décret en Conseil d'État. Bref, tout ceci est compatible avec les prescriptions du droit communautaire contenu dans les directives de 2003 relative au secteur gazier.

§ 2.- Le service public dans le secteur des communications électroniques

219. – Un service public diminué. – Le secteur des communications électroniques, un des premiers secteurs en réseaux à avoir connu l'épreuve de la libéralisation, est caractérisé par une ouverture à la concurrence très large. Cependant, le service public n'a pas entièrement disparu, mais il est vrai que son intensité a diminué. L'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques pose le principe du libre exercice des activités de communications électroniques, dans le respect des formalités spécifiques (déclaration ou autorisation d'exercice d'activité). Il précise aussi qu'est garanti dans ce contexte le maintien et le développement du service public des communications électroniques défini par le code ; ce service public comprend notamment le droit de chacun au bénéfice du service universel des communications électroniques. Ainsi, l'ouverture du marché des communications électroniques s'est accompagnée du maintien du service public, mais sous des formes différentes, puisqu'il est question de service universel.

220. – Le contenu du service public. – Le contenu du service public dans le secteur des communications électroniques est précisé par l'article L. 35 du code des postes et des communications électroniques. On remarque que cet article s'inscrit dans le chapitre III consacré aux « obligations de service public ». Il énonce que « les obligations de service public sont assurées dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité ». Elles comprennent : a) Le service universel des communications électroniques défini, fourni et financé dans les conditions fixées aux articles L. 35-1 à L. 35-4 ; b) Les services obligatoires de communications électroniques offerts dans les conditions fixées à l'article L. 35-5 ; c) Les missions d'intérêt général dans le domaine des communications électroniques, en matière de défense et de sécurité, de recherche publique et d'enseignement supérieur, assurées dans les conditions fixées à l'article L. 35-6.

221. – Le contenu du service universel. – Le service universel des communications électroniques est défini à l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques³⁴⁵. Le service universel des communications électroniques fournit à tous : 1° Un service téléphonique de qualité à un prix abordable ; 2° Un service de renseignements et un annuaire d'abonnés, sous forme imprimée et électronique ; 3° L'accès à des cabines téléphoniques publiques installées sur le domaine public ; 4° Des mesures particulières en faveur des utilisateurs finaux handicapés.

Concernant le service téléphonique de qualité à un prix abordable, le même article L. 35-1 donne quelques précisions. Ce service assure l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et des communications de données à des débits suffisants pour permettre l'accès à Internet, en provenance ou à destination des points d'abonnement, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence. Les conditions tarifaires incluent le maintien, pendant une année, en cas de défaut de paiement, d'un service restreint comportant la possibilité de recevoir des appels ainsi que d'acheminer des appels téléphoniques aux services gratuits ou aux services d'urgence au bénéfice du débiteur saisi en application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et du débiteur qui fait l'objet de mesures prévues aux articles L. 331-1 et suivants du code de la consommation. Enfin, il est indiqué que toute personne obtient, sur sa demande, l'abonnement au service d'un opérateur chargé du service universel dans les conditions prévues par le présent code. Le propriétaire d'un immeuble ou son mandataire ne peut s'opposer à l'installation de la ligne d'abonné demandée par son locataire ou occupant de bonne foi ;

Concernant le service de renseignements et d'annuaire d'abonnés l'article L. 35-4 du code des postes et des communications électroniques dispose que le service d'annuaire universel, présenté sous forme imprimée et électronique, et le service universel de renseignements, permet au public d'avoir accès, sous réserve de la protection des droits des personnes, aux noms ou raisons sociales, aux numéros téléphoniques et aux adresses de tous les abonnés aux réseaux ouverts au public, ainsi qu'à la mention de leur profession pour ceux qui le souhaitent. Le public peut avoir accès, sous cette même réserve, aux adresses électroniques des abonnés qui le souhaitent. Il est précisé que tout annuaire universel doit respecter des modalités de présentation et

³⁴⁵ Le service universel est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés particulières rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes, en raison notamment de leur niveau de revenu et en proscrivant toute discrimination fondée sur la localisation géographique de l'utilisateur.

des caractéristiques techniques fixées par voie réglementaire. Toute personne qui édite un annuaire universel ou fournit un service universel de renseignements traite et présente de façon non discriminatoire les informations qui lui sont communiquées à cette fin. Enfin, un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques, détermine les modalités d'application du présent article. Il précise notamment les garanties à mettre en œuvre pour assurer la confidentialité des données, compte tenu des intérêts commerciaux des opérateurs, et la protection de la vie privée. Ces dispositions réglementaires sont codifiées aux articles R. 10 et suivants du code des postes et des communications électroniques.

En ce qui concerne l'accès à des cabines téléphoniques publiques installées sur le domaine public, l'article R. 20-30-3 du code des postes et des communications électroniques pris pour l'application du 3° de l'article L. 35-1 expose que tout opérateur chargé, en application de l'article L. 35-2, de fournir cette composante du service universel met à disposition du public sur le domaine public des installations, dénommées publiphones, permettant d'accéder sans restriction au service téléphonique au public. Cet opérateur met à disposition du public au moins un publiphone dans chaque commune de la zone géographique dans laquelle il est désigné. Dans les communes dont la population dépasse 1 000 habitants, cet opérateur implante au moins un second publiphone. Enfin cet opérateur assure à partir de ces publiphones l'acheminement des communications en provenance et à destination de la métropole, des départements d'outre-mer, des collectivités de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon, de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, de Wallis-et-Futuna et des Terres australes et antarctiques françaises ainsi que des pays étrangers.

Enfin, en ce qui concerne les mesures prises en faveur des utilisateurs finaux handicapés, l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques indique qu'il s'agit d'assurer, d'une part, un accès aux services mentionnés aux 1°, 2° et 3° qui soit équivalent à l'accès dont bénéficient les autres utilisateurs finaux et, d'autre part, le caractère abordable de ces services. L'article R. 20-30-4 du code des postes et des communications électroniques dispose que les opérateurs chargés de fournir une ou plusieurs des composantes du service universel mentionnées aux 1° et 3° de l'article L. 35-1 ou les éléments de celle décrite au 2° du même article assurent aux utilisateurs handicapés l'accès à ce service, dans la limite des technologies disponibles pouvant être mises en œuvre à un coût raisonnable. Autrement dit cette quatrième composante du service universel vise à rendre accessibles les trois autres composantes du service universel aux personnes ayant un handicap. À cet effet, le texte précise d'une part que

tout opérateur chargé de fournir la composante du service universel mentionnée au 1° de l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques assure aux abonnés handicapés l'accès aux informations tarifaires, aux documents contractuels et de facturation par un moyen adapté à leur handicap. D'autre part, tout opérateur chargé de fournir le service de renseignements mentionné au 2° de l'article L. 35-1 fournit un accès gratuit, à ce service, aux abonnés qui sont dans l'impossibilité de consulter l'annuaire universel en raison de leur handicap visuel. Enfin, tout opérateur chargé de fournir la composante du service universel mentionnée au 3° de l'article L. 35-1 veille à ce que des publiphones établis en application de l'article R. 20-30-3 soient accessibles aux handicapés moteurs et aux aveugles ; le nombre de ces publiphones et leur répartition géographique tiennent compte des besoins de la population concernée.

222. – Les services obligatoires. – Selon l'article L. 35-5 du code des postes et des communications électroniques, les services obligatoires de communications électroniques comprennent une offre, sur l'ensemble du territoire, d'accès au réseau numérique à intégration de services, de liaisons louées, de commutation de données par paquet et de services avancés de téléphonie vocale. Le cahier des charges d'un opérateur chargé du service universel détermine ceux des services obligatoires qu'il est tenu d'assurer et les conditions de leur fourniture.

223. – Les autres missions de service public. – L'article L. 35-6 du code des postes et des communications électronique précise les conditions dans lesquelles sont assurées les missions de d'intérêt général dans le domaine des communications électroniques, en matière de défense et de sécurité, de recherche publique et d'enseignement supérieur.

En ce qui concerne les missions en matière de défense et de sécurité, il est indiqué que les prescriptions exigées par la défense et la sécurité publique et les garanties d'une juste rémunération des prestations assurées à ce titre, à la demande de l'État, par les opérateurs sont déterminées par décret.

En ce qui concerne l'enseignement supérieur dans le domaine des communications électroniques l'article L. 35-6 indique qu'il relève de la responsabilité de l'État et est placé sous la tutelle du ministre chargé des communications électroniques. Il est à la charge de l'État, dans les conditions prévues par les lois de finances. Il bénéficie, de sa part et dans les conditions prévues par les lois de finances, des moyens lui garantissant une haute qualité.

Enfin, il est précisé que les missions de recherche publique et de développement dans le domaine des communications électroniques sont exercées par

l'État ou pour le compte de l'État et sous sa responsabilité dans le cadre de contrats qui définissent les programmes et en précisent les modalités de réalisation ainsi que de financement.

224. – Un service public strictement délimité. – Ainsi le service public demeure encore étendu dans le secteur des communications électroniques, mais il est devenu plus précisément délimité. Très étendu dans la mesure où ce service public est principalement défini par sa composante « service universel » ; or la première composante du service universel est de loin la plus étendue, puisqu'il s'agit du service téléphonique proprement dit, à savoir donc l'acheminement des communications téléphoniques, des communications par télécopie et des communications de données à des débits suffisants pour permettre l'accès à Internet, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence. Il semble donc que tout service de téléphonie fixe entre dans cette notion de service universel et partant de service public. Toutefois, le service public est strictement délimité, il ne s'étend pas au-delà des textes qui le délimitent.. En effet, il ne désigne nullement la téléphonie obtenue via une « box » et donc via le réseau Internet. Par ailleurs, la téléphonie mobile n'est pas considérée comme relevant du service public, puisque les textes ne la mentionnent pas comme tel.

225. – Le caractère englobant du service universel. – On conclura ce point en remarquant que dans le secteur des communications électroniques, la législation française utilise pour sa présentation générale du service public, la notion d'« obligation de service public ». Il s'avère que de par leurs contenus, ces diverses obligations mentionnés recèlent en réalité de véritables missions : fournir un accès téléphonique, installer et entretenir un parc de cabines téléphonique, etc. Nous sommes donc ici dans l'acception d'obligation-mission et non pas dans celle d'obligation-condition. Pourtant, le service public répond bien aux caractéristiques déjà évoquées, de service public textuel, fonctionnel et concurrentiel. Dès lors, le fait que l'obligation de service public soit davantage présentée comme une mission est principalement dû à la présence du service universel. Le caractère universel du service ayant alors une fonction englobante, faisant apparaître l'activité comme une mission à part entière. Mais lorsque l'on examine en détail la réglementation applicable au service universel, on se rend compte que de nombreuses exigences de fonctionnement de ce service correspondent au fond à des obligations de service public, dans le sens de conditions.

§ 3.- Le service public dans le secteur postal

226. – *Le service public postal.* – Le secteur postal est particulièrement marqué par la présence du service universel, lequel constitue presque l'intégralité du service public présent dans le secteur. Cette intégration du service universel dans le service public est indiquée par les intitulés des divisions du code des postes et des communications électroniques applicables au secteur postal. Dans le chapitre 1 intitulé « Le service universel postal et les obligations du service postal », se trouve une section 2 intitulée « Droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux ». Or, les dispositions de cette section 2 concernent essentiellement les missions de service universel assurées par La Poste. On en déduit que le service universel postal est bien inclus dans le service public postal. Il en constitue même l'essentiel, comme nous l'avons noté. Cela tient d'une part à l'ampleur du champ couvert par ce service universel et d'autre part au caractère assez réduit des autres missions de service public.

227. – *Les missions de service public.* – En effet, les autres missions de service public sont décrites dans la sous-section 3 de la section 2 susmentionnée relatives aux « Droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux ». Ces missions de service public concernent notamment la continuité de l'action gouvernementale, et le maintien des activités essentielles de la nation. Il s'agit aussi de satisfaire à des obligations spéciales en matière de défense nationale et de sécurité publique. Enfin, il s'agit de concourir à l'organisation et à l'exécution du service de la poste aux armées, en fonction d'une convention signée avec l'État. Ces missions sont davantage précisées par l'article R. 1-1-25 du code des postes et des communications électroniques. L'article R. 1-1-26 précise que ces prestations de La Poste sont rémunérées par l'État selon les tarifs en vigueur, sauf exception.

228. – *Les missions de service universel.* – Le service universel qui constitue donc le champ principal du service public postal est d'abord présenté de manière générale par l'article L. 1, alinéa 4 du code des postes et des communications électroniques. Selon cette disposition, le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire. Il est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale. Il garantit à tous les usagers, de manière permanente et sur l'ensemble du territoire national, des services postaux répondant à des normes de qualité déterminées. Ces services sont offerts à des prix abordables pour tous les utilisateurs.

Les prix sont orientés sur les coûts et incitent à une prestation efficace, tout en tenant compte des caractéristiques des marchés sur lesquels ils s'appliquent.

L'alinéa 5 de l'article L. 1 précité indique que le service universel postal comprend des offres de services nationaux et transfrontières d'envois postaux d'un poids inférieur ou égal à deux kilogrammes, de colis postaux jusqu'à vingt kilogrammes, d'envois recommandés et d'envois à valeur déclarée. L'article R. 1 du code précise le contenu de cette offre de service universel, laquelle comprend tout d'abord les services d'envois de correspondance pesant au plus deux kilogrammes. Ceux-ci comprennent : 1° les services d'envois ordinaires égrenés ou en nombre, les services d'envois nationaux égrenés incluant des services d'envois prioritaires et non prioritaires et 2° les services d'envois recommandés avec ou sans avis de réception. L'offre de service universel comprend ensuite, les services d'envois de journaux et imprimés périodiques pesant au plus deux kilogrammes ; Les services d'envois de catalogues et autres imprimés pesant au plus deux kilogrammes ; les services d'envois de colis postaux pesant au plus vingt kilogrammes, en envoi ordinaire ou en recommandé, offerts au public à l'unité, à l'exclusion des services d'envois offerts à des entreprises en exécution de contrats portant sur plusieurs envois ; les services d'envois à valeur déclarée dont le montant est inférieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé des postes ; le service de réexpédition des envois postaux mentionnés au présent article ; les services d'envois de cécogrammes³⁴⁶ à titre gratuit en envoi ordinaire ou en recommandé, ceci dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé des postes.

Il est précisé ensuite à l'alinéa 6 de l'article L.1 du code que les services d'envois postaux à l'unité fournis par le prestataire du service universel postal sont proposés aux mêmes tarifs sur l'ensemble du territoire métropolitain³⁴⁷.

³⁴⁶ Un cecogramme est un courrier ou un colis contenant des documents envoyés ou reçus par des déficients visuels (aveugles ou malvoyants) ou par les organisations qui les assistent (associations, établissements d'éducation spécialisée, etc.), et qui bénéficient de ce fait d'une franchise totale ou partielle dans les systèmes postaux de nombreux pays, en vertu des recommandations de l'Union postale universelle. En France, la franchise est totale.

³⁴⁷ Étant précisé que le tarif appliqué aux envois de correspondance à l'unité en provenance et à destination des départements d'outre-mer, de Mayotte, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, des îles Wallis et Futuna et des Terres australes et antarctiques françaises est celui en vigueur sur le territoire métropolitain lorsque ces envois relèvent de la première tranche de poids (lettre de 20 grammes). Il en va de même des envois de correspondance à l'unité relevant de la première tranche de poids (lettre de 20 grammes) en provenance du territoire métropolitain ou des collectivités précédemment mentionnées et à destination de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie. Au-delà de la première tranche de poids, les tarifs de base pratiqués (pour la France métropolitaine) sont majorés par tranche de 10 grammes (actuellement cinq et onze centimes selon la zone ultramarine concernée).

Enfin, en ce qui concerne la levée et la distribution relevant du service universel postal, l'alinéa 7 de l'article L. 1 précité dispose qu'ils sont assurés tous les jours ouvrables, sauf circonstances exceptionnelles. En ce qui concerne la distribution, l'article R.1 du code, à son avant-dernier alinéa, précise que les envois prioritaires relevant du service universel postal sont distribués le jour ouvrable suivant le jour de leur dépôt.

229. – Le prestataire de service universel. – L'article L. 2 du code des postes et des communications électroniques désigne La Poste comme étant le prestataire de service universel, pour une durée de quinze ans à compter du 1^{er} janvier 2011 soit jusqu'au 1^{er} janvier 2026.

Le prestataire de service universel doit notamment respecter les obligations prévues à l'article L.3. Il s'agit des règles que doit respecter un opérateur souhaitant obtenir une autorisation d'exploitation délivrée par l'autorité administrative compétente, ici l'ARCEP, laquelle autorisation est délivrée en fonction du respect d'un certains nombres de conditions. Ces conditions qui s'appliquent tant au prestataire de service universel qu'aux autres prestataires de services postaux, ne sont pas qualifiées d'obligations de service public.

Le prestataire de service universel désigné doit mettre en œuvre le service universel dans les conditions définies par les articles R. 1 et suivants du code des postes et des communications électroniques qui détaillent les conditions de fourniture de ce service. Un décret fixe les droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux, y compris le régime spécifique offert à la presse³⁴⁸. Pour mener à bien sa mission de service universel, l'opérateur de service universel bénéficie de compensations financières. Un fonds de compensation du service universel postal est d'ailleurs mis en place par l'article L. 2-2 du code des postes et des communications électroniques qui en fixe le cadre général.

§ 4.- Le service public dans le secteur aérien

230. – Un service public résiduel. – Le transport aérien est l'un des secteurs d'activités en réseaux les plus ouverts à la concurrence, et celui qui a connu une

³⁴⁸ Sur ce point, l'article R. 1-1-17 du code des postes et des communications électroniques précise en effet que les envois de publications périodiques bénéficiant de l'agrément de la commission paritaire des publications et agences de presse sont acheminés dans les conditions du service universel postal.

libéralisation rapide. C'est aussi celui où le service public n'est plus que résiduel. Sa présence est justifiée, par la nécessité de préserver l'intérêt général, lorsque la concurrence se montre incapable de le satisfaire, où lorsque la concurrence est impraticable. Dans la législation française on peut identifier trois domaines d'activités dans le secteur aérien où le service public est plus ou moins présent. Il y a d'abord le service public aéroportuaire, le service public d'assistance en escale et le service public de transport aérien.

231. – Le service public aéroportuaire. – Le service public aéroportuaire correspond à la mise à disposition des compagnies aériennes et de leurs clients des infrastructures aéroportuaires, pistes, parkings, aérogares, etc. Ces infrastructures sont d'ailleurs gérées en monopole, puisqu'il est évidemment impensable de dupliquer une plate-forme aéroportuaire dans une même aire géographique³⁴⁹. Mais cette gestion peut aussi bien être le fait d'une entité publique que privée. Il n'en reste pas moins qu'en France, les aéroports sont de la compétence de l'État ou des collectivités locales si elles en ont fait la demande à l'État. Ces collectivités publiques peuvent concéder la gestion de la plate-forme aéroportuaire à un concessionnaire public ou privé. Dans ce cas, on se trouve donc dans la logique de la concession de service public, très classique en droit administratif français. Le droit positif applicable est peu disert sur l'étendue du service public aéroportuaire. L'un des seuls articles du code des transports qui l'évoque, est l'article L. 6325-1 premier alinéa. Selon cette disposition, « *Les services publics aéroportuaires rendus sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique donnent lieu à la perception de redevances pour services rendus fixées conformément au deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce* ». Cette rédaction laisse évidemment penser que c'est une mission « globale » de service public qui est visée ici. La notion d'obligation de service public n'est cependant pas utilisée.

Il revient à chaque autorité concédante de déterminer la consistance précise de ce service public. Les exemples pourraient être nombreux. Si l'on se réfère aux cahiers des charges types des aéroports de l'État³⁵⁰, annexé au décret n° 2007-244 du

³⁴⁹ Cela n'exclut pas la concurrence entre les aéroports, même éloignés géographiquement (tels Paris-CDG et London Heathrow, par exemple), mais c'est un autre problème lié notamment à la logique de hub et de partages de code développée par les compagnies aériennes.

³⁵⁰ Il s'agit des aéroports de Bordeaux-Mérignac, Lyon - Saint-Exupéry et Lyon-Bron, Marseille-Provence, Aix-Les Milles et Marignane-Berre, Montpellier-Méditerranée, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire - Montoir, Nice - Côte d'Azur et Cannes-Mandelieu, Strasbourg-Entzheim, Toulouse-Blagnac, et ceux de Cayenne-Rochambeau, Fort-de-France - Le Lamentin, Pointe-à-Pitre - Le Raizet, Saint-Denis-Gillot.

23 février 2007³⁵¹, celui-ci utilise la notion de mission de service public. Ainsi, l'article 75 précise que le concessionnaire communique au ministre chargé de l'aviation civile « *un compte rendu pour l'exercice écoulé de l'exécution de ses missions de service public* », dans lequel il procède à une « *analyse de la qualité du service* ». Les missions du concessionnaire fixées à l'article 1^{er} du cahier des charges sont donc considérées comme des missions de service public. Dans le cas précis de la société Aéroports de Paris, l'article L. 6323-4 du code des transports indique qu'« *un cahier des charges approuvé par décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles la société Aéroports de Paris assure les services publics liés à l'exploitation des aérodromes mentionnés à l'article L. 6323-2³⁵² [...]* ». Nous sommes là encore dans une logique de « missions » de service public.

232. – Les services publics d'assistance en escale. – Ces services publics aéroportuaires ne doivent plus être confondus avec les services publics d'assistance en escale. Ils consistent à assurer les opérations d'embarquement et de débarquement des passagers et de leurs bagages ainsi que du fret embarqué. Il s'agit aussi d'assurer l'avitaillement des appareils en escale, et l'assistance technique au démarrage (énergie électrique, dégivrage, manœuvre de roulage sur parking...).

La libéralisation des services d'assistance en escale à la fin des années 1990' devait néanmoins être accompagnée de la possibilité de grever l'activité en question d'obligation de service public. C'est ce que prévoyait la directive du 15 octobre 1996³⁵³.

Mais les autorités françaises ont choisi une autre voie, qui ne fait pas référence à la notion d'obligation de service public, aussi étrange que cela puisse paraître. L'article L. 6326-1 du code des transports pose le cadre très général applicable aux services d'assistance en escale. Il en résulte que sur les aérodromes ouverts à la circulation aérienne publique dont le trafic excède un seuil fixé par décret, les services d'assistance en escale sont fournis par les transporteurs aériens, les exploitants d'aérodromes et les entreprises agréés à cet effet. Dans les autres cas, où le trafic est faible, les services en escales sont encore fournis par la plate-forme aéroportuaire. Dans le cas où la

³⁵¹ Décret n° 2007-244 du 23 février 2007 *relatif aux aérodromes appartenant à l'Etat et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes*, J.O.R.F. n°48 du 25 février 2007, page 3444, texte n° 8.

³⁵² Selon cet article L. 6323-2, Aéroports de Paris est chargée d'aménager, d'exploiter et de développer les aérodromes de Paris - Charles-de-Gaulle, Paris-Orly, Paris-Le Bourget, ainsi que les aérodromes civils situés dans la région Ile-de-France dont la liste est fixée par décret.

³⁵³ Directive 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 *relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté*, J.O.C.E. n° L 272 du 25 octobre 1996, pp. 36 et suiv.

concurrence est en principe possible, l'article L. 6326-1 précité prévoit qu'un décret fixe les conditions qui sont imposées aux différents prestataires, ainsi que les conditions dans lesquelles l'autorité administrative compétente peut limiter le nombre de ces prestataires. Les dispositions de ce décret ont été codifiées aux articles R. 216-1 et suivants du code de l'aviation civile (encore en vigueur dans l'attente de la publication de la partie réglementaire du code des transports). Elles organisent de façon plus précise le régime juridique des services d'assistance en escale. Il apparaît que ce secteur est essentiellement organisé en concurrence. Aucun système d'obligation de service public n'est donc envisagé. Cependant, la concurrence peut être limitée par le ministre chargé de l'aviation civile, puisque celui-ci peut limiter le nombre de prestataires autorisés à fournir ces services sur un aéroport donné³⁵⁴. Dans ce cas, les prestataires autorisés sont sélectionnés selon une procédure définie à l'article R. 216-16 du code de l'aviation civile³⁵⁵. On est alors en présence d'un droit exclusif, à défaut d'une obligation de service public, ce que le droit européen sectoriel autorise.

233. – Le service public de transport aérien. – En ce qui concerne l'activité de transporteur aérien, les obligations de service public sont organisées par le règlement (CE) n° 1008/2008 du 24 septembre 2008³⁵⁶ (qui reprend et modifie celui de 1992³⁵⁷). Ces règles étant d'application directe, la législation française ne fait que les évoquer à travers la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales. En effet, l'article L. 6412-4 du code des transports (article L. 330-3 du code de l'aviation civile) dispose que « *Sous réserve des compétences attribuées à certaines collectivités territoriales, l'État peut déléguer tout ou partie de l'organisation de services de transport aérien intérieurs au territoire français soumis à des obligations de service public à une collectivité territoriale ou à une autre personne publique intéressée l'ayant demandé* ». Mais cet article ne précise pas ce qu'il faut entendre par obligation de service public, et ne définit pas plus ces transports aériens domestiques soumis à de telles obligations. En revanche, la disposition réglementaire d'application, actuellement codifiée à l'article R. 330-7 du code de l'aviation civile mentionne explicitement le règlement européen de

³⁵⁴ Article R. 216-5 du code de l'aviation civile.

³⁵⁵ Procédure non applicable au gestionnaire de l'aérodrome et aux sociétés qu'il contrôle directement ou indirectement, ou qui le contrôle directement ou indirectement

³⁵⁶ Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)*, J.O.U.E. du 31 octobre 2008, n° L 293/3.

³⁵⁷ Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires*, J.O.C.E. n° L 240 du 24 août 1992, pp. 8 et suiv.

1992³⁵⁸. Selon cette disposition, le ministre chargé de l'aviation civile peut décider, sur proposition de collectivités territoriales ou d'autres personnes publiques intéressées et sous réserve des compétences spécifiques attribuées à certaines d'entre elles, d'imposer des obligations de service public sur des services aériens réguliers dans les conditions définies par le règlement européen. Dans ce cadre, si aucun transporteur aérien titulaire d'une licence d'exploitation n'a commencé ou n'est sur le point de commencer l'exploitation de services aériens sur une liaison grevée d'obligations de service public, le ministre chargé de l'aviation civile peut, par arrêté, en limiter l'accès à un seul transporteur qui est choisi à l'issue d'une procédure d'appel d'offres pour une période maximale de trois ans renouvelable.

Dès lors, le service public dans le transport aérien se rencontre sur les liaisons intérieures grevée d'obligations de service public par les autorités publiques compétentes (en principe l'État, ou bien les collectivités territoriales ayant bénéficié d'un transfert de compétence). Ce sont alors les actes administratifs qui imposent ces obligations de service public qui définissent le contenu de ces obligations de service public. Prenons l'exemple de l'arrêté du 26 juillet 2010 modifiant les obligations de service public imposées sur les services aériens réguliers entre Aurillac et Paris (Orly)³⁵⁹. Cet arrêté, comme tout ceux pris dans ce domaine, contient une annexe précisant les cinq obligations de service public sur cette ligne aérienne, en termes de fréquences, de catégorie d'appareils utilisés et de capacité d'offre, d'horaires, de politique commerciale et enfin de continuité de service.

³⁵⁸ Le pouvoir réglementaire n'a pas pris la peine de mettre à jour sa réglementation pour tenir compte de l'abrogation de cet ancien règlement européen suite à l'adoption de celui du 24 septembre 2008 susmentionné. Heureusement cela a des conséquences à peu près nulles, puisque ledit règlement européen est d'application directe et n'a besoin d'aucune mesure nationale de transposition. Nous regrettons simplement que le système juridique qui se veut cohérent ne le soit pas complètement.

³⁵⁹ Arrêté du 26 juillet 2010 modifiant les obligations de service public imposées sur les services aériens réguliers entre Aurillac et Paris (Orly), *J.O.R.F.* du 17 août 2010, texte n° 1 sur 80.

Conclusion du Sous-titre 1.-

234. – Le service public n'est plus ce qu'il était. Nous avons démontré que le télescopage entre la notion française de service public et la notion européenne de service public, vient modifier le sens et le périmètre du service public dans les grands services en réseaux. C'est alors la conception européenne du service public qui prédomine. Dans ces conditions, les services en réseaux ne sont plus en tant que tels des services publics à part entière, mais ils conservent quelques îlots, plus ou moins grands selon les cas, de service public. Dès lors, c'est logiquement que le principe de continuité du service public ne peut plus s'appliquer à la totalité des services en réseaux, mais aux seuls îlots de service public qu'ils conservent. C'est ce qu'il nous reste cependant à démontrer. La continuité est devenue une exigence partielle dans les grands services en réseaux (Sous-Titre 2.-).

Sous-titre 2.- La continuité du service public, une exigence partielle dans les services en réseaux

235. – La libéralisation des services d'intérêt général en réseaux a permis et même parfois accéléré un développement de ces activités. Mais ce développement ne repose pas sur le socle du service public ; le plus souvent c'est en dehors de celui-ci qu'il a eu lieu. Nous avons démontré précédemment (Voir notre sous-titre 1.-) que la notion de service public ne couvrait plus des pans entiers des services d'intérêt général en réseaux. Dans ces conditions, il est facile d'imaginer que l'application du principe de continuité du service public est des plus problématiques. Il est logiquement impossible d'appliquer le principe de continuité du service public à des activités qui ne sont plus dans le ressort du service public. Une des difficultés réside alors dans la détermination de ce qui ressort précisément du service public.

236. – Mais en réalité, s'ajoutent d'autres difficultés. Le principe de continuité continue donc de s'appliquer aux activités dites de service public. Mais s'applique-t-il de la même manière selon que le service public en question est lié à la dévolution d'une mission ou bien selon qu'il est lié à l'imposition d'une obligation de service public. La nature même du vecteur du service public dans l'activité en cause peut impacter directement l'étendue de l'application du principe de continuité du service public. De plus une autre difficulté se surajoute : le principe de continuité n'est plus seulement un principe prétorien, il est aussi de plus en plus un principe écrit ; dans ce cas nous pouvons parler davantage d'une exigence de continuité. Son application concrète est donc liée aux textes ; mais la valeur juridique de ceux-ci peut varier du texte législatif au texte réglementaire et au texte conventionnel.

237. – Pour simplifier la présentation de cet enchevêtrement de normes portant l'obligation juridique de continuité du service public, tout en répondant à notre volonté d'identifier les activités de réseaux assujetties à l'obligation de continuité du service public, nous consacrons un premier chapitre aux activités qui sont effectivement assujetties à l'exigence de continuité (Chapitre 4.-) et un deuxième chapitre aux activités non-assujetties à l'exigence de continuité (Chapitre 5.-).

Chapitre 4.- Les activités assujetties à l'exigence de continuité

Chapitre 5.- Les activités non-assujetties à l'exigence de continuité

Chapitre 4.- Les activités assujetties à l'exigence de continuité

238. – *Propos introductif du Chapitre 4* – Dans les services en réseaux, les nouvelles frontières du service public ont des répercussions sur l'application du principe de continuité du service public. Les activités soumises à ce principe sont moins nombreuses aujourd'hui qu'elles ne l'étaient avant la révolution copernicienne engendrée par le droit de l'Union européenne. Le principe de continuité, principe prétorien, ne suffit d'ailleurs plus à garantir la continuité du service dans nombre d'activités. Il semble alors devoir faire place à l'exigence de continuité, écrite et non plus prétorienne, et plus précisément contenue dans une obligation de service public dédiée. Même dans ces conditions, la continuité est loin de pouvoir prétendre s'imposer à l'ensemble des activités de réseaux.

239. – Il convient donc, en premier lieu d'expliquer la différence qui existe entre le principe prétorien de la continuité du service public et une exigence écrite de continuité du service, ainsi que les conséquences du passage qui semble s'opérer de l'une à l'autre de ces deux notions (Section 1.-). Pour mesurer cet affadissement du principe prétorien de continuité dans les services en réseaux, il est nécessaire en second lieu d'analyser concrètement l'application du principe de continuité au service public selon que celui-ci est délimité par des missions ou par des obligations. Les variations que nous pouvons identifier quant à l'application du principe ne font que renforcer ce passage progressif vers une exigence de continuité écrite, précise et contenue dans une obligation de service public (Section 2.-).

Section 1.- Du principe de continuité du service public à l'exigence de continuité

240. – D'un principe non-écrit, passerait-on à un principe écrit, uniquement écrit, autrement dit à une exigence légale ou réglementaire ? C'est en tout cas ce que peut suggérer l'intitulé de la présente section. Il convient toutefois d'en faire une lecture nuancée. Dans l'immédiat, le principe de continuité ne disparaît pas au profit d'une

exigence de continuité écrite. Il y a plutôt coexistence qui pourrait être transitoire. On se trouve en présence d'un principe qui bien que n'ayant pas besoin d'être écrit pour être appliqué, se trouve aujourd'hui largement relayé et donc retranscrit dans les textes tant législatifs que réglementaires ou conventionnels (§1.-). Pourquoi ? c'est la question à laquelle nous tenterons de répondre en examinant plus précisément les raisons de la transcription du principe dans les textes (§2.-).

§ 1.- La transcription du principe dans les textes récents

241. – D'origine prétorienne et plongeant ses racines dans l'histoire du service public, la continuité du service public est d'abord un principe prétorien qui s'applique au service public alors même qu'aucun texte n'en dispose ainsi (A.-). Néanmoins, depuis une quinzaine d'années maintenant, nous constatons que de plus en plus de textes applicables à certaines activités de réseaux évoquent et appliquent le principe de continuité du service public (B.-).

A.- Un principe traditionnellement applicable sans texte

242. – L'obligation de continuité imposée aux grands services publics en réseaux ne trouve son origine ni dans les lois créant ces services publics, ni dans un cadre juridique général du service public, si bien que le juge administratif a agi de sa propre initiative pour imposer cette obligation de continuité qui est donc fondamentalement un principe prétorien (1.-). En cela, le juge a été efficacement relayé par la doctrine juridique qui a très tôt vu dans la continuité du service public une obligation résultant d'un principe fondamental applicable à tout service public (2.-). Il demeure que l'autorité de ce principe applicable même sans texte, est relative dans les faits (3.-).

1.- Un principe initialement appliqué par le juge administratif

243. – Alors qu'au tout début du XX^e siècle, la législation et la réglementation ne soulignaient pas l'importance du principe de continuité dans l'organisation des services en réseaux, le juge administratif se chargeât de le faire respecter. Cette émergence du principe de continuité du service public dans la jurisprudence administrative est d'ailleurs

contemporaine de la construction prétorienne du droit du service public entreprise dès les débuts de la III^e République.

244. – La première affaire d'importance en la matière, est celle du célèbre arrêt *Winkell* du 7 août 1909³⁶⁰. On rappellera pour mémoire que dans cet arrêt, le Conseil d'État considérait que le fonctionnaire des postes sanctionné pour faits de grève, était « *soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale* ». La haute juridiction administrative n'employait pas l'expression « continuité du service public ». Elle ne parlait que de « *continuité essentielle à la vie nationale* ». Toutefois, cette expression est employée juste après avoir évoqué les « *nécessités mêmes du service public* ». Autrement dit, pour le Conseil d'État, il ne faisait pas de doute que parmi les nécessités du service public figurait la continuité du service, laquelle était considérée comme essentielle à la vie de la Nation. Par conséquent, le Conseil d'État imposait aux agents du service public de respecter la continuité dudit service. Il en déduisait que ces agents ne pouvaient pas légalement interrompre pour faits de grève le fonctionnement du service public auquel ils appartenaient, puisque ce fonctionnement devait être absolument continu.

245. – La position adoptée par le Conseil d'État en 1909 se comprenait aisément dès lors que le service public en cause était directement assuré en régie par l'administration. Mais, aurait-on pu considérer par la suite que la continuité était un principe de fonctionnement qui ne s'imposait qu'aux services publics administratifs ? En effet, l'administration des postes de 1909 aurait été qualifiée de service public administratif³⁶¹ si la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial avait été opérante. Cependant, il est vrai qu'en 1909 cette fameuse distinction n'était pas clairement établie ni en doctrine, ni en jurisprudence. Mais nous pouvons d'ores et déjà noter que par la suite, le Conseil d'État a considéré que les services publics en réseaux, mêmes lorsqu'ils étaient qualifiés de services publics industriels et commerciaux étaient soumis au principe de continuité. Il pouvait alors imposer la solution dégagée par l'arrêt *Winkell* à tous les services publics en réseaux. Plus largement il assurait le respect du principe de continuité dans les services publics industriels et commerciaux même dans des circonstances autres que la grève du personnel. Par exemple, c'est le respect du

³⁶⁰ CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 826 ; *S.* 1909.3.145, concl. TARDIEU, note Maurice HAURIOU ; GAJA, Paris, Dalloz, 1996, 11^{ème} édition, n°23.

³⁶¹ C'est l'arrêt *Ursot* rendu par le tribunal des conflits en 1968 qui a mis fin à la controverse doctrinale sur la qualification. V. TC, 24 juin 1968, *Ursot*, *Rec.* p. 798 ; *D.* 1969, p. 416, note Jean du BOIS de GAUDUSSON ; *A.J.D.A.* 1969, p. 139, note LEMASURIER.

principe de continuité qui motive le Conseil d'État, dans son arrêt fondateur *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, arrêt dit « Gaz de Bordeaux », en date du 30 mars 1916³⁶², à adopter la théorie de l'imprévision en matière d'exécution des contrats administratifs.

2.- Un principe conceptualisé par la doctrine

246. – La jurisprudence administrative trouve rapidement un écho dans la doctrine juridique du début du XX^e siècle. En effet, dans le silence des lois, nous pouvons constater un échange réciproque entre la jurisprudence et la doctrine, au sein du prétoire notamment à travers les conclusions des commissaires du gouvernement³⁶³. Si la doctrine a progressivement conceptualisé le principe de continuité appliqué par la jurisprudence, les juges se sont aussi nourri des concepts issus des réflexions doctrinales. Le principe de continuité est principalement le fruit de cet échange réciproque entre ces deux sources du droit. Ainsi, en 1909, au cœur même de l'affaire *Winkell*, le commissaire du gouvernement Jacques Tardieu affirmait dans ses conclusions que « *La continuité est donc de l'essence du service public.* »³⁶⁴ En d'autres termes, le service public ne pouvait pas se concevoir sans la continuité de son fonctionnement. Cette idée est reprise par le professeur Louis Rolland lorsqu'il écrivait, dans une chronique de la *Revue de droit public* de 1910, que « *Le service public est essentiellement continu* » ; cette continuité étant nécessaire au service public, sans quoi, ajoutait-il, « *il n'est plus un service public.* »³⁶⁵ Pour sa part, le professeur Maurice Hauriou prétendait qu'« *une idée nouvelle se fait jour, qui est celle de la continuité*

³⁶² CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125, concl. Pierre CHARDENET ; D. 1916.3.25, concl. Pierre CHARDENET ; R.D.P. 1916, p. 206, concl. Pierre CHARDENET, et p. 388, note Gaston JÈZE ; S. 1916.3.17, concl. Pierre CHARDENET et note Maurice HAURIUO ; GAJA, 14^{ème} éd. 2003, Paris, Dalloz, n°32, p. 188.

³⁶³ Sur le caractère doctrinal des conclusions des commissaires du gouvernement, appelés aujourd'hui « rapporteur public », Cf. : DEGUERGUE (Maryse), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Rev. Droits*, 1994, n° 20, p. 125. – BERNARD (A.), « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIX siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952, p. 299. – GAZIER (François), « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement depuis 1900 », *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952, p. 303. – COSTA (D.), « Jean Romieu, un artisan de la construction du droit administratif moderne », *Rev. adm.* 1995, p. 88. – HUON de KERMADEC (J.-M.), « Réflexions sur les conclusions contraires des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *R.D.P.* 1997, p. 1069.

³⁶⁴ TARDIEU (Jacques), concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p 150.

³⁶⁵ ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *R.D.P.* 1910, p. 750.

*nécessaire du service. Il semble que la pire des calamités serait l'arrêt, ou la suspension des services publics. »*³⁶⁶

247. – Pour autant, il serait faux de penser que la continuité du service public est en ce début du XX^e siècle, une idée entièrement neuve. L'histoire du service public montre au contraire que dès ses origines, le service public est essentiellement continu. Au Moyen-Âge, les « banalités »³⁶⁷ qui étaient des services d'intérêt collectif répondant à des besoins de première nécessité pour la vie quotidienne de l'époque et que nous pouvons considérer comme les ancêtres de nos services publics, étaient soumises à un régime juridique spécifique au sein duquel la continuité constituait l'un des traits essentiels. Cette continuité était considérée comme une des contreparties du caractère monopolistique des banalités au profit du seigneur du lieu. En effet, obligation était faite à la population d'utiliser les banalités de sa seigneurie, moyennant le paiement d'une redevance. Toutefois, puisque la population avait l'obligation de se servir des banalités appartenant au seigneur du lieu, celui-ci avait quant à lui le devoir de maintenir en état de fonctionnement continu les « installations banales ». Si pour une raison quelconque, le service était interrompu pendant un certain délai, le plus souvent fixé à un jour et une nuit, les habitants de la seigneurie bénéficiaient aussitôt de l'autorisation d'utiliser les installations d'un autre seigneur voisin. L'idée de continuité du service était donc clairement présente dans la société féodale. On ne pouvait souffrir qu'un service essentiel à la vie de la population soit interrompu, et il était alors de la responsabilité de l'autorité locale d'en organiser la continuité.

248. – Lorsqu'à la fin de l'Ancien Régime apparaît le service public dans sa forme moderne – on parle en effet dès le XVIII^e siècle de « service du public » et de « service public » –, celui-ci est soumis à un régime spécifique dont Jean-Louis Mestre explique qu'il dérive directement de celui des banalités³⁶⁸. En effet, d'une part, ces services disposent en général d'un monopole, d'autre part l'usager ne peut les utiliser qu'à la condition de payer une redevance. Or, le monopole n'est pas uniquement institué pour assurer la rémunération des prestations fournies. Il constitue également un moyen

³⁶⁶ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif*, Paris, 8^{ème} édition, p. 4.

³⁶⁷ Dès le XIII^e siècle, les « banalités » recouvraient les monopoles seigneuriaux dont l'utilisation n'était en principe possible que moyennant le paiement d'une redevance. Ces monopoles correspondaient aux fours, moulins, pressoirs, forges et sécheries de poissons, par exemple. Ces installations, appartenant au seigneur et communes à toute la population de la seigneurie, étaient dites « banales », d'où l'appellation générique de « banalités » qui leur fut attribuée.

³⁶⁸ MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 1989, p. 270.

d'assurer efficacement la satisfaction continue des besoins des usagers. La « continuation du service » est considérée comme une modalité de fonctionnement du service. Elle est notamment imposée aux concessionnaires, qui ne doivent « *jamais abandonner le service sous quelque prétexte que ce soit* »³⁶⁹. Ainsi, lorsque le droit administratif moderne naît, à la fin du XIX^e siècle, l'idée d'inclure la continuité comme élément essentiel du régime juridique spécifique émergent, n'est pas nouvelle. Elle correspond à une exigence sociétale ancrée historiquement dans l'ancien droit public dont la nouveauté est de considérer que la continuité est une « loi » fondamentale du service public, incluse dans un régime juridique spécifique applicable à tous les types de service public et ayant des conséquences juridiques de plus en plus développées. On sait à quel point la force de la pensée de Louis Rolland a été ici déterminante pour agréger ces éléments dans la doctrine juridique³⁷⁰.

3.- Un principe à l'autorité relative

249. – Si le professeur René Chapus a pu écrire dans son célèbre manuel de droit administratif, que le principe de continuité « *est sans doute le principe pour lequel la doctrine classique a eu le plus de considération* »³⁷¹, nous pouvons cependant observer que ce principe ne semble pas avoir toujours eu dans la pratique autant de respect, surtout face au droit de grève dans la période contemporaine.

Il convient en effet de se rendre à l'évidence que l'autorité du principe de continuité est variable d'un service public à l'autre. Ce principe est en effet loin d'être aussi absolu que sa dénomination habituelle de « loi » le laisse abusivement entendre. Le constat selon lequel les interruptions de service, notamment pour faits de grève, ont été ou sont fréquentes dans les grands services publics en réseaux est bien connu. Il est vrai que le principe de continuité du service public et l'exercice du droit de grève dans les services publics sont fondamentalement antinomiques et n'ont jamais pu faire l'objet d'un équilibre satisfaisant, dans la mesure où leur valeur juridique n'était pas identique.

250. – Au début du XX^e siècle, le droit de grève n'était pas clairement identifié dans le droit positif. On sait simplement que le législateur avait supprimé en 1864 le délit de

³⁶⁹ MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 1989, p. 270.

³⁷⁰ Cf. : *Supra*, Introduction générale.

³⁷¹ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd., n°782, p. 607.

coalition. Mais on sait aussi que depuis la même date, par ses articles 123 et 126, le code pénal réprimait les entraves au fonctionnement du service public. Quand bien même ces dispositions ne furent appliquées qu'une seule fois par les juridictions répressives³⁷², cela engendrait un climat peu favorable à la reconnaissance de la grève en tant qu'objet d'un droit subjectif, et à son exercice par les agents du service public. Inversement, à la même époque, le principe de continuité du service public était considéré par la doctrine et par le juge administratif comme un principe fondamental du droit public français. Face à des textes imprécis voire hostiles à la grève, la construction prétorienne du principe de continuité pouvait s'imposer sans entrave. La continuité du service public interdisait en effet l'exercice du droit de grève dans les services publics.

251. – Toutefois, la reconnaissance du droit de grève par le préambule de la Constitution de la IV^e République, quoique imprécise, plaçait d'emblée le droit de grève au plus haut de la hiérarchie des normes. Quand bien même, la valeur du droit de grève fût imprécise, elle avait néanmoins acquis une aura plus forte que le principe prétorien de continuité du service public, lequel n'était à l'époque inscrit nulle part dans le droit positif. La grève devenait alors possible dans les services publics, en ignorant quasi-complètement ses conséquences sur la continuité du service public. Ceci fut renforcé le jour où il fut acquis que le droit de grève inscrit dans le préambule de 1946, avait bien une valeur constitutionnelle.

252. – La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de continuité aurait pu rééquilibrer les rapports entre grève et continuité. En théorie ce rééquilibrage était devenu possible dès cet instant. En pratique toutefois, « *l'attachement quasi romantique* »³⁷³ des agents du service public au droit de grève rendait ce rééquilibrage épineux pour les responsables politiques et les juges. C'est pour cela qu'aujourd'hui encore, l'état de la jurisprudence en la matière est resté identique depuis le compromis de l'arrêt *Dehaene* de 1950. Il en va de même concernant le droit positif qui n'a guère évolué jusqu'à récemment, des signes de changement étant néanmoins perceptibles. D'une part, l'on évoque de manière croissante l'idée de service minimum dans les services publics en cas de grève et l'on constate d'ailleurs que des dispositifs juridiques sont progressivement instaurés en ce sens dans quelques services, de transport public notamment. D'autre part, la notion de continuité est plus souvent évoquée que par le passé dans la législation et dans la réglementation applicable aux services en réseaux.

³⁷² Trib. corr. de la Seine, 4 décembre 1934, *D. P.* 1935. 2. 57, note Marcel WALINE, précité.

³⁷³ MORANGE (Georges), « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron. XXX, p. 118.

B.- Un principe expressément applicable par les textes

253. – Le principe de continuité se trouve dans les textes sectoriels à plusieurs niveaux de la hiérarchie normative et sous deux modalités différentes. D'un côté, la loi peut faire référence au principe de continuité, auquel cas, il s'agit d'une simple transcription du principe de continuité aux effets juridiques limités. Nous pouvons donc considérer qu'il y a là une inscription « par principe » dans la loi du principe de continuité (1.-). Au contraire on constate que les textes réglementaires tout comme les textes de nature conventionnelle évoquent le principe de continuité d'une manière concrète et opérationnelle (2.-).

1.- Une inscription par principe dans la loi

254. – ***Un principe plus largement écrit.*** – Paradoxalement, dans les secteurs en réseaux, les textes sont aujourd'hui de plus en plus nombreux à prescrire l'application du principe de continuité. Il en va ainsi des dispositions législatives dans les secteurs de l'électricité et du transport ferroviaire. La SNCF exploite « *selon les principes du service public* »³⁷⁴ les services de transport ferroviaire de personnes, tandis que le « *service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité* »³⁷⁵. De même, l'article L.35 du code des postes et des communications électroniques, dispose en son premier alinéa que « *les obligations de service public sont assurées dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité* ». Dans le secteur postal, l'article L.1, alinéa 4, du code des postes et des communications électroniques dispose que le service universel postal « *est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité* ». Seuls les secteurs du gaz naturel et du transport aérien, ne connaissent pas pareilles dispositions législatives.

Ces prescriptions législatives n'ont pas en elles-mêmes une grande utilité. Elles dupliquent un principe constitutionnel applicable sans texte aux éléments de service public dans chacun des secteurs concernés. Il convient certes de relever que dans le secteur ferroviaire et dans une moindre mesure dans le secteur de l'énergie électrique, la loi utilise cette prescription pour définir un service public global là où précisément le droit communautaire prescrit l'emploi de simples obligations de service public. Nous pouvons dès lors nous demander si l'utilisation du principe par la loi ne ressort pas

³⁷⁴ Article L. 2141-1 du code des transports.

³⁷⁵ Article L. 121-1 du code de l'énergie.

davantage du prétexte que de la reconnaissance du caractère fondamental du principe ainsi invoqué.

2.- Une mise en œuvre opérationnelle dans les textes réglementaires et conventionnels

255. – Si la loi mentionne le principe de continuité qui n'a cependant pas besoin d'être écrit pour être applicable, les textes réglementaires voire conventionnels mettent concrètement en œuvre ce principe. Plusieurs exemples peuvent être donnés dans différents services en réseaux.

256. – ***La mise en œuvre réglementaire de la continuité du service dans le secteur postal.*** – Dans le secteur postal, obligation est faite à l'entreprise La Poste, désignée prestataire du service universel, de prendre toutes les mesures utiles pour assurer la continuité du service universel dont elle a la charge. L'article R.1-1-12 du code des postes et des communications électroniques dispose en effet : « *Lorsque, en raison de circonstances exceptionnelles indépendantes de la volonté de La Poste, le service universel est interrompu ou perturbé, La Poste prend toutes les dispositions utiles pour rétablir le service dans les meilleurs délais. La Poste informe le ministre chargé des postes et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes des mesures prises et des délais nécessaires pour rétablir le service.* »³⁷⁶ C'est-là une véritable « obligation » pour La Poste « au titre de ses missions de service public des envois postaux », tel que l'indique le code des postes et des télécommunications³⁷⁷. On constate que cette obligation est d'importance, dans la mesure où sa mise en œuvre s'effectue sous le regard – donc d'une certaine manière sous le contrôle –, du ministre chargé des postes et de l'ARCEP.

257. – ***La mise en œuvre réglementaire de la continuité du service dans le secteur aérien.*** – On retrouve ce type d'obligation dans le cadre des concessions aéroportuaires de l'État, mais dont on imagine bien qu'elles inspirent les concessions des aéroports appartenant aux collectivités locales. Le cahier des charges annexé au décret n° 2007-244 du 23 février 2007 relatif aux aérodromes appartenant à l'État et

³⁷⁶ Article R.1-1-12 du Code des postes et des communications électroniques.

³⁷⁷ En effet, cet article L.1-1-12 du code des postes et des communications électroniques figure dans une section 2 intitulée : « *Droits et obligations de La Poste au titre de ses missions de service public des envois postaux* ».

portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes³⁷⁸, mentionne l'exigence de continuité dont est investi le concessionnaire aéroportuaire. Selon l'article 1^{er} de ce cahier des charges, le concessionnaire « *prend les dispositions pour assurer, en ce qui concerne les missions dont il a la charge, la mise en œuvre du principe de continuité de ce service, le cas échéant en collaboration avec les services de l'État et l'établissement public Météo-France. Il veille à ce que ses cocontractants appliquent le même principe* ». En cas de manquement du concessionnaire à respecter cette obligation de continuité, comme pour toute autre obligation imposée par ce cahier des charges, celui-ci ouvre la possibilité pour l'administration de prendre des mesures conservatoires³⁷⁹. Plus encore, la déchéance de la concession peut être prononcée par le ministre chargé de l'aviation civile notamment, si le concessionnaire, sauf cas de force majeure, interrompt de manière durable ou répétée l'exploitation de l'aérodrome, ou s'il persiste à commettre des manquements particulièrement graves à ses obligations contractuelles ou réglementaires. Ceci figure à l'article 82 du cahier des charges³⁸⁰.

³⁷⁸ Décret n° 2007-244 du 23 février 2007 *relatif aux aérodromes appartenant à l'Etat et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes*, J.O.R.F. n° 48 du 25 février 2007, texte 8, p. 3444.

³⁷⁹ Ainsi, l'article 78 du cahier des charges dispose que « *dans le cas d'un manquement grave et persistant du concessionnaire aux obligations imposées par le présent cahier des charges ou par la convention de concession portant atteinte à la continuité du service public, le ministre chargé de l'aviation civile ou le titulaire du pouvoir de police mentionné à l'article L. 213-2 du code de l'aviation civile peuvent, chacun pour ce qui le concerne, après mise en demeure d'y remédier assortie d'un délai approprié à la nature du manquement et à l'urgence, prescrire toutes mesures conservatoires destinées à assurer provisoirement l'exploitation des services publics aéroportuaires. Cette mise en demeure peut être assortie d'une demande de constitution d'une garantie bancaire dans les conditions du I de l'article 70 du présent cahier des charges* ».

³⁸⁰ L'article 82 du même cahier des charges dispose : « *I. - Le ministre chargé de l'aviation civile peut prononcer la résiliation de la concession :*
« - *si le concessionnaire, sauf cas de force majeure, interrompt, de manière durable ou répétée, l'exploitation de l'aérodrome ;*
« - *si le concessionnaire, sauf cas de force majeure, persiste à commettre, après mise en demeure d'y remédier assortie d'un délai approprié et après, le cas échéant, application des mesures prévues aux articles 77 et 78 du présent cahier des charges, des manquements particulièrement graves à ses obligations contractuelles ou réglementaires ;*
« - *si tout ou partie de la concession est cédée, sous quelle que forme que ce soit, en méconnaissance des dispositions de l'article 89 du présent cahier des charges ;*
« - *si une modification dans le contrôle du concessionnaire intervient en méconnaissance des dispositions de l'article 89 du présent cahier des charges.*
« *II. - Lorsque le ministre chargé de l'aviation civile considère que les conditions de la déchéance sont remplies, il adresse une mise en demeure au concessionnaire de se conformer à ses obligations contractuelles ou réglementaires et de mettre fin à la situation de manquement dans un délai de trente jours suivant sa réception.*
« *Si le concessionnaire ne s'est pas conformé à la mise en demeure dans ce délai, le ministre chargé de l'aviation civile peut prononcer, après que le concessionnaire a été admis à faire valoir ses observations, la résiliation de la concession dans la même forme que celle employée pour son octroi. La déchéance n'ouvre droit à aucune indemnité au*

Par ailleurs, en ce qui concerne les services d'assistance en escale, alors qu'aucune obligation générale de continuité du service public n'est imposée aux prestataires autorisés³⁸¹, par les textes applicables (tant du code des transports, que de la partie réglementaire du code de l'aviation civile), un système de permanence du service est néanmoins prévu. L'article R. 216-11 du code de l'aviation civile prévoit la possibilité de mettre en place ce système de permanence du service³⁸². Cette mission d'assurer la permanence des services d'assistance en escale est confiée par l'autorité administrative compétente à un prestataire ou au gestionnaire de l'aéroport. Elle a donc pour but de maintenir une offre de service d'assistance en escale, lorsque les opérateurs ne peuvent pas assurer le service dans les conditions normales d'exécution. Il s'agit ainsi d'organiser un service de remplacement des services défaillants. Ce n'est donc pas un système qui fait une application directe du principe de continuité. Néanmoins, il est d'effet équivalent, ce qui justifie que l'on s'y soit arrêté.

profit du concessionnaire autre que celles éventuelles prévues à l'article 83 du présent cahier des charges.

« III. - Le concessionnaire est tenu de remettre au ministre chargé de l'aviation civile les biens de retour en bon état d'entretien. L'Etat peut retenir, s'il y a lieu, sur la garantie mentionnée au I de l'article 70 du présent cahier des charges, les sommes nécessaires pour remettre en bon état d'entretien les biens considérés. »

³⁸¹ Toutefois, dans les aéroports dont le trafic annuel répond à un certain seuil (200 000 passagers par an ou 20 000 tonnes de fret par an), les prestataires de services d'assistance en escale et leurs sous-traitants, ne peuvent exercer leur activité que s'ils ont obtenu un agrément délivré par l'autorité préfectorale assurant la police de l'aérodrome (en application de L. 213-2 du code de l'aviation civile). Cet agrément est délivré, dès lors que le demandeur répond à un certain nombre de critères listés par l'article R. 216-14 du code de l'aviation civile. Parmi ces critères, il y a le fait de « *participer d'une manière équitable à l'organisation ou à la couverture des frais de la permanence des services offerts aux transporteurs aériens sur l'aérodrome* ». La continuité du service, à travers le système de la permanence de celui-ci n'est donc pas totalement absente de ce secteur d'activité.

³⁸² L'article R.216-11 du Code de l'aviation civile dispose : « *1° Sur les aérodromes de Paris-Orly et Charles-de-Gaulle, le ministre chargé de l'aviation civile peut confier au gestionnaire de l'aérodrome ou à un prestataire de services la mission d'assurer la permanence des services d'assistance en escale. Sur tout autre aérodrome mentionné au 1° de l'article R. 216-2, cette même faculté échoit au préfet qui y exerce les pouvoirs de police.*

« 2° Lorsqu'elle envisage de désigner un prestataire de services ou le gestionnaire de l'aérodrome pour cette mission, l'autorité prévue au 1° consulte au préalable, soixante jours à l'avance au moins, le Comité des usagers, le gestionnaire de l'aérodrome et, le cas échéant, le prestataire concerné sur l'étendue des services à assurer, et sur les conditions de prix.

« Le choix de l'autorité compétente doit reposer sur les conditions matérielles et financières dans lesquelles seront rendus les services.

« 3° Le prestataire désigné tient une comptabilité séparée du coût net des services de permanence et la soumet à ses frais à un auditeur indépendant dont le choix doit recevoir l'accord de l'autorité prévue au 1°.

« Le responsable des services de permanence est rémunéré chaque année par un versement des autres prestataires, en proportion du chiffre d'affaires réalisé sur l'aérodrome par chacun de ces prestataires. A cet effet, ces prestataires communiquent chaque année leur chiffre d'affaires d'assistance en escale réalisé sur l'aérodrome, au prestataire désigné, ou au gestionnaire de l'aérodrome, et à l'autorité ayant délivré leur agrément. Ces derniers sont tenus à la confidentialité de cette information. »

258. – La mise en œuvre réglementaire de la continuité du service dans le secteur de l'énergie gazière. – Le décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 est relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz³⁸³. Il impose des obligations de service public notamment en matière de continuité du service, aux fournisseurs de gaz, aux opérateurs de réseaux de transport de gaz et aux opérateurs de distribution de gaz. En revanche, une telle obligation de continuité n'existe pas pour les titulaires des concessions de stockage souterrain de gaz et pour les exploitants d'installations de gaz naturel liquéfié. À ces derniers s'imposent des obligations d'information particulières de leurs clients et des opérateurs de réseaux de transport en cas de travaux ou de force majeure³⁸⁴.

D'une façon générale, les contrats conclus entre les opérateurs soumis aux obligations du décret du 19 mars 2004 et leurs clients doivent comporter divers éléments dont une clause sur « *les modalités d'interruption et de réduction éventuelles des fournitures et des livraisons* », tel que le prévoit son article 20³⁸⁵. De plus, selon l'article 21 de ce même décret, l'obligation de continuité comme toutes les autres obligations de service public prévues dans ce décret, oblige l'opérateur qui y est assujéti de recourir à du personnel ayant les formations, qualifications et habilitations nécessaires et d'avoir une organisation interne adaptée à la mise en œuvre de ces obligations³⁸⁶.

³⁸³ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, J.O.R.F. du 21 mars 2004, p. 5488.

³⁸⁴ Cela est organisé par les articles 17, 18 et 19 du décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 précité.

³⁸⁵ L'article 20 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004 précité, dispose : « *Les contrats conclus entre les personnes soumises aux obligations instituées par le présent décret et leurs clients respectifs doivent comporter au moins les éléments suivants :*
« - la durée des contrats ;
« - les modalités de fourniture et de livraison ;
« - les prix et les modalités relatives à la facturation, aux abonnements et aux paiements ;
« - les modalités d'interruption et de réduction éventuelles des fournitures et des livraisons ;
« - les éventuelles conditions de raccordement ;
« - les obligations concernant les installations intérieures, pour les clients domestiques ;
« - les spécifications du gaz aux points de livraison et la description des droits et obligations des parties en cas de non-respect de ces spécifications ;
« - les quantités de gaz à livrer, les débits et les modalités de comptage du gaz consommé ;
« - le régime de responsabilité applicable à chacune des parties ;
« - le mode de résolution des différends.

³⁸⁶ Selon l'article 21 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004 : « *Les personnes soumises aux obligations instituées par le présent décret sont tenues de recourir à du personnel ayant les formations, qualifications et habilitations nécessaires. / Elles doivent mettre en place une organisation adaptée de façon à assurer en permanence l'exploitation, la sécurité, la maintenance des installations ainsi que la continuité du service avec les moyens nécessaires, notamment vis-à-vis des clients mentionnés à l'article 1^{er} ».*

L'obligation de continuité est donc adaptée à chacune des activités du secteur gazier et s'applique en conséquence à chaque catégorie d'opérateurs, ce qu'il convient d'étudier de façon plus précise dès à présent.

259. – La continuité imposée à la fourniture de gaz. – L'article 3 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004³⁸⁷ oblige les fournisseurs de gaz d'assurer sans interruption, la continuité de fourniture de gaz à leurs clients dans la limite des quantités, des débits et des clauses stipulées par les contrats qui les lient à ces derniers. Il peut y avoir réduction ou interruption en cas de force majeure ou en cas de travaux programmés. Toutefois, pour les clients qui n'ont pas accepté contractuellement une fourniture susceptible d'interruption, le fournisseur doit être en mesure d'assurer la continuité de fourniture, même dans les conditions suivantes : soit la disparition pendant six mois au maximum de la principale source d'approvisionnement dans des conditions météorologiques moyennes, soit un hiver froid tel qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans, soit enfin une température extrêmement basse pendant une période de trois jours au maximum telle qu'il s'en produit statistiquement une tous les cinquante ans. Concrètement, selon l'article 5, « *les fournisseurs doivent s'assurer de la disponibilité de sources alternatives, notamment par le recours : à l'interruption ou à la modulation de la fourniture à certains clients, lorsqu'elle est prévue par leurs contrats ; à des achats complémentaires de gaz provenant d'autres sources d'approvisionnement, notamment sous forme de contrats à court terme de gaz ou de gaz naturel liquéfié ; au stockage de gaz* »³⁸⁸. Quant à l'article 6, alinéa 1^{er}, de ce même décret, il dispose qu'« *en cas d'impossibilité pour leur fournisseur d'honorer ses engagements contractuels, une fourniture de dernier recours est garantie aux clients non domestiques qui assurent une mission d'intérêt général, visés à l'article 1^{er}* »³⁸⁹. Enfin, les fournisseurs sont tenus de communiquer au minimum aux gestionnaires de transport et de distribution leurs prévisions de réservation de capacité sur leurs réseaux.

260. – La continuité imposée au transport du gaz. – L'article 9 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004 impose aux opérateurs de réseaux de transport de gaz d'assurer la continuité du service d'acheminement du gaz³⁹⁰. Il précise que cette obligation

³⁸⁷ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

³⁸⁸ Article 5 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

³⁸⁹ Article 6 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

³⁹⁰ L'article 9 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004, dispose : « *I.-Les opérateurs de réseaux de transport de gaz assurent la continuité du service d'acheminement du gaz, conformément aux dispositions de l'article 19 du cahier des charges type des transports de gaz à distance par canalisations en vue de l'acheminement de gaz combustible, annexé au décret du 15 janvier 1952 susvisé.*

s'accomplit conformément aux dispositions de l'article 19 du cahier des charges types des transports de gaz à distance par canalisation en vue de l'acheminement de gaz combustible (annexé au décret du 15 janvier 1952³⁹¹). Autrement dit, l'obligation de continuité est celle figurant dans les contrats de concession des réseaux de transports de gaz³⁹². Toutefois, l'acheminement du gaz peut être réduit ou interrompu, en cas de force majeure ou de risque pour la sécurité des personnes et des biens ainsi qu'en cas de travaux programmés, de raccordement sur les réseaux ou d'entretien des installations existantes. De plus, selon ce même article, « *Un opérateur de réseaux de transport ne peut refuser d'assurer la fourniture de dernier recours prévue à l'article 6 du présent décret* »³⁹³. Enfin, toujours selon l'article 9, pour tous les clients domestiques et les clients non domestiques n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture susceptible d'interruption, l'opérateur de réseau de transport doit être en mesure d'assurer la continuité de l'acheminement du gaz même dans les situations suivantes : soit un hiver froid tel qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans, soit une température

« L'acheminement du gaz peut toutefois être réduit ou interrompu, sans préjudice des stipulations contractuelles, pour autant que la réduction ou que l'interruption soit nécessaire ou inévitable :

« 1. En cas de force majeure ou de risque pour la sécurité des personnes et des biens ;

« 2. En cas de travaux programmés ou de raccordement sur les réseaux ou d'entretien des installations existantes.

« Dans le premier cas, l'opérateur de réseau de transport avertit sans délai le fournisseur concerné et le client final affecté par l'interruption.

« En cas de travaux, l'opérateur de réseau de transport s'efforce de réduire les interruptions au minimum et de les situer aux dates et heures susceptibles de provoquer le moins de gêne possible aux clients. Il communique au moins deux mois à l'avance les dates des travaux sur les réseaux et au moins cinq jours à l'avance les jours et les heures d'interruption aux fournisseurs, aux opérateurs de réseaux de distribution intéressés et aux clients directement raccordés au réseau de transport.

« Un opérateur de réseaux de transport ne peut refuser d'assurer la fourniture de dernier recours prévue à l'article 6 du présent décret.

« II.-Pour les clients mentionnés à l'article 1er et les clients non domestiques n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture susceptible d'interruption, l'opérateur de réseau de transport doit être en mesure d'assurer la continuité de l'acheminement du gaz même dans les situations suivantes :

« -hiver froid tel qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans ;

« -température extrêmement basse pendant une période de trois jours au maximum telle qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans. »

³⁹¹ Décret n°52-77 du 15 janvier 1952 portant approbation du cahier des charges type des transports de gaz à distance par canalisations en vue de la fourniture de gaz combustible, J.O.R.F. du 19 janvier 1952, p. 816.

³⁹² Selon l'article 19 du cahier des charges type, annexé au décret n°52-77 du 15 janvier 1952 : « *Le concessionnaire est tenu d'assurer la continuité du service dans les conditions fixées par les contrats visés au dernier alinéa de l'article 2 du présent cahier des charges. / Les interruptions de service pour l'entretien et les réparations à faire au matériel sur tout ou partie du réseau, qui ne seraient pas prévues à ces contrats ne pourront avoir lieu qu'après accord du service du contrôle. / Lesdites interruptions devront être, au préalable, portées à la connaissance des clients intéressés. / Néanmoins, en cas d'accident exigeant une réfection immédiate, le concessionnaire pourra interrompre le transport, à la condition d'avertir, dans le plus bref délai, le service du contrôle ».*

³⁹³ Article 9 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

extrêmement basse pendant une période de trois jours au maximum telle qu'il s'en produit statistiquement une tous les cinquante ans. De façon plus générale, l'article 10 du décret prévoit une mesure de sauvegarde en cas de défaillance d'un opérateur du réseau de transport en vue d'assurer la continuité du service et la sécurité du service³⁹⁴.

261. – La continuité imposée à la distribution de gaz. – La mise en œuvre de la continuité du service imposée aux opérateurs de la distribution de gaz naturel est prévue par l'article 13 du décret du 19 mars 2004³⁹⁵, en des termes comparables à ce qui existe pour les opérateurs de réseaux de transport de gaz. Selon ce texte, les opérateurs de réseaux de distribution prennent les dispositions appropriées pour assurer l'acheminement du gaz dans les conditions de continuité et de qualité définies par les textes réglementaires en vigueur, notamment par le présent décret. De plus, l'acheminement du gaz peut être réduit ou interrompu, sans préjudice des stipulations contractuelles, dès lors que cela est nécessaire ou inévitable, en cas de force majeure ou de risque pour la sécurité des personnes et des biens. Dans ce cas, l'opérateur de réseau de distribution doit avertir sans délai le fournisseur et le transporteur intéressés et le client final affecté par la réduction ou l'interruption du service. En aucun cas, il ne peut faire obstacle à la fourniture de dernier recours prévue à l'article 6 du décret du 19 mars 2004. De plus, selon le II de l'article 13 du décret du 19 mars 2004, pour tous les clients domestiques et les clients non domestiques n'ayant pas accepté contractuellement une fourniture susceptible d'interruption, l'opérateur de réseau de transport doit être en mesure d'assurer la continuité de l'acheminement du gaz même dans les situations suivantes : soit un hiver froid tel qu'il s'en produit statistiquement un tous les cinquante ans, soit une température extrêmement basse pendant une période de trois jours au maximum telle qu'il s'en produit statistiquement une tous les cinquante ans. Enfin, l'article 14 du décret du 19 mars 2004 prévoit des cas spécifiques d'interruption du service pour des opérations relatives à la gestion du réseau : « *Outre les cas prévus à l'article 13, un opérateur de réseau de distribution peut interrompre le service pour toute opération d'investissement, de raccordement, de mise en conformité ou de maintenance du réseau concédé ainsi que pour tous les travaux réalisés à proximité des ouvrages. Il s'efforce de réduire ces interruptions au minimum et de les situer aux dates et heures susceptibles de provoquer le moins de gêne possible aux*

³⁹⁴ Selon l'article 10 du décret n°2004-251 du 19 mars précité : « *En cas de manquement grave d'un opérateur de réseau de transport à ses obligations, de nature à porter atteinte à la continuité du service et à la sécurité, le ministre chargé de l'énergie le met en demeure d'y remédier, au besoin en se dotant de moyens de substitution, et, le cas échéant, prend les mesures prévues à l'article 22 du cahier des charges type précité* ».

³⁹⁵ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

usagers. »³⁹⁶ Il s'agit là d'un cas de « discontinuité » du service organisé par le texte, mais en vue d'une amélioration globale du service rendu. On perçoit la volonté manifeste de réduire le plus possible ce type d'interruption momentanée du service ; c'est bien la continuité générale du service qui est visée et protégée par principe.

262. – La continuité imposée au transport ferroviaire de voyageurs. – La convention relative à l'exploitation des trains d'équilibre du territoire signée le 13 décembre 2010 entre la SNCF et l'État offre un bon exemple de la mise en œuvre conventionnelle de la continuité du service.

L'article 9 de cette convention est dédié à la continuité du service ferroviaire : « *L'Exploitant doit s'efforcer d'assurer la continuité du service objet de la présente convention, y compris dans les cas d'aléas normaux liés à l'exploitation, sauf en cas de force majeure et événements assimilés tels que définis à l'article 25 de la présente convention*³⁹⁷. / *En cas d'interruption du service objet de la présente convention, l'Exploitant s'engage à mettre en place, dans toute la mesure du possible, des moyens d'urgence et de substitution en fonction des moyens disponibles. L'Exploitant informe l'Autorité Organisatrice et la clientèle des dispositifs ainsi mis en place* »³⁹⁸. La mise en œuvre de cette stipulation intervient bien évidemment dans le respect des autres

³⁹⁶ Article 14, du décret n°2004-251 du 19 mars 2004, précité.

³⁹⁷ Selon l'article 29 de la convention : « *Est considéré par les Parties comme un cas de force majeure toute circonstance ou fait indépendant de leur volonté, et qui ne peut être empêché par elles malgré leurs efforts raisonnablement possibles. / Les Parties sont convenues d'assimiler à un cas de force majeure un certain nombre d'évènements empêchant momentanément l'exploitation du service telle que prévue par la présente convention. Ces événements sont notamment les suivants : / - circonstances ou phénomènes climatiques exceptionnels (les Parties conviennent, à ce titre, que l'état de catastrophe naturelle déclaré par l'administration constitue nécessairement un cas de force majeure) ; / - travaux non programmés, décidés par RFF, dits travaux dérogatoires ; / - agressions caractérisées de personnes, suicides, trouble de santé de voyageurs ; / - décisions d'autorités civiles ou militaires ; / - actes de terrorisme ; / - actes de malveillance (jet de pierre, vol de câble, bris de signal ou de barrière, déclenchement du signal d'alarme, etc.) ; / - obstacles sur voie sauf si les circonstances sont imputables à l'Exploitant ; / - non respect par les voyageurs des consignes de sécurité malgré les soins, l'attention et la diligence apportés par les agents de l'Exploitant (montée ou descente en marche, traversée des voies irrégulière, etc.). / La survenance de ces cas soustrait l'Exploitant à toute sanction ou responsabilité, quelle qu'en soit la nature, pour manquement, retard ou défaut dans l'exécution de ses obligations à l'égard de l'Autorité Organisatrice. / La partie qui invoque un évènement de force majeure doit prendre, dans les meilleurs délais, toutes les mesures raisonnablement envisageables pour en atténuer l'impact sur l'exécution de ses obligations. / Lorsqu'un évènement qualifié de force majeure se prolonge au-delà d'une période de 6 mois à compter de sa survenance, ou affecte de façon récurrente une même relation, chaque partie a la possibilité de demander l'application des dispositions de l'article 19 ».*

³⁹⁸ Article 9 de la convention relative à l'exploitation des trains d'équilibre du territoire (TET) du 13 décembre 2010 signée entre l'Etat et la SNCF.

dispositions légales applicables, notamment celles issues de la loi du 21 août 2007³⁹⁹, aujourd'hui codifiées aux articles L.1222-1 et suivants du code des transports qui organisent un service garanti dans les transports publics terrestres de voyageurs.

§ 2.- Les raisons d'une transcription du principe

263. – Deux raisons peuvent expliquer que la continuité du service soit explicitement évoquée dans les textes. D'une part, dans le cas de la loi, l'évocation du principe est paradoxalement d'ordre symbolique et non normative. Il s'agit pour le législateur d'adresser un message à l'opinion publique (A.-). D'autre part, dans le cas des textes réglementaires et conventionnels, l'évocation du principe vise à le mettre concrètement en œuvre, sous forme d'obligations de service public, dans le cadre d'une logique juridique conforme au droit de l'Union européenne (B.-).

A.- La loi, vecteur symbolique du principe de continuité auprès de l'opinion

264. – **La continuité, une évidence ancienne** – Comment expliquer d'une façon générale cette inscription tardive dans la loi de l'obligation de continuité du service public ? De plus, comment expliquer une référence plus ou moins tronquée à la continuité du service public dans les cahiers des charges ? Il convient pour ce faire de revenir aux origines de ces services publics en réseaux. En effet, ces derniers ont été organisés au moyen de concessions accordées par l'État à des entreprises privées ou semi-privées, la théorie du service public était encore balbutiante. La continuité n'était qu'un concept émergent, même si l'idée était présente à l'esprit de ceux qui envisageaient l'organisation d'une activité en service public. Par la suite, lorsque les grands monopoles publics ont été institués, dans la mesure où la continuité avait été bien comprise par le juge administratif comme une modalité déterminante de fonctionnement du service public et dont le respect était assuré au mieux par ce même juge, le législateur n'a sans doute pas cru nécessaire d'inscrire des éléments du « statut » du service public dans la loi. De surcroît, cela aurait sans doute posé des problèmes d'interprétation en matière de conciliation avec le droit de grève dont

³⁹⁹ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

l'inscription dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁴⁰⁰, appelait sans doute aussi sa reconnaissance au profit des agents de ces grands services publics. Or, grève et continuité ne font jamais bon ménage dans les services publics. De plus, il semblait sans doute évident, à l'époque, que le service public organisé en monopole était soumis à l'obligation de continuité, tout comme il était soumis aux deux autres lois de mutabilité et d'égalité.

265. – Le paradoxe contemporain – Toutefois, de nos jours, cette évidence n'est plus, dès lors que le champ du service public se réduit peu à peu à la suite des réformes législatives intervenant dans ces secteurs d'activité. Il est donc utile de rappeler que le service public, aussi réduit soit-il, n'en garde pas moins une importance capitale, au point qu'on ne pourrait se satisfaire d'un fonctionnement discontinu de celui-ci. De plus, rappeler les modalités de fonctionnement des services publics dans les lois organisant l'ouverture à la concurrence, est comme un signal envoyé par le législateur, tant aux salariés des anciens grands monopoles qu'aux usagers des grands services publics, pour les rassurer quant à la pérennité des valeurs sur lesquelles s'est construite la société française actuelle. La sincérité du législateur est à cet égard discutable. N'est-ce pas plutôt pour mieux enterrer les valeurs du service public qu'on les proclame et qu'on les encense dans la loi comme jamais jusqu'à maintenant ? La proclamation législative n'est peut-être alors que symbolique. Cet aspect symbolique du phénomène législatif n'est cependant pas insignifiant. C'est même le contraire que l'on peut voir à l'œuvre. Il semble en effet significatif que les dispositions législatives récentes relatives aux secteurs des télécommunications et de l'électricité, reprennent tel quel le triptyque de Louis Rolland : « égalité, continuité, adaptabilité », qui est devenu la devise du « service public à la française ».

266. – L'illusion législative – Il est bien évident que l'inscription du principe de continuité dans les dispositifs législatifs sectoriels ne peut pas suffire à instaurer valablement une obligation de continuité à l'égard de l'ensemble des acteurs du secteur concerné. Or ces textes peuvent en donner l'illusion. C'est particulièrement vrai pour les dispositions issues de la loi dite « LOTI »⁴⁰¹ relatives à la SNCF. Aussi ces textes législatifs doivent être entendus, lorsqu'ils existent, comme fondements législatifs des dispositifs réglementaires ou conventionnels qui imposent une obligation de continuité.

⁴⁰⁰ Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

⁴⁰¹ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 *d'orientation des transports intérieurs* (LOTI), *J.O.R.F.* du 31 décembre 1982.

Ils constituent aussi une forme de relais – pas nécessairement obligés – entre ces dispositifs et le droit de l’Union européenne qui en prévoit la possibilité.

267. – En réalité, cette analyse doit être nuancée selon l’époque à laquelle les textes étudiés ont été adoptés. Dans les années 1990 et jusqu’au début des années 2000, on peut dire que lorsqu’une disposition législative rappelait le principe de continuité, on se situe dans l’ordre du symbolique, il s’agissait bien d’un message adressé à l’opinion publique française. Dans les textes les plus récents, peut-être en profite-t-on pour adresser un message à l’opinion, mais l’inscription du principe peut aussi être perçue comme une tentative de mieux se conformer aux prescriptions du droit de l’Union européenne.

B.- L’acte à portée individuelle, vecteur de l’obligation de service public de continuité du service, au sens du droit de l’Union européenne

268. – **La nécessité d’un acte individuel** – La logique juridique qui transcende le concept d’obligation de service public dans le droit de l’Union, vise à promouvoir des obligations précisément déterminées en vue de garantir les aspects les plus importants de l’intérêt général et d’en permettre une éventuelle compensation financière. Or, nous savons que de telles obligations ne peuvent pas être uniquement définies par la loi, ni d’ailleurs par le règlement, dans un cadre général. Elles nécessitent d’être relayées et donc imposées spécifiquement aux opérateurs par des actes individuels, qu’ils soient de nature réglementaire ou conventionnelle, et qui à l’occasion peuvent se référer à des dispositifs à portée générale.

269. – **Les exemples de la SNCF, des services en escale et de La Poste** – La convention conclue entre l’État et la SNCF, pour les trains d’équilibre du territoire, s’insère parfaitement dans le cadre de cette logique juridique. Elle permet donc d’imposer à la SNCF, opérateur de transport ferroviaire, une obligation de continuité parfaitement conforme au droit de l’Union.

De la même façon, en ce qui concerne les services aéroportuaires, les cahiers des charges annexés aux actes de concession des aéroports de l’État, sont des éléments contractuels par nature individualisés et délimités qui respectent la logique du droit européen applicable en la matière. De plus, pour la permanence du service

d'assistance en escale, il est prévu que l'opérateur soit désigné par un acte individuel du ministre chargé de l'aviation civile.

Enfin, on remarque aussi que les dispositions réglementaires applicables à l'entreprise La Poste, opérateur de service universel postal désigné par la loi, lui imposent une obligation de continuité. Cette obligation est individualisée et délimitée par le service universel, ainsi elle entre également dans la logique juridique de l'obligation de service public promue par le droit de l'Union européenne.

270. – L'exemple des secteurs électrique et gazier – Pour certaines activités gazières ou électriques, l'obligation de continuité qui est imposée aux opérateurs par la loi, s'insère néanmoins dans la logique juridique européenne de l'obligation de service public, dans la mesure où il s'agit d'un cadre général dont la mise en œuvre pratique est conditionnée par un acte à portée individuelle. Dans ces deux secteurs, ce sont les autorisations d'exploitation délivrées par l'autorité administrative qui imposent concrètement, le cas échéant, l'obligation de continuité du service.

271. – Du principe de continuité à l'exigence de continuité – Dès lors que la continuité fait l'objet d'une obligation de service public, on se trouve alors non plus en présence du principe de continuité, mais en présence d'une exigence – légale, réglementaire ou conventionnelle selon les cas – de continuité. En aucun cas, la transcription du principe de continuité dans les textes ne vient forcément remplacer l'application prétorienne du principe de continuité aux activités de service public. À tout le moins, doit-on se poser la question de savoir s'il existe une forme de concurrence entre le principe prétorien de continuité du service public et sa transcription dans la loi qui se transforme alors en exigence légale de fonctionnement du service. Nous sommes en effet confrontés à la charnière entre deux modes d'appréhension de l'intérêt général, sans même que la frontière entre les deux soit précise, et sans qu'aucune règle de transition ou d'articulation ne soit prévue. Aussi, dans ce contexte, et conformément à notre problématique, il nous appartient d'analyser les modalités théoriques d'application du principe prétorien de continuité du service public.

Section 2.- L'application variable du principe de continuité dans les activités de réseaux

272. – Le droit est parfois une mécanique de haute précision. Il est parfois aussi un art. Sans doute sommes-nous ici à la confluence de ces deux visions du droit, dès lors qu'est en jeu l'application d'un principe prétorien à des activités extrêmement réglementées. Aussi l'existence d'un principe applicable ne signifie plus dans un tel contexte une seule façon d'appliquer ledit principe. Il convient d'adapter la mise en œuvre du principe aux réalités juridiques. Or, dans un contexte où le service public voit ses frontières bouleversées et réduites du fait d'une conception plus stricte de ses vecteurs, à savoir l'obligation et la mission de service public, l'application du principe de continuité diffère en fonction de ses vecteurs. Son application varie, mais lui ne change pas. Autrement dit, le principe de continuité est toujours un principe du service public, une de ses lois de Rolland, applicable sans texte (§ 1.-). Il demeure aisément applicable aux missions de service public (§ 2.-), tandis que son application aux obligations de service public s'avère bien plus complexe (§ 3.-).

§ 1.- Un principe aisément applicable aux missions de service public

273. – Il n'existe pas de difficulté majeure quant à l'application du principe de continuité du service public aux missions de service public. Il convient d'expliquer brièvement la simplicité des modalités d'application du principe de continuité aux missions de service public (A.-), avant d'en dresser un rapide panorama (B.-).

A.- Les modalités d'application du principe aux missions de service public

274. – ***Une application traditionnellement élargie.*** – La mission de service public se caractérisant par son caractère englobant, le principe de continuité s'applique alors à l'ensemble de l'activité objet de la mission de service public. Dans une entreprise chargée d'une mission de service public, l'ensemble des services ou départements de l'entreprise qui concourent à la réalisation de cette mission sont donc soumis au principe

de continuité. Ainsi, dans la plupart des cas l'ensemble de l'entreprise, sa globalité, est soumis à ce principe.

C'est-là une conception classique de l'application de ce principe, qui a longtemps prévalu dans les secteurs en réseaux et qui demeure encore vivace, malgré l'ouverture de ces secteurs à la concurrence. Prenons l'exemple du transport aérien : la compagnie Air France était chargée pour l'État de liaisons domestiques (en marge de la compagnie Air Inter dont elle était d'ailleurs actionnaire) et de la plupart des liaisons avec l'outre-mer, toutes considérées comme des missions de service public. Dès lors, il était admis que l'ensemble de l'entreprise concourrait à la réalisation de ce service public, et l'ensemble des activités de l'entreprise était soumis au respect de ce principe, y compris pour la liaison Paris-CDG/New-York-JFK en Concorde. Cette logique extensive s'est retrouvée dans l'ensemble des secteurs qui font l'objet de notre étude. Tout cela n'était d'ailleurs pas toujours bien fondé sur le plan juridique, mais c'était la logique à l'œuvre y compris – et surtout peut-être dans le prétoire – lorsqu'il s'agissait de soumettre les agents de ces services au respect du principe de continuité par le truchement d'un régime juridique *ad hoc*, ce que nous examinerons plus en détail ultérieurement.

275. – Une application devenue limitée. – De nos jours, une telle conception extensive n'est plus envisageable. On ne peut s'attacher qu'aux limites effectives de la mission de service public pour déterminer le champ d'application exact du principe de continuité. Nos développements précédents nous permettent de vérifier que l'application du principe de continuité est devenue limitée aux seuls secteurs d'activités en réseaux concernés par les missions de service public, et dans la limite de ces missions. Il s'agit du transport ferroviaire et de l'énergie électrique.

B.- Les exemples d'application du principe aux missions de service public

276. – L'application du principe aux mission de service public dans le secteur électrique – Le secteur de l'énergie électrique se caractérise par l'existence de plusieurs missions de service public définies par la loi : la mission de développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, la mission de développement et d'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité et la mission de fourniture d'électricité. Chacune de ces missions correspond à une composante du service public de l'électricité. Dès lors, le principe de continuité du service public s'y applique. Ces trois

missions sont donc soumises à la continuité du service que chaque opérateur et autorité organisatrice doit respecter. De même, la continuité est opposable aux producteurs d'électricité qui se trouvent inclus dans le champ du service public par la volonté du Conseil d'État.

277. – L'application du principe aux missions de service public dans le secteur ferroviaire – Dans le secteur ferroviaire, seule la gestion du réseau ferroviaire peut être considérée comme une mission à part entière, en vertu de l'article L.2141-1 du code des transports. De même, sont soumises au principe de continuité les missions de service public en matière d'organisation des transports – ferroviaires et autres –, dévolues par l'article L.1211-4 du même code aux collectivités locales et à l'État.

En ce qui concerne le transport de voyageurs effectué par la SNCF, si aujourd'hui le droit positif français entretient l'illusion d'un service public étendu à l'ensemble de cette activité, nous savons que cette situation est contraire aux prescriptions du droit communautaire. Si l'on s'en tient au droit positif français, l'ensemble des services de transport de voyageurs opérés par la SNCF sur le réseau national relève du service public, et le principe de continuité s'y applique intégralement. Toutefois, si l'on tient à respecter le droit communautaire, ne sont soumises au principe de continuité que les lignes assujetties à des obligations de service public, ceci par acte individuel. Plus précisément, le principe de continuité ne s'applique qu'aux obligations de service public, dans les conditions que nous développons ci-dessous au § 2.

278. – L'application du principe aux missions de service public dans le secteur des communications électroniques – Dans le secteur des communications électroniques, les missions de service public définies par l'article L. 35-6 du code des postes et des communications électroniques, en matière d'enseignement supérieur, de recherche et de développement, ainsi qu'en matière de défense et de sécurité, sont donc naturellement soumises au principe de continuité. Nous retrouvons des missions de ce type dans le secteur postal en matière de continuité de l'action gouvernementale et du maintien des activités essentielles de la nation, en matière de défense et de sécurité publique. Ces missions de service public, définies par l'article R.1-1-25 du code des postes et des communications électroniques, sont aussi naturellement soumises au principe de continuité.

De plus, dans ces deux secteurs d'activités en réseaux, postes et communications électroniques, le service universel est prépondérant dans l'identification du service public. Bien que répondant dans une très large mesure à la logique des

obligations de service public, l'ampleur de ce service universel et son objet, permettent de considérer qu'il est composé de missions précises (annuaire, publiphones, l'acheminement des envois ordinaires ou recommandés, etc.) ; dans ces conditions, nonobstant les prescriptions législatives en ce sens, on peut admettre d'y appliquer le principe prétorien de continuité de façon globale.

279. – L'application du principe aux missions de service public dans le secteur aérien – Dans le secteur aérien, seul le service public aéroportuaire s'inscrit dans la logique de mission globale de service public. Ainsi, l'ensemble des prestations offertes par l'opérateur aéroportuaire est soumis, à ce titre, au principe prétorien de continuité.

§ 2.- L'application complexe du principe de continuité aux obligations de service public

280. – L'application du principe de continuité aux obligations de service public se révèle complexe. Il convient d'expliquer la difficulté régissant les modalités d'application de ce principe aux obligations de service public (A.-), avant d'en dresser un rapide panorama (B.-).

A.- Les modalités d'application du principe aux obligations de service public

281. – Comment appliquer le principe de continuité au service public porté par une obligation et non par une mission ? En réalité, tout dépend semble-t-il de l'interprétation de la notion d' « obligation de service public », entre approche extensive et restrictive. Cette marge d'appréciation rend évidemment plus complexe l'application du principe aux obligations de service public que pour les missions de service public.

Il existe en effet deux approches possibles pour appliquer le principe de continuité aux obligations de service public. Ces approches sont fonction de l'étendue que l'on prête à la notion même de service public qui résulte de la notion d'obligation de service public. La première approche est extensive dans la mesure où le service public engloberait alors l'ensemble de l'activité grevée d'obligations de service public. Cette approche a ceci d'intéressant en ce qu'elle est finalement très proche de l'application du principe de continuité aux missions de service public (1.-). Cependant, compte tenu de

la définition du concept d'obligation de service public donnée au niveau européen, nous préconisons une approche restrictive où le principe ne s'applique qu'à l'obligation et non pas à l'activité (2.-).

1.- L'approche extensive, juridiquement contestable

282. – La logique extensive. – L'approche extensive dans l'application du principe de continuité aux obligations de service public, consiste à appliquer ledit principe à l'ensemble de l'activité soumise à une ou plusieurs obligations de service public. C'est là un réflexe très empreint de la conception française du service que nous avons déjà relatée, dans la mesure où la logique extensive y est en permanence à l'œuvre. Ce réflexe se comprend toutefois aisément, dans un souci à la fois de simplicité et d'efficacité. Pour autant, cela nous paraît juridiquement contestable, ce qu'il nous appartient de démontrer à partir d'un exemple concret pris dans le secteur du transport aérien domestique en France.

283. – Illustration : le transport aérien. – L'exemple du transport aérien va nous permettre d'illustrer le caractère juridiquement contestable d'une approche extensive. Nous savons que le droit sectoriel de l'Union européenne permet aux États membres d'imposer des obligations de service public à une liaison aérienne, dès lors que l'intérêt général le justifie. Prenons l'exemple de l'arrêté du 26 novembre 2009⁴⁰² relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg. Nous remarquons que les services aériens entre ces deux villes de la province française préexistaient à la mise en place des obligations de service public par l'arrêté précité du 26 novembre 2009. Ces services étaient uniquement opérés par la Compagnie Air France, en réalité par l'une de ses filiales régionales ; ils le sont toujours, mais par principe, la concurrence est envisageable sur cette ligne. L'arrêté précité n'attribue aucune exclusivité de ligne à l'opérateur en place. Un autre opérateur qui estimerait obtenir une rentabilité suffisante pourrait envisager d'effectuer la même liaison. Il serait alors soumis aux mêmes obligations de service public. En effet, l'arrêté du 26 novembre 2009 dispose dans son article 1^{er}, que « *des obligations de service public dont le contenu est annexé au présent arrêté sont imposées à compter du 1^{er} janvier 2010 sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et*

⁴⁰² Arrêté du 26 novembre 2009 relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg, *J.O.R.F.* du 2 décembre 2009, texte n° 4.

Strasbourg »⁴⁰³, sous-entendu, quel qu'en soit l'opérateur, puisqu'aucun opérateur n'y est nommément désigné.

L'annexe unique de cet arrêté précise le contenu des obligations de service public imposées à tout opérateur effectuant la liaison entre Clermont-Ferrand et Strasbourg. Ces obligations sont au nombre de cinq, présentées dans les termes suivants. En terme de fréquences : « *Les services doivent être exploités toute l'année, hormis les jours fériés et une période continue de quatre semaines lors des vacances scolaires d'été, à raison de deux allers-retours par jour, l'un le matin et l'autre le soir, du lundi au vendredi. Les services doivent être exploités sans escale intermédiaire entre Clermont-Ferrand et Strasbourg* »⁴⁰⁴. En termes de catégories d'appareils utilisés et de capacité offerte : « *Les services doivent être assurés au moyen d'un appareil d'une capacité minimale de dix-neuf sièges* »⁴⁰⁵. En termes d'horaires : « *Les horaires doivent permettre aux passagers d'effectuer un aller-retour dans la journée avec une amplitude à destination d'au moins huit heures à Strasbourg* »⁴⁰⁶. En termes de politique commerciale : « *Les vols doivent être commercialisés par au moins un système informatisé de réservation. Une politique tarifaire incitative doit être mise en place à destination des petites et moyennes entreprises* »⁴⁰⁷. Enfin, en termes de continuité de service public : « *Sauf cas de force majeure, le nombre de vols annulés pour des raisons directement imputables au transporteur ne doit pas excéder, par an, 3 % du nombre de vols prévus. De plus, les services ne peuvent être interrompus par le transporteur qu'après un préavis de six mois. Les transporteurs communautaires sont informés qu'une exploitation en méconnaissance des obligations de service public peut entraîner des sanctions administratives et/ou juridictionnelles* »⁴⁰⁸.

284. – Les diverses approches possibles. – En présence de telles obligations de service public, il existe trois possibilités pour déterminer le champ du service public

⁴⁰³ Arrêté du 26 novembre 2009, précité.

⁴⁰⁴ *Idem.*

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ *Idem.*

⁴⁰⁷ *Idem.*

⁴⁰⁸ Il est vrai que la rédaction de cette obligation de service peut porter à confusion, puisqu'il y est question aussi de l'interruption du service qui doit être précédée d'un préavis de six mois. Or, en principe l'interruption définitive du service public est du ressort non du principe de continuité, mais du principe de mutabilité. Or, ici dans notre exemple, l'interruption du service est mentionnée dans l'obligation relative à la continuité du service. Mais en réalité, c'est bien de continuité du service qu'il s'agit dans cette hypothèse d'interruption du service, puisqu'il est bien précisé que celle-ci est à l'initiative du transporteur. Lequel, n'a de fait aucune prérogative particulière de puissance publique pour déterminer la consistance du service public et donc des obligations de service public. S'il interrompt la liaison et donc le respect des obligations de service public qui s'y attachent, il enfreint la continuité du service et non la consistance de celui-ci.

concerné. Soit nous considérons que seule chacune des obligations est de service public ; c'est là une interprétation stricte que nous développerons ultérieurement. Soit nous admettons que l'ensemble de l'activité de l'entreprise prestataire ressort du service public, parce qu'une de ces branches est soumise à des obligations de service public. Soit nous considérons enfin que seule l'activité liée à la prestation de la liaison aérienne est qualifiée de service public, parce que grevée par les obligations de service public qui s'y appliquent. Ce sont ces deux dernières hypothèses que nous allons maintenant examiner afin de tester leur crédibilité.

285. – Un service public englobant l'ensemble de l'activité de l'entreprise. –

Prenons la première de ces hypothèses : l'ensemble de l'activité de la compagnie aérienne serait qualifié de service public, parce que l'une au moins des liaisons qu'elle assure doit respecter des obligations de service public. Il semble improbable à notre époque de considérer qu'une ligne long-courrier Paris-Mexico via Houston, serait qualifiée de service public au prétexte que la compagnie opèrerait par ailleurs des liaisons domestiques ou vers l'outre-mer grevées d'obligations de service public. Si on prend l'exemple d'Air France c'était pourtant bien le cas depuis l'après-guerre. La compagnie étant nationale à l'époque, on pouvait bien mélanger les genres. Aujourd'hui ce n'est plus envisageable, car si dans l'imaginaire collectif, la confusion peut encore se rencontrer concernant le cas de la compagnie arborant les couleurs nationales, aurait-on la même vision englobante si l'opérateur de la liaison Clermont-Ferrand/Strasbourg s'appelait Ryannair ou Easy Jet ? Tel ne serait vraisemblablement pas le cas. Raisonnablement, nous pouvons donc exclure cette première hypothèse, en considérant que les obligations de service public imposées par l'arrêté ministériel ne concernent que la seule liaison Clermont-Strasbourg, et non pas toutes les liaisons domestiques opérées par l'entreprise aérienne en question.

Il semble donc aujourd'hui impossible de vouloir appliquer le principe de continuité à l'ensemble de l'activité d'Air France ou de l'une de ses filiales, au prétexte qu'elle effectue une liaison grevée d'obligations de service public.

286. – Un service public appliqué à l'ensemble de l'activité relative à la liaison

aérienne. – La question se pose plus sérieusement pour la seconde hypothèse d'extension évoquée, celle où la liaison aérienne grevée d'obligations de service public, serait une ligne globalement qualifiée de service public du fait de la présence de ces obligations. On considèrerait alors que le service aérien (ou liaison aérienne) entre Clermont-Ferrand et Strasbourg constituerait une « mission » de service public dont la

compagnie aérienne aurait la charge. Il n'est en effet pas contestable qu'en soi, un service aérien est constitutif d'une mission : celle de transporter des passagers et du fret d'un aéroport à un autre. Cette mission peut être assujettie à des conditions de prestation, mais elle n'en reste pas moins une mission. Dès lors, ne peut-on pas considérer qu'une obligation de service public appliquée à une mission, transformerait *ipso facto* cette mission en mission de service public ? C'est bien ce à quoi nous pourrions ici aboutir. Une réponse positive correspondrait à une certaine logique, mais aussi à une certaine réalité, dans la mesure où il ne peut y avoir d'obligation sans mission à laquelle s'appliquer. Comme nous le voyons, la tentation est donc grande de considérer que la liaison est de service public et que le principe de continuité, comme les autres principes du service public d'ailleurs s'y applique directement. Cela aurait en outre le mérite d'une certaine simplicité.

287. – Nous pensons qu'une telle approche extensive de la notion de service public et partant du champ d'application du principe de continuité se heurte à certaines objections théoriques. Il semble dès lors que le principe de continuité ne puisse s'appliquer qu'aux seules obligations, et non à l'activité ou service concerné.

2.- L'approche restrictive, juridiquement fondée

288. – Il n'y a de continuité que relativement aux obligations de service public. Ce choix d'une approche résolument restrictive est contraint par plusieurs données relatives au concept même d'obligation de service public.

289. – **Le principe de continuité s'applique aux seules obligations de service public** – Dès lors qu'on se place sous l'égide du droit européen, comme nous y oblige la législation européenne applicable au secteur aérien, une mission grevée d'obligations de service public ne devient pas pour autant une mission de service public. En effet, en droit européen, ne ressort du service public que ce qui peut être financièrement compensé, en l'occurrence les obligations, c'est-à-dire certaines des conditions de fonctionnement du service précisément énumérées et non pas la globalité des conditions de fonctionnement du service correspondant alors à la mission dans son ensemble. Ceci nous conduit à préconiser une lecture stricte de la notion d'obligation de service public. Seule l'obligation relève du service public et peut être qualifiée comme telle. Dès lors, le principe de continuité s'applique à l'obligation et non au service dans son ensemble.

Si nous reprenons notre exemple issu de l'arrêté du 26 novembre 2009 relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg⁴⁰⁹, cela veut dire qu'en ce qui concerne la catégorie d'appareil utilisée d'une capacité minimale de dix-neuf sièges et la politique commerciale spécifique pour la clientèle d'affaire, ces deux conditions doivent être assurées en continue. La compagnie se mettrait en défaut si elle ne les respectait pas, sauf circonstances tout à fait exceptionnelle. Seuls les éventuels surcoûts que représenterait le respect de ces obligations pourront faire l'objet de compensations financières. Tel n'est pas le cas pour tout autre surcoût qui n'est pas lié à l'une de ces obligations. Dans le cas présent, il est prévu par exemple que l'opérateur du service doit mettre en place une politique tarifaire incitative à destination des petites et moyennes entreprises. Si – hypothèse d'école –, il lui venait à l'idée de mettre en place une politique tarifaire incitative à destination des familles ou des jeunes, les éventuels surcoûts qui y seraient liés ne pourraient pas être compensés par les collectivités publiques. Seule la compagnie aérienne supporterait ce coût. De plus la continuité n'a pas à s'appliquer à cet aspect de la politique tarifaire qui ne concerne pas les obligations de service public.

Seules les obligations expressément imposées à l'opérateur, doivent être assurées dans le respect du principe de continuité. Toutes les autres conditions de fonctionnement du service n'y sont pas soumises ; ainsi l'ensemble du service ou de la mission n'est pas tenu de respecter le principe de continuité.

290. – La continuité partielle du service tirée de certaines obligations. – Dans notre exemple tiré de l'arrêté du 26 novembre 2009⁴¹⁰, le principe de continuité s'applique aussi aux obligations spécifiques en termes de fréquences et d'horaires. Concrètement, l'opérateur ne pourra pas modifier les fréquences pour les diminuer en deçà du seuil prescrit, ni modifier les horaires du service pour les rendre incompatibles avec un aller-retour dans la journée avec une amplitude de huit heures à l'escale de Strasbourg, selon les prescriptions de l'obligation de service public. Pour autant, suffit-il d'avoir une continuité dans les fréquences et les horaires pour obtenir une continuité globale du service, c'est-à-dire une continuité du fonctionnement global du service, ici la liaison aérienne ? La réponse est en partie positive. Il semble, toutefois, que cela ne suffise pas. Il n'y a pas de continuité du service s'il n'y a pas une obligation qui le prescrive expressément.

⁴⁰⁹ Arrêté du 26 novembre 2009, précité.

⁴¹⁰ Arrêté du 26 novembre 2009 *relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg*, précité.

C'est pourquoi, nous constatons, dans l'arrêté du 26 novembre 2009⁴¹¹, la présence d'une cinquième obligation qui est relative à la continuité du service. Elle seule permet de faire face à l'interruption totale du service.

291. – La continuité générale du service tirée de l'obligation de continuité. – Un examen attentif de la législation sectorielle française et européenne, nous donne d'autres exemples où l'obligation de service public peut porter sur la continuité du service. Ainsi, en ce qui concerne le gaz naturel, le code de l'énergie précise au II de l'article L.121-32 que les obligations de service public portent notamment sur « *la continuité de la fourniture de gaz* » et sur la « *sécurité d'approvisionnement* »⁴¹². Selon ce texte, l'obligation de continuité vise les acteurs essentiels de la chaîne du gaz, du stockage à la distribution et non pas uniquement les fournisseurs de gaz. Ce texte se situe parfaitement dans la voie tracée par la directive européenne n° 2003/55/CE du 26 juin 2003⁴¹³, selon laquelle les obligations de service public peuvent notamment porter sur la sécurité d'approvisionnement et sur la régularité⁴¹⁴. La continuité n'est pas expressément mentionnée, mais elle est sous entendue. On retrouvait exactement la même formulation dans la directive du même jour relative au secteur de l'électricité⁴¹⁵ et aujourd'hui remplacée par une directive du 13 juillet 2009⁴¹⁶ ; dans ces deux cas à l'article 3, § 2. Dans le transport aérien, l'article 16 du règlement du 24 septembre 2008⁴¹⁷ précise que les obligations de service public imposées à une liaison aérienne peuvent notamment porter sur « *des normes fixes en matière de continuité, de régularité* »⁴¹⁸. En revanche, le règlement « OSP » du 23 octobre 2007⁴¹⁹ applicable au transport ferroviaire

⁴¹¹ Arrêté du 26 novembre 2009, précité.

⁴¹² Article L.121-32 du Code de l'énergie.

⁴¹³ Directive n°2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

⁴¹⁴ Article 3, §2 de la directive n°2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, précitée.

⁴¹⁵ Directive n°2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.

⁴¹⁶ Directive n°2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE*, J.O.U.E. L. 211 du 14 août 2009, p. 55.

⁴¹⁷ Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)*, J.O.U.E. du 31 octobre 2008, n° L 293/3.

⁴¹⁸ Article 16 du Règlement (CE) n°1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, précité.

⁴¹⁹ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil*, J.O.C.E. du 3 décembre 2007, n° L 315/1.

ne précise pas expressément le contenu possible des obligations de service public. Ce qui laisse néanmoins le champ très ouvert, pour y inclure par exemple la continuité du service.

En définitive, nous déduisons de ce qui précède, que pour s'assurer de la continuité du service soumis à des obligations de service public, la seule présence de ces obligations ne suffit pas, encore faut-il que l'un d'elles porte expressément sur la continuité de ce service. Cela corrobore notre analyse d'une approche restrictive de la délimitation du service public ayant pour seul vecteur la notion d'obligation de service public. L'application du principe de continuité à ce service public est donc strictement délimité.

292. – La distinction entre « obligation-condition » et « obligation-mission », source de complication – Enfin, le contenu de l'obligation de service public s'avère être une source de complication dans l'application du principe de continuité à l'obligation de service public. Il s'agit de la nature même de cette obligation, qui, comme nous l'avons vu précédemment, peut varier entre obligation-condition et obligation-mission. Dans tous les cas il s'agit d'une obligation de service public. Le principe de continuité s'applique donc bien au contenu de l'obligation en question. Dans le cas d'une obligation-condition, l'effet du principe de continuité sur le service presté sera assez limité. En revanche, dans le cas d'une obligation-mission, telle le maintien d'une fourniture de gaz aux personnes en situation de précarité, l'effet de l'application du principe est plus générale, puisque nous sommes en présence d'une quasi mission de service public ; la continuité s'applique à l'ensemble de la « mission » objet de l'obligation de service public. D'un point de vue pratique, on constatera alors une variation quant à l'étendue de la continuité sur l'activité en cause, selon que l'obligation de service public porte sur une condition de fonctionnement du service ou définit la mission du service. Mais d'un point de vue théorique il s'agira toujours d'appliquer le principe de continuité à une obligation de service public et non comme avant à une mission de service public.

B.- Les exemples d'application du principe aux obligations de service public

293. – L'application du principe de continuité aux obligations de service public se révèle complexe puisque ce n'est pas une activité dans son ensemble qui est prise en considération pour déterminer l'étendue de la continuité à obtenir, mais chacune des

obligations de service public grevant l'activité en question. Il convient en effet de s'en tenir au champ du service public résultant de l'application d'obligations de service public à une activité donnée. Nous avons conclu de nos analyses précédentes que seule chacune des obligations en question délimitait une portion de service public. L'ensemble de l'activité n'est plus – du moins ne peut plus être – considéré comme étant un service public à part entière. Seule l'obligation de service public relève du service public. Deux secteurs d'activités en réseaux illustrent parfaitement cette modalité d'application du principe de continuité aux obligations de service public. Il s'agit du secteur de l'énergie gazière et celui du transport aérien.

294. – Dans le secteur de l'énergie gazière, la continuité s'applique aux obligations de service public telles qu'elles sont prévues par l'article L.121-32 du code de l'énergie. Ainsi, par exemple, « *la sécurité des personnes et des installations* »⁴²⁰, la « *sécurité d'approvisionnement* »⁴²¹, la « *qualité et le prix des produits et des services fournis* »⁴²² sont continus. Ce sont ces obligations particulières qui sont l'objet de la continuité. En rien la présence de ces obligations ne justifie au plan juridique la continuité de l'ensemble de l'activité de fournisseur de gaz ou d'opérateur de réseaux de transport et de distribution de gaz et de concessionnaire de stockage souterrain de gaz. Nous en voulons pour preuve que la continuité globale de l'activité en question peut elle aussi être l'objet d'une obligation de service public spécifique. Cela est en effet prévu par l'article L.121-31, II, 2° du code de l'énergie, et mis en œuvre par le décret du 19 mars 2004⁴²³ que nous avons déjà eu l'occasion de présenter précédemment.

295. – Il en va de même dans le cas du transport aérien. La présence d'obligations de service public relatives à la capacité en nombre de sièges de l'aéronef, à la politique tarifaire ou aux fréquences ne suffit pas, d'une part à considérer que la liaison dans son ensemble relève du service public et, d'autre part qu'en conséquence, le principe de continuité s'y applique dans toute sa plénitude. La liaison aérienne grevée d'obligations de service public, ne sera soumise à l'exigence de continuité que par la présence d'une obligation de service public spécifique en ce sens. Tel est bien le cas dans l'exemple développé plus haut de la liaison Clermont-Ferrand – Strasbourg. L'arrêté du 26

⁴²⁰ Article L.121-31, II, 1° du code de l'énergie.

⁴²¹ Article L.121-31, II, 3° du code de l'énergie.

⁴²² Article L.121-31, II, 4° du code de l'énergie.

⁴²³ Décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, *J.O.R.F.* du 21 mars 2004, p. 5488.

novembre 2009⁴²⁴ contient plusieurs obligations de service public dont une consacrée à la continuité de la liaison aérienne. Autrement dit, la présence d'obligations de service public en matière de capacité ou de tarif ne permet pas de considérer que la liaison aérienne est un service public auquel le principe prétorien de la continuité du service s'appliquerait ; juridiquement, seule la présence d'une obligation spécifique en ce sens permet de garantir la continuité de la liaison aérienne.

296. – En définitive, nous constatons que le principe prétorien de continuité du service public s'accorde mal avec le concept émergent d'obligation de service public, dans la mesure où il ne permet plus d'envisager la continuité d'une activité dans son ensemble. Dès lors qu'au sein d'une activité de réseaux le service public est délimité par des obligations de service public, la continuité de l'activité ne peut être juridiquement garantie que par une obligation de service public. La révolution que constitue l'émergence du concept d'obligation de service public dans les services en réseaux, nous oblige effectivement à abandonner le principe prétorien de continuité du service public pour adopter l'exigence écrite de continuité du service.

⁴²⁴ Arrêté du 26 novembre 2009 *relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg*, précité.

Chapitre 5.- Les activités non-assujetties à l'exigence de continuité du service

297. – *Propos introductif du Chapitre 5* – Loin de l'intégration d'antan, les grands services en réseaux sont donc devenus complexes, fourmillant d'une multitude d'acteurs qui prestent directement le service d'exploitation du réseau ou qui interviennent sur le réseau et sur la prestation du service en réseaux. Dès lors, nous ne devons pas nous bercer d'illusions quant au fait que les services en réseaux sont toujours pour une large part soumis à une exigence de continuité qui serait comparable à la continuité du service public qui prévalait auparavant. La réalité est tout autre. L'exigence de continuité n'est plus aussi générale qu'elle ne l'était dans l'exploitation même du service en réseau. Il y a aujourd'hui plus qu'avant des exploitants du service en réseaux qui ne sont pas assujettis à une exigence de continuité. Toutefois, il y a également plus qu'avant, une multiplication des intervenants sur le service en réseaux autres que les exploitants du service à proprement parler. Ces intervenants se trouvent également très loin d'être soumis à une exigence de continuité.

298. – Il nous faut donc identifier le champ des activités de réseaux qui ne sont pas soumises à l'exigence de continuité. Pour cela nous identifierons les exploitants du service en réseaux qui ne sont pas soumis à une exigence de continuité (Section 1.-), puis nous identifierons les autres intervenants sur le service en réseaux, qui eux aussi ne le sont pas en principe (Section 2.-).

Section 1.- Les exploitants du service en réseaux non-assujettis à l'exigence de continuité

299. – L'introduction de la concurrence combinée à la réduction du champ du service public dans les services en réseaux a eu pour conséquence de placer un nombre croissant d'opérateurs des services en réseaux en dehors de toute exigence de continuité du service. C'est cette réalité que nous voulons exposer par ce qui suit, selon une présentation sectorielle, afin d'allier à la fois la clarté de l'exposé et l'efficacité de l'analyse. Compte tenu de la diversité des réalités tant techniques que juridiques de chacun des secteurs en réseaux étudiés, il est apparu difficile d'opérer une présentation

transversale ; chaque secteur en réseaux ayant sa propre logique et sa propre évolution. La simplicité est ici compagne de l'intelligibilité.

300. – Ainsi, nous exposerons les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux et de communications électroniques (§1.-), puis dans les services d'énergie électrique et d'énergie gazière (§2.-) et enfin dans les services ferroviaires et aériens (§3.-).

§ 1.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux et dans les services de communications électroniques

301. – Nous présenterons dans un premier temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux (A.-), puis dans un second temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services de communications électroniques (B.-).

A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux

302. – Dans le secteur postal, seuls le service universel postal et quelques missions spécifiques de service public définies par la loi sont soumis au principe de continuité du service public. Les autres activités postales ne sont pas soumises à ce principe. De plus, seule l'entreprise La Poste est chargée du service universel et des autres missions de service public. Ainsi, en définitive, l'entreprise La Poste est la seule entreprise du secteur postal à devoir se plier, pour ses activités de service public y compris ses activités d'intérêt général, au principe de continuité du service, en l'occurrence du service public.

303. – ***Les opérateurs autres que La Poste.*** – Les autres opérateurs du secteur postal qui prestent des services postaux situés hors monopole (service universel et service public) ne sont donc aucunement soumis au principe de continuité du service public ni à aucune autre exigence légale ou réglementaire de continuité dans leur fonctionnement. Ces entreprises autorisées par l'ARCEP sont aujourd'hui près de vingt-

cinq à pouvoir opérer sur le territoire français⁴²⁵. Leurs activités consistent essentiellement à la collecte, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux non réservés dans le cadre du service universel. Les personnels de ces entreprises ne sont donc pas assujettis à un quelconque principe de continuité. Leur droit de grève s'exerce ainsi *a priori* sans contrainte.

304. – Le cas particulier de La Poste. – Cependant, il ne faut pas oublier que La Poste peut aussi intervenir sur ces marchés postaux au même titre que les autres opérateurs autorisés. Elle est donc une entreprise qui opère tant dans le cadre d'un monopole conféré par la loi, que dans le cadre d'un marché postal de plus en plus large et ouvert à la concurrence. Autrement dit, toute l'activité de La Poste n'est pas assujettie au principe de continuité ; seule la part de l'activité liée au service universel et au service public l'est. Dans ces conditions, dans quelle mesure peut-on faire la distinction au sein du personnel selon qu'il est affecté à un service presté dans le cadre du monopole soumis au principe de continuité, ou bien à un service presté dans le cadre du marché concurrentiel ? C'est une question à laquelle nous tenterons de répondre ultérieurement⁴²⁶.

B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services de communications électroniques

305. – Dans le secteur des communications électroniques, la continuité s'impose aux services publics, dont le service universel. En matière de téléphonie fixe, le service universel est presté par France Télécom, qui est donc un opérateur soumis à ce titre au respect du principe de continuité du service. Pour l'autre part du service universel, c'est l'entreprise Les Pages Jaunes qui est soumis au respect dudit principe.

Toutefois, le service universel ne constitue pas la seule hypothèse où l'exigence de continuité du service existe. La permanence et la disponibilité du réseau et du service sont deux exigences récurrentes dans le secteur des communications

⁴²⁵ Il s'agit des sociétés suivantes : Adrexo, IMX France, Deutsche Post AG, Altjus, Swiss Post International France, La Poste, La Poste Belge, Solgeco 26, G3 Worldwide (Spring), Deutsche Poste Global Mail (France), Royal Mail Group PLC, Press'Tissimo, ProCourier, Courrier Services 03, Courrier Plus, DHL Express (France) SAS, Ciblex France, 3L (Distriplis), ARD Services (Inter Correspondance), Frédéric Veigneau (Distriplis-Mauges), Post Center, Österreichische Post AG, ADC Express'' et FamilyPro Courier.

⁴²⁶ Cf. : *Infra*, titre 2 : « La soumission partielle des agents des services en réseaux aux sujétions de continuité ».

électroniques, or elles constituent des notions parentes de celle de continuité du service. Ainsi, l'article L.33-1 du code des postes et des communications électroniques précise les règles que doivent respecter les exploitants dont la première d'entre elles est « *les conditions de permanence, de qualité et de disponibilité du réseau et du service* »⁴²⁷. Cette obligation est reprise par l'article D.98-4 du code des postes et des communications électroniques. Son troisième alinéa dispose que « *l'opérateur doit prendre les dispositions nécessaires pour assurer de manière permanente et continue l'exploitation du réseau et des services de communications électroniques et pour qu'il soit remédié aux effets de la défaillance du système dégradant la qualité du service pour l'ensemble ou une partie des clients, dans les délais les plus brefs. Il prend toutes les mesures de nature à garantir un accès ininterrompu aux services d'urgence* »⁴²⁸. Ce texte laisse penser à tort que tous les opérateurs de communications électroniques sont soumis à une exigence de continuité du service. En réalité, cet alinéa 3 ainsi que l'alinéa 4 de cet article D.98-4 du code des postes et des communications électroniques, s'imposent aux opérateurs de téléphonie mobile. Ceci se déduit de l'article D.98-3, alinéa 2, du code des postes et des communications électroniques⁴²⁹.

306. – Les services Internet. – Autrement dit, les opérateurs de téléphonie fixe dégroupés ainsi que les opérateurs des services internet et de la téléphonie fixe par internet, ne sont pas soumis à une exigence de continuité. En matière de téléphonie fixe, si Orange (ex France Télécom) est soumis au principe de continuité de la téléphonie fixe prestée dans la cadre du service universel, elle n'est pas soumise à une exigence de continuité pour les services de téléphonie fixe par Internet. Les autres opérateurs du marché, tels Free télécom ou Bouygues Télécom ne sont pas davantage assujettis à une telle exigence. Or tous ces opérateurs proposent des services similaires, alternatifs et concurrents. Ils vantent même le dégroupage et incitent les clients à ne bénéficier que de la téléphonie fixe par Internet, ce qui permet d'éviter de payer un abonnement pour la téléphonie fixe à Orange. Mais ils omettent d'indiquer que dans ce cas, les services proposés se trouvent en dehors du service universel. Le client n'a donc *a priori* plus la même garantie en termes de continuité du service. Il n'existe aucune garantie légale pour exiger d'un opérateur un rétablissement très rapide de l'accès à la téléphonie par

⁴²⁷ Article L.33-1 du code des postes et des communications électroniques.

⁴²⁸ Article D.98-4 du code des postes et des communications électroniques.

⁴²⁹ Article D.98-3, alinéas 1 et 2 : « *Les dispositions des articles D.98-4 à D.98-13 s'appliquent, lorsqu'elles sont pertinentes, aux exploitants de réseaux ouverts au public et aux fournisseurs de services de communications électroniques au public, à l'exception : / - des règles mentionnées aux troisième et quatrième alinéas de l'article D.98-4, qui ne s'appliquent qu'aux fournisseurs de service de radiocommunications mobiles terrestres au public ;* »

Internet en cas de difficulté technique momentanée. Seuls dans ce cas s'appliquent les alinéas 5 et suivants de l'article D.98-4 du code des postes et des communications électroniques relatifs à la qualité du service rendu. C'est là où l'on perçoit que si la continuité participe de la qualité du service, celle-ci en revanche ne prend en charge qu'imparfaitement la continuité du service.

§ 2.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie électrique et dans les services d'énergie gazière

307. – Nous présenterons dans un premier temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie électrique (A.-), puis dans un second temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie gazière (B.-).

A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie électrique

308. – **Les « petits » producteurs d'électricité.** – Le secteur de l'énergie électrique est encore largement marqué par la présence du service public, considéré de façon globalisante ainsi que nous l'avons démontré précédemment⁴³⁰. La plupart des opérateurs du secteur, dans la mesure où ils assurent une part du « *service public de l'électricité* »⁴³¹, sont soumis à une obligation de continuité. Ceci résulte de la combinaison de la loi du 10 février 2000 et des principes prétoriens du service public. De plus, nous avons vu précédemment que la production d'électricité réalisée par EDF était considérée par la jurisprudence comme relevant du service public, un service public contribuant au service public de l'électricité. Il reste néanmoins que les petits producteurs d'électricités ne sont pas dans le périmètre du service public. Selon l'avis contentieux *Epoux Beligaud*⁴³², « *en l'état actuel des techniques et eu égard aux caractéristiques d'ensemble du système électrique, présentent le caractère d'ouvrage public les ouvrages d'une puissance supérieure à 40 MW qui sont installés dans les zones interconnectées du territoire métropolitain* », sachant que le Conseil d'État déduit cette qualité d'ouvrage

⁴³⁰ Cf. : *Supra*, Chapitre 3.

⁴³¹ Article L.121-1 du code de l'énergie

⁴³² CE, 29 avril 2010, req. n° 323179, *Époux Beligaud*, *op. cit.*

public de « affectés au service public » de ces ouvrages « auxquels sont imposées ces contraintes en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité ». En revanche, tous les sites de production d'électricité raccordés aux réseaux de distribution qui ont une puissance inférieure à 40 MW, ne ressortent pas du service public et ne sont donc pas concernés par le principe de continuité. Cela concerne tout système de production, de l'aérogénérateur (éoliennes) aux petites centrales thermiques ou hydrauliques.

Il apparaît donc assez nettement que les petits producteurs d'électricité ne sont pas considérés comme chargés d'une mission de service public et sont exclus du champ d'application du principe de continuité du service public. De plus, pour être complet, ils ne sont pas assujettis à aucune exigence légale ou réglementaire de continuité.

B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie gazière

309. – La législation et la réglementation applicables au secteur de l'énergie gazière ont largement fait usage du concept d'obligation de service public. Rappelons-nous que le décret du 19 mars 2004⁴³³ détaille ces obligations imposées aux divers opérateurs dans les activités de transport, de distribution et de fourniture de gaz. La continuité est l'objet d'obligations de service public précises.

310. – ***Les concessions de stockage souterrain de gaz naturel.*** – En revanche, nous avons remarqué qu'une telle obligation de continuité n'existe pas pour les titulaires des concessions de stockage souterrain de gaz et aux exploitants d'installations de gaz naturel liquéfié. Rappelons-nous en outre que ces concessions de stockage souterrain de gaz naturel ne sont pas des concessions de service public. Dès lors les principes du service public ne s'y appliquent pas. Ce sont donc des activités qui ne sont pas soumises à une quelconque exigence de continuité. Le pouvoir réglementaire, tout comme le législateur avant lui, a estimé qu'elles n'avaient nullement besoin d'être soumises à une telle obligation. Cela nous semble discutable, d'autant que le code minier contient à l'article L.281-1 une disposition qui, bien que ne faisant pas explicitement référence à l'exigence de continuité, la sous-entend implicitement. En effet, selon cet article, « *les titulaires des concessions de stockage souterrain de gaz naturel assurent l'exploitation*

⁴³³ Décret n°2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, *J.O.R.F.* du 21 mars 2004, p. 5488.

des stockages de manière compatible avec le fonctionnement sûr et efficace des réseaux de gaz naturel interconnectés »⁴³⁴. Qu'est-ce qu'une exploitation du stockage compatible avec un fonctionnement sûr et efficace des réseaux de gaz, si ce n'est notamment un fonctionnement continu ? On imagine mal, dans une telle activité un fonctionnement par « à coups ». D'ailleurs nous avons remarqué qu'une obligation spécifique d'information des autres opérateurs (transport, distribution et fourniture) de gaz pesait sur le gestionnaire d'un stockage souterrain ; il doit justement informer ses clients et les opérateurs de réseaux de transport en cas de travaux ou de force majeure⁴³⁵, c'est-à-dire lorsqu'il n'est plus en mesure d'assurer une continuité du service.

L'exigence de continuité devrait donc s'imposer en toute logique au concessionnaire d'un stockage souterrain de gaz naturel. Si tel n'est pas le cas à l'heure actuelle, c'est que le législateur et plus largement les pouvoirs publics estiment que bien qu'étant un maillon essentiel de la chaîne du gaz naturel, le stockage souterrain est une activité largement concurrentielle. Il existe en effet de multiples opérateurs sur ce créneau. Si l'un de ces opérateurs est défaillant, le fournisseur ou le transporteur de gaz pourra s'approvisionner à partir d'un autre stockage⁴³⁶. S'applique ici une logique assez proche de celle qui préside à l'absence d'inclusion de la production d'électricité dans le giron du service public. Le stockage de gaz naturel (qui équivaut à la production, puisque la France n'est pas un pays producteur de gaz naturel), n'est pas couvert par la notion de service public, alors qu'il aurait été parfaitement imaginable qu'il le soit. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le résultat d'un choix politique de confiance en l'initiative privée et non pas d'une absence d'intérêt général suffisant.

§ 3.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services ferroviaires et dans les services aériens

311. – Nous présenterons dans un premier temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services ferroviaires (A.-), puis dans un second temps les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services aériens (B.-).

⁴³⁴ Article L.281-1 du code minier.

⁴³⁵ Cela est organisé par les articles 17, 18 et 19 du décret n°2004-251 du 19 mars 2004 précité.

⁴³⁶ Et en cas de défaillance prolongée, on peut imaginer que l'autorité administrative concédante pourra mettre un terme à l'autorisation et la transférer à un autre concessionnaire de stockage.

A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services ferroviaires

312. – Une exigence encore largement répandue – Dans le secteur ferroviaire, seuls les transports ferroviaires sont concernés par la concurrence. Dans les activités de gestion du réseau et des gares, le monopole est encore de rigueur. Cela pourrait vraisemblablement changer dans un avenir proche en matière de gestion des gares. La SNCF s'est déjà préparée à cette éventualité en créant une branche dédiée à la gestion des gares. Pour le moment, la continuité du service est une exigence qui s'impose à la gestion du réseau, à la gestion des trafics sur le réseau et à la gestion des gares. La continuité concerne aussi les transports ferroviaires de voyageurs soumis à une obligation de service public en ce sens par le biais d'un contrat de service public au sens du règlement du 23 octobre 2007⁴³⁷. C'est le cas actuellement des trains d'équilibre du territoire visés par la convention signée entre l'État et la SNCF le 13 décembre 2010 et des trains express régionaux sur la base des conventions signées entre la SNCF et les collectivités régionales. Enfin, nous connaissons l'ambiguïté actuelle de la législation et de la réglementation françaises concernant les TGV, mais ils restent encore considérés, à tort ou à raison selon les lignes, comme relevant du service public.

313. – Les trains internationaux de voyageurs. – Ne sont donc pas concernés par le principe de continuité les transports ferroviaires internationaux de voyageurs et les transports ferroviaires de fret. Aucune autre exigence de continuité ne leur est par ailleurs imposée par la législation ou la réglementation. Toutefois, en ce qui concerne le transport de voyageurs, nous savons que les trains internationaux peuvent le cas échéant être astreints au respect d'obligations de service public pour la desserte des gares françaises situées sur leurs trajets respectifs. On peut imaginer également que les conventions interétatiques relatives à certains trains internationaux dont une partie du trajet est situé en dehors du territoire de l'Union européenne contiennent des clauses relatives à la continuité du service, dans des termes assez voisins de ceux des contrats de service public. Reste que pour les trains internationaux restant sur le territoire de l'Union, plus aucune convention interétatique n'est nécessaire à leur mise en place puisque seul s'applique le droit sectoriel de l'Union européenne. Or, pour celui-ci, la

⁴³⁷ Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, J.O.C.E. du 3 décembre 2007, n° L 315/1.*

liberté des opérateurs s'impose pour effectuer ces liaisons, sous réserve des restrictions ou des contraintes de service public imposées au droit de cabotage.

314. – Le transport ferroviaire de fret. – Pour ce qui est du transport de fret, la législation européenne relative au contrat de service public ne s'y applique pas. En France il est traditionnellement exclu du champ du service public, malgré le monopole de la traction dont a longtemps bénéficié la SNCF. Nous connaissons d'ailleurs l'ambiguïté qui en a résulté dans l'inconscient collectif, y compris au niveau de l'État et de son établissement public SNCF. Si bien qu'aujourd'hui, aucune exigence de continuité du service, n'est imposée aux services de transports ferroviaires de fret par la législation et la réglementation européenne ou française. Les personnels des entreprises aujourd'hui autorisées à opérer sur ce marché en France ne sont donc pas soumis au respect d'une telle exigence, et leur droit de grève n'est donc pas contraint par celle-ci.

315. – Dans les deux cas, du transport international de voyageurs et du transport de fret ferroviaire, les personnels de l'entreprise SNCF, doivent normalement être distingués, selon qu'ils sont dans une division fret, une division transport international, et une division nationale ou encore régionale. Dans les deux premiers cas, ils ne sont pas en principe soumis au respect de conditions spécifiques d'exercice du droit de grève. Nous discuterons plus en détail cette question dans le sous-titre 2 ci-après⁴³⁸.

B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services aériens

316. – Le transport aérien est le secteur d'activités en réseaux où le service public est le moins présent à la suite de la libéralisation. Aussi, les opérateurs du secteur sont peu assujettis aux obligations de service public. Il en résulte que les transporteurs sont généralement peu soumis au principe de continuité du service public. Par ailleurs, il n'existe aucune exigence légale de continuité du service qui leur serait imposée en dehors du service public. Les compagnies aériennes sont donc généralement soustraites de l'obligation de continuité du service, tout comme leurs agents. L'exigence de continuité ne s'impose à elles que si elles sont soumises à une obligation de service public qui le prévoit expressément.

⁴³⁸ Cf. : *Infra*, Sous-Titre 2.

317. – Le cas ambigu d’Air France. – Il demeure cependant une certaine ambiguïté, ainsi que nous avons pu le noter à l’occasion de l’examen de la délimitation du service public dans le transport aérien. En effet, un opérateur dont une des lignes aériennes est grevée d’obligations de service public, notamment une obligation de continuité du service, verrait toute son activité soumise à ce principe, y compris pour des liaisons qui ne ressortent pas du champ du service public. Dans le cas de la compagnie Air France, laquelle demeure chargée, pour une faible partie de son activité, de certaines lignes intérieures dites « de service public », ses personnels devraient exercer leur droit de grève selon les prescriptions de l’article L.2512-2 du code du travail, c’est-à-dire notamment en respectant l’obligation du préavis obligatoire. Pour appliquer cette prescription législative, il faudrait reconnaître à l’entreprise exploitante sa qualité de gestionnaire d’un service public. La compagnie dans son ensemble serait donc considérée comme gestionnaire d’un service public, parce qu’assurant quelques liaisons de service public, et elle demeurerait soumise au principe de continuité du service public.

Toutefois, compte tenu de notre analyse des contours du service public menée précédemment, nous nous refusons à commettre un tel amalgame. La compagnie Air France n’est gestionnaire de service public que pour une petite partie de son activité. Ainsi seules les liaisons auxquelles sont imposées des obligations de service public, peuvent se voir appliquer le principe de continuité. Les autres liaisons effectuées par la compagnie ne sont pas soumises à une telle exigence de continuité du service. La preuve en est que le législateur a dû adopter en mars 2012, suite à une grève des personnels navigants commerciaux d’Air France à la Toussaint 2011, une loi⁴³⁹ posant un devoir d’information des salariés grévistes dans les compagnies aériennes, afin de pouvoir informer les passagers des éventuelles perturbations que produira la grève et pour permettre à la direction de la compagnie de s’organiser en vue de gérer au mieux la grève. Il n’y a pas pour autant d’obligation d’organiser un service minimum ou de substitution. Lors des discussions sur la proposition de loi ayant aboutie à la loi du 19 mars 2012, le Sénat, qui venait de basculer à gauche, se refusait aussi à faire cet amalgame. Dans son rapport législatif, la commission des affaires sociales du Sénat expliquait que « *contrairement au transport terrestre de voyageurs, qui est une mission de service public opérée soit directement par des personnes publiques, soit par des personnes privées délégataires, le transport aérien est un secteur qui est, depuis le milieu des années 1990, complètement libéralisé*⁴⁴⁰. En application du règlement

⁴³⁹ 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*, J.O.R.F. n°0068 du 20 mars 2012, page 5026, texte n° 2.

⁴⁴⁰ Souligné par le rapporteur Claude Jeannerot.

européen 2408/92/CEE du 23 juillet 1992, l'exploitation des liaisons aériennes se fait dans un cadre concurrentiel à l'exception des obligations de service public qu'un État peut imposer, de manière limitée, à certaines lignes desservant des régions périphériques ou présentant un caractère indispensable au développement économique du territoire en question. Cela s'applique notamment, en France, aux vols à destination des départements et collectivités d'outre-mer ainsi qu'à la Corse. Hormis ces destinations, les transporteurs aériens ne sont astreints à aucune contrainte de service public »⁴⁴¹. Ainsi, en dehors des quelques lignes de service public, le personnel d'Air France n'est plus soumis à la législation relatives au droit de grève dans les services publics, dont on connaît d'ailleurs l'incapacité à faire respecter le principe de continuité du service public. Et plus globalement, le même raisonnement implique de refuser l'intervention d'un pouvoir réglementaire autonome en vue de contraindre l'exercice du droit de grève pour assurer la continuité du service.

318. – Les services en escales. Dans le cas des services en escales, nous avons vu que la législation française n'a pas fait le choix d'imposer des obligations de service public pour les services prestés en concurrence. C'est donc une activité qui n'est pas directement soumise à une exigence de continuité. Nous savons toutefois qu'il existe un service de remplacement en cas de défaillance des opérateurs. Il y a donc là une forme de continuité indirecte organisée par la réglementation. De plus, les contrats signés entre les compagnies aériennes et les opérateurs des services en escale comprennent généralement des clauses relatives à la continuité du service, ainsi que des pénalités en cas de défaillance. Une telle clause n'est cependant pas comparable dans ses effets juridiques à une exigence de continuité légale ou réglementaire.

De même que pour les aéroports ne dépassant pas certains seuils de trafic, la concurrence des services en escale n'est pas une obligation. Les services en escales sont alors prestés par le gestionnaire de l'aéroport. Dans ce cas précis, dans la mesure où les services aéroportuaires sont considérés par la législation comme des services publics, il en va logiquement de même pour ces services en escale. Ceux-ci sont soumis aux principes du service public, dont le principe de continuité.

⁴⁴¹ Sénat, rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, *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*, par M. Claude Jeannerot, Sénateur, Annexe n°337, Séance du 8 février 2012, p. 10.

319. – Le manque de continuité du transport aérien : l’acuité d’un problème concret. – Le transport aérien est donc une activité dont les opérateurs sont peu soumis au principe de continuité, y compris pour la compagnie Air France. Ceci ne va pas sans poser de réels problèmes concrets. Il s’avère que ce secteur est sujet à des irrégularités de plus en plus fréquentes en ce qui concerne le respect des programmations. Cela n’est d’ailleurs pas le seul fait des compagnies aériennes. Les services aéroportuaires et le contrôle aérien en sont souvent la cause. Il arrive cependant que les compagnies annulent des vols sans préavis, pour des raisons variables mais pas toujours explicitées. Les compagnies reportent alors dans la mesure du possible leurs passagers en souffrance soit sur d’autres vols qu’elles assurent, soit sur des vols affrétés à d’autres compagnies. Les temps d’attentes peuvent s’avérer très longs pour les passagers. Dans les cas extrêmes, ces derniers peuvent se retrouver « cloués au sol » et se faire rembourser leurs billets.

Section 2.- Les intervenants sur le réseau, non-assujettis à l’exigence de continuité

320. – Complétons maintenant notre étude en nous penchant sur une autre réalité de la vie des services en réseaux, constituée par l’intervention croissante des entreprises tierces sur les réseaux. Ces entreprises interviennent à la demande et souvent pour le compte des opérateurs du service en réseaux. Cette « externalisation » est aujourd’hui très développée dans la plupart des réseaux, et contribue dans les faits au bon fonctionnement du service en réseaux, lequel suppose donc qu’il soit continu. Or, il n’existe pas de véritables garanties juridiques quant à l’assujettissement de ces entreprises intervenantes à une exigence de continuité.

321. – Il conviendra donc d’analyser les raisons de cette intervention croissante des entreprises tierces sur les réseaux (§1.-), puis d’expliquer les difficultés qui existent pour assujettir ces intervenants à l’exigence de continuité (§2.-).

§1.- L’intervention croissante des tiers sur les réseaux

322. – L’externalisation croissante d’un certain nombre d’activités par les opérateurs du service en réseaux est en progression depuis quelques dizaines d’années. La

libéralisation des services en réseaux a provoqué une accélération de ce processus. Celui-ci peut d'ailleurs prendre plusieurs formes, qui ne sont pas toujours bien distinguées. D'ailleurs, le terme « externalisation » est lui-même à double sens, selon qu'il est pris au sens large, c'est-à-dire dans son sens commun, ou selon qu'il est entendu dans un sens plus strict. Il convient en effet de différencier l'externalisation de la sous-traitance, sachant que souvent l'externalisation prise au sens large englobe la sous-traitance. Nous utiliserons le terme « externalisation » dans ses deux acceptions. De même qu'il est nécessaire de distinguer l'externalisation et la sous-traitance de la filialisation, laquelle apparaît en réalité comme une modalité particulière d'organisation par l'opérateur du service en réseaux. Ces distinctions seront donc exposées dans un (A.-). D'une façon générale, les raisons qui poussent les opérateurs à « externaliser » certaines de leurs activités sont multiples. À n'en pas douter cependant, c'est avant tout l'efficacité économique qui est recherchée soit directement par une réduction des coûts, soit indirectement par un recentrage sur le cœur de métier et en faisant appel aux compétences extérieures les mieux à même de remplir l'objectif recherché ; ce sera l'objet du (B.-).

A.- Les diverses modalités d'externalisation dans les services en réseaux

323. – Après avoir présenté ce que recouvre précisément l'externalisation au sens strict (1.-), nous exposerons ce que recouvrent respectivement la sous-traitance (2.-) et la filialisation (3.-) dans les services en réseaux.

1.- L'externalisation au sens strict

324. – ***Définition de l'externalisation.*** – L'externalisation peut être définie comme le transfert total ou partiel d'une fonction d'une entreprise⁴⁴² vers un partenaire extérieur spécialisé. Ce transfert est opéré par contrat, en général conclu pour une durée pluriannuelle. Le prestataire est alors sensé assurer la fonction externalisée en conformité avec un niveau de service, de performance et de responsabilité spécifié par le contrat. La fonction transférée peut porter tant sur des activités jugées peu essentielles et non stratégiques pour l'entreprise, que sur des activités stratégiques. On note

⁴⁴² La même définition peut s'appliquer à une administration.

d'ailleurs une évolution générale vers une externalisation croissante d'activités de plus en plus importantes depuis une vingtaine d'années. Si dans les années 1990 l'externalisation était souvent mise en œuvre dans des secteurs considérés comme non-stratégiques et à faible valeur ajoutée pour l'entreprise, depuis la fin des années 1990 et dans la décennie 2000, l'externalisation a été utilisée pour optimiser la structure de l'entreprise, y compris sur des processus et des services très proches du cœur de métier de l'entreprise principale, notamment en matière commerciale.

325. – Exemples typiques d'externalisation. – Les exemples d'externalisation dans les services en réseaux sont nombreux et tous les énumérer n'auraient guère de sens dans notre étude qui se veut théorique et non monographique. Nous pouvons bien sûr évoquer les camions affrétés par La Poste pour acheminer le courrier d'un centre de tri à l'autre, ce qui constitue un exemple basique d'externalisation menée par une entreprise de service en réseau. Nous pourrions également évoquer l'externalisation organisée par la loi en matière d'entretien du réseau ferroviaire, réalisé par la SNCF et ses agents pour le compte de RFF. Il convient aussi d'évoquer l'externalisation que constitue aujourd'hui le recours au contrat de partenariat⁴⁴³ en matière de construction d'ouvrages constitutifs du réseau, telle la construction de la ligne ferroviaire Lyon-Turin ou la très récente approbation du contrat de partenariat permettant la réalisation de la ligne ferroviaire à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire⁴⁴⁴.

Mais prenons deux autres exemples récemment mis en avant par les médias dans le secteur ferroviaire et dans le secteur nucléaire. Il est devenu courant dans les services de transports aériens puis ferroviaires, que les systèmes de réservations, ainsi que les services informatiques qui en sont les supports, soient externalisés. C'est le cas depuis janvier 2010, de la SNCF qui a décidé d'externaliser ses services informatiques et de les confier à une filiale, Noviaserv, créée en joint-venture avec la société IBM. C'est le cas également d'EDF qui a externalisé une part importante de la maintenance des centrales nucléaires. Un récent rapport⁴⁴⁵ de l'office parlementaire d'évaluation des choix

⁴⁴³ Contrat conclu sur le fondement de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *J.O.R.F.* n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2.

⁴⁴⁴ Décret n°2011-917 du 1^{er} août 2011, *approuvant le contrat de partenariat passé entre Réseau ferré de France et la société Eiffage Rail Express pour la conception, la construction, le fonctionnement, l'entretien, la maintenance, le renouvellement et le financement de la ligne ferroviaire à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire (LGV BPL) entre Connerré et Cesson-Sévigné et des raccordements au réseau existant*, *J.O.R.F.* n°177, du 2 août 2011, p. 13133, texte n° 22.

⁴⁴⁵ OPECST, *Rapport d'étape sur la sécurité nucléaire de la mission parlementaire sur la sécurité nucléaire, la place de la filière et son avenir*, déposé par M. Christian BATAILLE, député, et M. Bruno SIDO, sénateur, le 30 juin 2001, n°3614(Ass. Nat.) et n° 701 (Sénat), 565 pp.

scientifiques et technologiques (OPECST) a identifié jusqu'à huit niveaux de « sous-traitances » en cascade dans les centrales nucléaires⁴⁴⁶. On compte entre 30 000 et 40 000 agents des prestataires externalisés dans le secteur nucléaire. Ceci ne va pas sans poser des difficultés en matière de gestion des risques nucléaires.

326. – Les risques inhérents de l'externalisation. – En effet, l'externalisation est une forme de coopération entre l'entreprise principale et son prestataire qui aboutit en réalité à la spécialisation des deux entités, mais chacune sur un aspect seulement de la chaîne du service en réseaux. Autrement dit, si nous reprenons les exemples précités, le risque est de voir une meilleure maîtrise des processus techniques opérationnels par les prestataires d'EDF dans les centrales nucléaires, ou une meilleure connaissance des logiciels de réservation par les agents prestataires de la SNCF, fussent-ils issus d'une filiale de celle-ci. Ce fort degré de spécialisation caractérise l'externalisation, plus que la sous-traitance. Ainsi, théoriquement – car en pratique, ce n'est pas toujours avéré – dans le cas de l'externalisation au sens strict, la relation de service s'inscrit dans une démarche du type de celle qui préside la relation entre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre. Le client doit en effet avoir l'ambition de co-piloter de façon étroite la démarche de service avec l'entreprise prestataire. C'est là, semble-t-il une distinction fondamentale avec la sous-traitance.

2.- La sous-traitance

327. – Définition de la sous-traitance. – La sous-traitance est définie par l'article 1^{er} de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975⁴⁴⁷ comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »⁴⁴⁸. Ainsi, au sens de cette loi, le sous-traité est un contrat qui suppose l'existence préalable d'un autre contrat portant exécution du marché principal. En ce sens, « *les deux contrats sont successivement*

⁴⁴⁶ OPECST, *Rapport d'étape sur la sécurité nucléaire de la mission parlementaire sur la sécurité nucléaire, la place de la filière et son avenir*, déposé par M. Christian BATAILLE, député, et M. Bruno SIDO, sénateur, le 30 juin 2001, n°3614(Ass. Nat.) et n° 701 (Sénat), p. 110.

⁴⁴⁷ Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.O.R.F.* du 3 janvier 1976, p. 148.

⁴⁴⁸ Article 1^{er} de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, *J.O.R.F.* du 3 janvier 1976, p. 148.

conclu pour permettre l'exécution d'une même opération économique »⁴⁴⁹. Appliqué aux services en réseaux, objets de notre étude, la sous-traitance est envisageable dans deux situations différentes.

En premier lieu, il peut s'agir de sous-contrats conclus pour fournir une prestation à l'entreprise principale, laquelle est opérateur de réseaux. Dans ce cas de figure, il s'agit d'une démultiplication de l'externalisation exposée précédemment dans le cas de la maintenance des centrales nucléaires. En effet, EDF externalise telle ou telle opération de maintenance à un prestataire, lequel au lieu de réaliser lui-même l'opération, la sous-traite à un autre prestataire, celui-ci pouvant à nouveau sous-traiter et ainsi de suite. Cette sous-traitance en cascade explique que dans certains cas on compte jusqu'à huit niveaux d'intervenants, voire plus puisqu'il n'existe pour l'instant aucune limite légale, y compris dans un secteur pourtant stratégique et sensible comme l'énergie nucléaire.

En second lieu, il s'agit également de sous-contrats conclus en vue d'exécuter le service en réseau en lieu et place de l'opérateur principal. En pareil cas, le service est presté au client non pas par l'opérateur principal du service en réseau, mais par un sous-traitant dudit service. Ce cas de figure est assez fréquent dans les secteurs de transports, tant aérien que ferroviaire, mais que l'on trouve plus fréquemment encore dans les transports routiers, maritimes et fluviaux.

328. – La sous-traitance du service public. – La sous-traitance est ainsi parfois prévue par les textes régissant les secteurs en réseaux. C'est précisément le cas du règlement dit « OSP » du 23 octobre 2007⁴⁵⁰, applicable notamment dans le transport ferroviaire. L'exposé des motifs de ce règlement explique que le recours à la sous-traitance peut contribuer à accroître l'efficacité des transports publics de voyageurs et rend possible la participation d'autres entreprises que l'opérateur chargé par contrat des obligations de service public. Il rappelle que la sélection du sous-traitant par l'autorité organisatrice ou son opérateur interne doit être réalisée en conformité avec le droit de l'Union européenne. Si le code des transports n'est guère prolix en ce domaine, la sous-traitance des services de transports publics de voyageurs opérée par la SNCF est théoriquement possible. Certes, le code des transports n'envisage actuellement la sous-

⁴⁴⁹ BENJAMIN (Marie-Yvonne), « Sous-traitance », *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 651, novembre 1998, n° 18.

⁴⁵⁰ Règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n°1191/69 et (CEE) n°1107/70 du Conseil, J.O.C.E.* du 3 décembre 2007, n° L 315/1.

traitance que dans le cadre du transport de marchandises, notamment à l'article L.1432-13 qui en fonde le principe.

Ce n'est pas dans la loi qu'il faut trouver une mise en œuvre du droit de l'Union européenne, mais logiquement dans le contrat. En effet, l'article 23 de la convention du 13 décembre 2010 signée entre l'État et la SNCF et relative aux trains d'équilibre du territoire, est exclusivement consacré à la sous-traitance en vue de l'autoriser⁴⁵¹. De plus, nous notons que le Conseil d'État a admis dans un arrêt du 29 septembre 2010⁴⁵² que la SNCF peut sous-traiter les transports publics de voyageurs qui lui sont confiés par les régions. Le Conseil d'État confirme l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai qui avait jugé que « *la SNCF avait compétence, eu égard à la délégation donnée par la région, pour assurer en complément des dessertes par train et à titre accessoire, des transports par autocar de voyageurs à certaines heures de la journée selon les mêmes trajets et dessertes, afin d'améliorer le service rendu aux usagers* »⁴⁵³. Comme le rappelle Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur cette affaire⁴⁵⁴, cette solution se comprend par la lecture combinée des textes, notamment le cahier des charges de la SNCF et par les stipulations de la convention entre la région organisatrice et la SNCF. Toutefois, il considère qu'« *en définitive, les critères pertinents et suffisants, qui sont ceux de la cour de Douai, se résument à une identité de ligne (départ/arrivée et points d'arrêts) et à une prépondérance du fer sur la route pour la ligne considérée* »⁴⁵⁵. La sous-traitance est ici aux confins de l'organisation même du service public. C'est d'ailleurs l'objet même de la note de Philippe Terneyre sur cette même affaire⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Article 23 de la convention État-SNCF du 13 décembre 2010 : « *Dans les conditions prévues par le droit en vigueur, l'Exploitant est autorisé à sous-traiter l'exécution de certaines des missions qu'il exerce en application de la présente convention. Le cas échéant, la mise en concurrence des sous-traitants est effectuée conformément aux règles applicables aux contrats passés par les Etablissements Publics gestionnaires de réseaux (décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005). / L'Exploitant reste cependant, en cas de sous-traitance, seule responsable vis-à-vis de l'Autorité Organisatrice, de la bonne exécution de la totalité des services ainsi que du respect des dispositions de la présente convention L'Exploitant prend toutes dispositions pour assurer le contrôle des services sous-traités.* »

⁴⁵² CE, 29 septembre 2010, req. n°324531, *Société Les Courriers automobiles picards*, A.J.D.A. 2010, p. 1853, obs. Marie-Christine DE MONTECLEC ; B.J.C.P. n°73, décembre 2010, p. 411, concl. Nicolas BOULOUIS ; R.J.E.P. février 2011, jurisprudence 11, pp. 53-55, note Philippe TERNEYRE.

⁴⁵³ *Idem.*

⁴⁵⁴ BOULOUIS (Nicolas), « Le service ferroviaire régional peut-il être assuré, de façon accessoire, par voie routière ? », concl. sur CE, 29 septembre 2010, req. n° 324531, *Société Les Courriers automobiles picards*, B.J.C.P. n° 73, décembre 2010, p. 414.

⁴⁵⁵ *Idem.*

⁴⁵⁶ TERNEYRE (Philippe), « La SNCF est compétente, sur la base de la convention qui la lie à la région, pour organiser les modalités d'exécution du service ferroviaire régional », note sous CE, 29 septembre 2010, req. n° 324531, *Société Les Courriers automobiles picards*, R.J.E.P. février 2011, jurisprudence 11, pp. 53-55.

3.- *La filialisation*

329. – Une pratique ancienne. – La filialisation est une pratique ancienne pour des entreprises comme Air France et la SNCF notamment, trouvant un fondement légal dans les textes qui organisent ces entreprises. L'article L.2141-5 du code des transports, repris de la LOTI, dispose que la SNCF « *peut créer des filiales ou prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire à ses missions* »⁴⁵⁷. L'article 2 des statuts de la Compagnie Air France dispose que « *La société peut créer ou gérer des entreprises présentant un caractère annexe par rapport à son activité principale ou prendre des participations dans des entreprises de ce genre, après autorisation* »⁴⁵⁸. Les nouveaux statuts de la société anonyme EDF prévoient aussi à l'article 2 que l'entreprise a notamment pour objet « *de participer de manière directe ou indirecte à toutes opérations pouvant se rattacher à l'un des objets précités, par voie de création de sociétés ou d'entreprises nouvelles, d'apport, de souscription ou d'achat de titres ou de droits sociaux, de prises d'intérêt, de fusion, d'association ou de toute autre manière* »⁴⁵⁹ ; une disposition identique figure dans les statuts de la société anonyme Gaz de France⁴⁶⁰. La loi relative à France Télécom et de La poste fait également mention de la possibilité pour ces deux entreprises de créer ou détenir des filiales⁴⁶¹.

Quand bien même il n'y a pas d'uniformité en la matière, nous devons noter la place particulière de la filialisation d'activités comme moyen d'externaliser des activités en réseaux.

330. – La diversification de l'activité. – Remarquons d'emblée que toute filialisation ne correspond pas nécessairement à une externalisation du service en réseau. Il existe en effet, des filialisations dont l'objet était de diversifier les missions des entreprises publiques dans des domaines périphériques ou accessoires de leur mission principale.

⁴⁵⁷ Article L.2141-5 du code des transports.

⁴⁵⁸ Décret n° 92-1390 du 30 décembre 1992 *portant approbation des statuts de la Compagnie nationale Air France*, J.O.R.F. n° 304 du 31 décembre 1992.

⁴⁵⁹ Décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 *portant statuts de la société anonyme Electricité de France*, J.O.R.F. n°269 du 19 novembre 2004, p. 19505, texte n° 6.

⁴⁶⁰ Décret n° 2004-1223 du 17 novembre 2004 *portant statuts de la société anonyme Gaz de France*, J.O.R.F. n°269 du 19 novembre 2004, p. 19500, texte n° 5.

⁴⁶¹ Pour La Poste, l'article 2 modifié de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l'organisation du service public de La Poste et à France Télécom* (J.O.R.F. 8 juillet 1990, p. 8069) s'applique. Quant à France Télécom, l'article 1-1 de la même loi dispose que « *l'entreprise France Télécom est soumise aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la présente loi* » ; or aucune autre disposition de ladite loi ne restreint à cette société anonyme de créer ou détenir des filiales.

Cela leur permettait d'intervenir sur des marchés parfois plus rentables que leur activité principale. Ainsi, pour Air France, la filiale Servair permettait de s'assurer la maîtrise de la restauration à bord des avions de la compagnie, la chaîne des hôtels Le Méridien créée en 1972 pour offrir à ses clients un « chez-eux loin de chez eux » selon le slogan publicitaire de l'époque, permettait surtout d'offrir aux passagers des offres commerciales combinant le voyage en avion et l'hôtel à l'arrivée. Quant à la SNCF, elle se trouve être le premier transporteur routier et logisticien de France, grâce notamment à ses filiales Géodis, Calberson, Sernam et Kéolis pour ne citer que les plus connues. Nous n'oublions pas non plus que ces deux entreprises publiques, Air France et la SNCF, étaient les actionnaires principaux de la compagnie aérienne Air Inter, laquelle était donc leur filiale sous la bénédiction des pouvoirs publics qui lui avaient ménagé une sorte de quasi-monopole en matière de transport aérien domestique. Le paradoxe si l'on peut dire, est que les deux principaux actionnaires d'Air Inter étaient chacun pour leur part en concurrence sur certaines liaisons avec leur filiale commune. Cette concurrence était directe pour Air France lorsqu'elle opérait sous les couleurs d'autres de ses filiales (Air Alpes, Air Alsace) des liaisons domestiques, puis sous ses propres couleurs lorsqu'elle y fut autorisée dans les années 1980, allant jusqu'à effectuer du transport de « masse » sur une liaison domestique Paris-Nice avec un gros porteur Boeing 747 aménagé en haute densité. Cette concurrence était indirecte pour la SNCF – les liaisons étant les mêmes, mais le moyen de transport étant différent – avec le développement du TGV, Sud-est, puis Atlantique, sur des liaisons Paris-Lyon-Marseille, ou Paris-Nantes.

331. – La conquête de nouveaux marchés. – La filialisation peut aussi servir pour développer les missions de l'entreprise sur d'autres marchés. Les entreprises publiques ont créé des filiales pour s'implanter à l'international, telles que ADP international, ADP ingénierie ou encore EDF International. Air France avait tenté de conquérir le marché des charters puis des low-cost avec sa filiale Air Charter, dont l'activité prit fin en 1997. Elle y est revenue depuis, en créant en 2007 avec son partenaire néerlandais KLM une filiale, dénommée Transavia, chargée de conquérir des parts de marché dans les liaisons à bas coûts. Dans ce dernier cas, la filiale permet d'externaliser une part du service en réseau assuré. Ce fut également le cas de la création par la SNCF de sa filiale iD-TGV en 2004 qui commercialisait des billets de TGV à bas tarifs sur certaines liaisons seulement. Toutefois, l'activité de cette filiale a été réintégrée au sein de la SNCF dès 2005 à la suite de mouvements de grève du personnel SNCF ; mais la marque commerciale et le fonctionnement spécifique de ce service demeurent toujours.

332. – L’externalisation par la filialisation. – La filialisation peut aussi avoir pour objectif de recentrer l’entreprise sur son cœur de métier en externalisant des activités qui étaient jusque-là intégrées, mais dont la désintégration permet de mieux se conformer à des exigences légales exprimées au niveau de l’Union européenne, soit d’améliorer l’efficacité du modèle économique de l’entreprise.

Dans le premier cas de figure, nous trouvons la filialisation du réseau de transport d’électricité au sein d’EDF, par la création de la société filiale RTE⁴⁶², afin de mieux assurer l’égal accès de tous les opérateurs sur le réseau. C’est aussi le cas de la filialisation de la gestion des gares ferroviaires, selon un schéma d’ailleurs plus complexe : il est créé au sein de la SNCF une branche dédiée dénommée Gares & Connexions, laquelle n’est pas une filiale mais une direction au sein de la SNCF⁴⁶³. À cette branche de la SNCF sont rattachées deux filiales : le groupe AREP⁴⁶⁴, dont sa filiale PARVIS⁴⁶⁵, et la société A2C pour la commercialisation des espaces en gare. Il est d’ailleurs possible que dans un avenir proche, la branche Gares & Connexions soit filialisée, voire totalement autonomisée de la SNCF dans le cadre d’une ouverture plus profonde du transport ferroviaire à la concurrence. En pareil cas, la SNCF verrait son activité davantage centrée sur le transport ferroviaire. Toutefois, la réintégration du réseau au sein de la SNCF par la loi du 4 août 2014⁴⁶⁶, cet éclatement n’est plus à l’ordre du jour dans un avenir proche.

Dans le deuxième cas de figure on trouve la filialisation des services informatiques, ou de la commercialisation des services. C’est notamment l’exemple de la filiale de la SNCF, Sncf-voyages.com, devenue en France la plus grande agence de voyage en ligne et dont l’objet n’est pas exclusivement la vente des billets de train, mais

⁴⁶² RTE-EDF Transport, abrégée en *RTE*, acronyme de *Réseau de transport d’électricité*, est l’entreprise française qui gère le réseau public de transport d’électricité français. Cette entreprise, filiale à 100% d’EDF, existe depuis le 1^{er} juillet 2000 et sous forme de SA depuis le 1^{er} septembre 2005. Elle exploite, entretient et développe le réseau électrique aux tensions comprises entre 63 000 volts et 400 000 volts, soit environ 100 000 km de ligne à haute et très haute tension. Elle est issue de l’ancien Service du Transport d’Électricité de France. On note que RTE détient à 100% deux filiales : RTE-International (créée en 2006) qui exerce une activité de conseil et d’audit dans le domaine des activités opérationnelles d’exploitation, de maintenance et d’ingénierie des réseaux de transport d’électricité principalement en Europe et en Afrique ; et @RTERIA (créée en 2003) qui valorise les infrastructures télécoms de RTE.

⁴⁶³ Gares & Connexions est une branche de la SNCF créée en 2009 pour gérer et développer les gares de voyageurs du réseau national. Elle est dirigée par Madame Sophie BOISSARD, conseiller d’État.

⁴⁶⁴ Groupe chargé de l’architecture, de l’urbanisme, de l’ingénierie et du design appliqués aux gares.

⁴⁶⁵ Entreprise chargée de l’assistance à la maîtrise d’ouvrage et de la conduite d’opérations immobilières et d’aménagement des gares.

⁴⁶⁶ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, *J.O.R.F.* n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3.

l'offre des services complets de la part d'un voyageur. Autrement dit cette externalisation se double d'une diversification des activités. On trouve aussi l'exemple d'Orange, filiale de France Télécom dont l'objet était de commercialiser pour le groupe France Télécom les offres Internet et de téléphonie mobile.

B.- Les raisons explicatives de l'externalisation dans les services en réseaux

333. – Recentrer l'entreprise sur son cœur de métier. – Le recentrage de l'entreprise principale sur son cœur de métier est souvent invoqué pour justifier des mesures d'externalisation d'activités. L'idée directrice est que l'entreprise ne fait par elle-même que ce qu'elle sait mieux faire, en termes de compétences et de moyens adaptés, et fait faire par d'autres mieux armés qu'elle ce qu'elle maîtrise moins. Certes, il s'avère que parfois, face à une technicité croissante ou nouvelle de certaines tâches ou opérations industrielles, l'entreprise de réseaux se trouve structurellement en défaillance – cela a pu être le cas avec l'arrivée des nouvelles technologies de l'information et des communications dans un contexte concurrentiel déjà intense –. Il reste que cet argument du recentrage, n'est jamais déconnecté d'une recherche d'efficacité sur le plan économique.

334. – La recherche d'une meilleure efficacité économique. – Une meilleure efficacité du service est de ce fait recherchée lors d'un processus d'externalisation. Il peut parfois s'agir d'améliorer une situation où il y a surabondance de prestataires extérieurs. C'est le cas par exemple de l'externalisation des services informatiques de la SNCF. Il y avait déjà une multitude d'intervenants extérieurs dans les services informatiques de la compagnie ferroviaire, près d'un tiers des agents travaillant dans ces services relevait d'entreprises prestataires. Ainsi, l'un des objectifs du partenariat avec IBM est de mieux piloter l'éventail de prestataires de la SNCF, parmi lesquels figurent de grands entreprises comme Atos Origin, Capgemini, Steria ou encore GFI⁴⁶⁷. Ces derniers deviendront prestataires de la nouvelle entité créée et pourront être progressivement remplacés par des personnels issus d'IBM. Cette entreprise est ainsi chargée de gérer les autres sous-traitants. « *Remplacer une myriade de prestataires pour confier les rênes à un seul laissera à ce dernier davantage de marges de manœuvre pour réaliser des économies d'échelles. Parmi ses missions, IBM doit mettre en place*

⁴⁶⁷ *La Tribune*, 12 janvier 2010, « Contrat informatique géant entre la SNCF et IBM ».

une approche globale de la sous-traitance intégrant un recours à des centres de services »⁴⁶⁸. Ce contrat devrait permettre à la SNCF de dégager trois-cents millions d'euros d'économies d'ici 2016. La recherche d'efficacité aboutit donc logiquement à ce qui préside à la plupart des externalisations, à savoir la réalisation d'importantes économies financières. Toutefois les résultats espérés ne sont pas toujours au rendez-vous. C'est le cas dans cet exemple, puisque très récemment, il était question soit de modifier le contrat entre la SNCF et IBM, soit de rompre le partenariat⁴⁶⁹. Le volume de « sous-traitance » piloté par IBM serait de 50 % en deçà de ce qui était attendu lors de la création de la joint-venture Noviaserv.

335. – Se défaire des statuts du personnel. – Dans un article publié en 2002, Jacky Chorin, spécialiste des questions statutaires notamment dans les industries électriques et gazières, évoquait l'existence « *des sous-traitances [...] opportunément mises en place aux seules fins d'échapper à l'application du statut* »⁴⁷⁰. Dans un autre de ses écrits publiés en 2003, il expliquait qu' « *en externalisant leurs activités, les employeurs publics⁴⁷¹ se situent dans une logique d'abaissement des coûts salariaux, les personnels de ces entreprises ne bénéficiant pas des garanties sociales des salariés de l'entreprise donneuse d'ordre* »⁴⁷². Plus récemment, il constate que « *dans certaines circonstances, les entreprises à statut utilisent des filiales qui ont été créées quelques années auparavant pour y transférer progressivement des activités normalement assurées par des personnels sous statut de l'entreprise mère. La procédure est plus subtile qu'une filialisation pure et simple. Mais elle se traduit à l'identique par une perte d'emplois pour les personnels sous statut et par des conditions de travail beaucoup moins favorables pour les personnels de ces filiales* »⁴⁷³. Il est en tout cas indéniable que l'externalisation sous toutes ses formes dans les secteurs en réseaux a eu pour effet de se soustraire à l'application des statuts du personnel qui y étaient ou y sont encore appliqués.

⁴⁶⁸ « Externalisation : IBM et la SNCF sautent dans le même wagon », par Olivier Discazeaux, sur le site 01net Entreprises.

⁴⁶⁹ *Les Echos*, 5 juillet 2011, « Le partenariat informatique géant entre la SNCF et IBM bat de l'aile ».

⁴⁷⁰ CHORIN (Jacky), « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.* 2002, p. 413.

⁴⁷¹ L'expression « employeurs publics » recouvre à l'époque les établissements publics de l'État chargés de la gestion de services publics au niveau national, tels EDF, GDF ou encore la SNCF.

⁴⁷² CHORIN (Jacky), « La grève dans les services publics – Quelques questions d'actualité », *Dr. soc.* 2003, p. 569.

⁴⁷³ CHORIN (Jacky), « Choix nationaux et choix européens – Le reflux des statuts dans les services publics industriels et commerciaux », *Dr. soc.* 2011, p. 456.

§ 2.- Le difficile assujettissement à l'exigence de continuité des intervenants sur les réseaux

336. – Externalisation, sous-traitance et filialisation ont multiplié considérablement le nombre des entreprises qui interviennent sur les réseaux et qui contribuent au bon fonctionnement des services en réseaux. Or, ces entreprises n'ont d'autres liens avec l'opérateur du service en réseaux que capitalistiques ou contractuels. Se pose dès lors la question de leur assujettissement à l'exigence de continuité, question à laquelle la réponse est *a priori* des plus simples. Nous constatons en effet qu'il existe une impossibilité d'appliquer le principe de continuité (A.-), quant à la contractualisation de l'exigence de continuité, non seulement les cas de figure sont peu nombreux, mais en plus leurs effets sont limités (B.-).

A.- L'impossible application du principe de continuité du service public

337. – L'impossibilité de principe de l'assujettissement à l'exigence de continuité est fonction de la combinaison de deux considérations différentes. L'un réside dans l'absence de lien avec le service public, l'autre se déduit de l'absence d'obligation de continuité applicable par principe à ces acteurs sur le réseau.

338. – ***L'absence de lien précis avec le service public.*** – Toutes ces entreprises tierces qui contribuent au bon fonctionnement des services en réseaux ne sont pas chargées d'une mission de service public et ne sont pas soumises à des obligations de service public portant sur la continuité du service. Le fait que l'opérateur principal prestant le service en réseaux soit titulaire d'une mission de service public ou qu'il soit assujetti à des obligations de service public en matière de continuité du service n'influe pas sur la situation des tiers intervenants. De par leur extériorité à l'entreprise opérant l'activité de service public, ils sont considérés comme extérieurs au service public et partant au régime juridique applicable au service public. Il ne semble pas que la contribution qu'ils apportent au fonctionnement soit suffisante pour les intégrer dans le giron du service public et de ses principes. C'est une question que nous étudierons plus en détails, à l'occasion de l'examen de l'applicabilité du régime juridique des personnels des services publics aux personnels des services en réseaux. Nous verrons que la jurisprudence relative à la soumission de personnels d'entreprises prestataires de service de la compagnie Air France aux règles de la loi de 1963 sur l'exercice du droit

de grève, sous prétexte que l'entreprise à laquelle ils appartenaient participait⁴⁷⁴ ou contribuait⁴⁷⁵ à la gestion de sa mission de service public par Air France. Déjà à l'époque il était possible de critiquer la présence d'une telle mission accomplie par la compagnie aérienne. Nous avons également évoqué cette jurisprudence du juge des référés du Conseil d'État qui considère que les producteurs d'électricité contribuent à la mission d'approvisionnement du territoire en électricité, afin de pouvoir soumettre les personnels des centrales de production à des restrictions réglementaires du droit de grève⁴⁷⁶. Nous ne pensons pas qu'il faille déduire de ces décisions de justice une considération de principe.

339. – L'absence d'exigence légale ou réglementaire. – Par ailleurs, il n'existe pas à l'heure actuelle de texte de nature législative ou réglementaire, ni même contractuelle, qui généraliserait une exigence de continuité pour les prestataires intervenant sur les réseaux. Nous ne pouvons que constater que l'exigence de continuité, lorsqu'elle existe dans les textes, se limite aux seuls opérateurs qui prestent le service en réseaux. C'est ce que nous ont démontré les développements précédents⁴⁷⁷.

B.- Les effets limités de la contractualisation de l'exigence de continuité

340. – Le principe de la contractualisation. – En l'état de la législation et de la réglementation applicable aux services en réseaux, la seule façon d'assujettir les intervenants sur le réseau à une exigence de continuité est de la leur imposer par le biais des contrats qui les lient aux opérateurs du réseau. Nous remarquons que les textes contiennent très peu d'éléments sur ce point.

Si nous prenons l'exemple du transport ferroviaire, la convention conclue entre l'État et la SNCF dans son article 23 relatif au recours à la sous-traitance précise que « l'Exploitant [i.e. la SNCF) prend toutes dispositions pour assurer le contrôle des services sous-traités »⁴⁷⁸. De plus, l'article 24 de la même convention maintient le

⁴⁷⁴ CA Paris, 11 janvier 2002, *Union locale CFTC c./Sté Aircar et autre*, R.J.S. 2002, n°520, p. 394.

⁴⁷⁵ CA Paris, 26 mai 1999, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy CDG c./SNC Transroissy*, R.J.S. 10/99, n°1278, p. 787.

⁴⁷⁶ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.* et CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, R.J.E.P. octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁴⁷⁷ Cf. : *Supra*, Chapitre 4 et Section 1 du présent chapitre.

⁴⁷⁸ Article 23 de la convention État-SNCF du 13 décembre 2010.

principe de la responsabilité de la SNCF à l'égard des clients, puisque celle-ci doit répondre de ses préposés et de ses sous-traitants. Cela s'inscrit dans le cadre souhaité par le règlement OSP du 23 octobre 2007 selon lequel « *les autorités compétentes devraient pouvoir déterminer les modalités de sous-traitance de leurs services publics* »⁴⁷⁹. En définitive, la SNCF peut imposer à son sous-traitant une exigence de continuité, ce qui se comprend d'autant plus que l'objet de la sous-traitance ici évoquée par les textes est le service public.

341. – L'insuffisance du contrat pour assurer la continuité. – Rien n'interdit cependant, d'envisager que la pratique puisse irriguer d'autres types de contrat liant la SNCF et un prestataire de services externalisés ou un fournisseur. Les parties à un contrat sont en effet libres d'y intégrer tout ce qu'elles souhaitent, à condition que ce ne soit pas contraire à l'ordre public. Stipuler la continuité d'une prestation dans un contrat quel qu'il soit est donc parfaitement envisageable dans les secteurs en réseaux. Cependant à l'heure actuelle, la généralisation contractuelle de l'exigence de continuité n'est que potentielle dans les secteurs en réseaux. Il n'existe aucune garantie législative ou réglementaire ; seule la volonté des parties aux contrats en maîtrise l'avènement. Autant dire que nous sommes loin dans ce cas d'un effet équivalent au principe de continuité du service public, qui par la généralité de son champ d'application se révèle être un puissant vecteur de continuité.

Quand bien même se vérifierait-elle dans les faits, la généralisation de l'exigence de continuité dans les stipulations contractuelles verrait ses effets juridiques limités ... aux seules parties au contrat. Il est difficile, à partir de là, d'envisager une contrainte sur l'exercice du droit de grève par les agents, ou d'offrir une base solide pour des revendications d'usagers. Or c'est pourtant ce à quoi doit servir du point de vue opérationnel, une exigence de continuité du service.

342. – Propos conclusif du Chapitre 5 – Au terme de ce chapitre 5, nous constatons donc que les activités qui ne sont pas assujetties à l'exigence de continuité sont très nombreuses dans les grands services en réseaux. De plus, leur importance dans le

⁴⁷⁹ Cf. : § 19 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, J.O.C.E. du 3 décembre 2007, n° L 315/1.*

cadre du service rendu aux usagers est grande ; soit qu'il s'agisse d'activités d'exploitation du réseau et donc de fourniture du service à l'utilisateur, soit qu'il s'agisse d'activités sous-traitées ou externalisées contribuant à l'exploitation du réseau et à la fourniture du service.

Conclusion du Sous-titre 2.-

343. – Compte tenu de ce que recouvre la notion de service public dans les grands services en réseaux, le principe de continuité du service public ne s'applique que pour certaines de leurs activités. Pour le reste, il n'y a pour le moment pas d'autres principes ou d'autres exigences juridiques qui puissent suppléer à l'absence d'application du principe de continuité. Si bien qu'en définitive, nous faisons le constat que l'exigence de continuité assujettit partiellement les services en réseaux. Or cela a une incidence sur la contrainte à l'égard des agents des services en réseaux, selon qu'ils sont soumis ou non à une exigence de continuité.

Titre 1.- Conclusion

344. – Le Titre 1 de la thèse nous a donc permis de démontrer que les services en réseaux étaient partiellement soumis à l'exigence de continuité du service public. Cela nous a été rendu possible grâce à une analyse approfondie de l'actualité de ce « Lazare juridique »⁴⁸⁰ qu'est le service public. Dans le cas présent, nous ne faisons pas le constat de la mort du service public, mais de son rétrécissement et d'une modification de sa fonction réelle dans le système juridique. Mais ce constat demeure très ambigu. Comme le service public n'a pas disparu, la tentation est de croire qu'il est encore ce qu'il était, alors qu'il ne l'est plus. D'autre part, ce constat ne vaut que pour les services en réseaux. Pour d'autres activités de service public, telles que beaucoup de « services publics » locaux, la notion française de service public peut être utilisée sans difficulté comme si elle ne subissait que peu d'influence du droit de l'Union européenne. Parce que les grands services en réseaux sont l'objet de politiques sectorielles européennes extrêmement précises et contraignantes en vue de la création d'un marché unique des services, le droit européen organise un régime juridique avec ses propres notions et concepts.

345. – Dans les services en réseaux, ce rétrécissement de la notion de service public a des conséquences plus larges que relative à l'application du principe de continuité en tant que tel. Elle impacte aussi l'application du régime juridique auxquels sont soumis les agents du service public et qui permettait de les assujettir à des contraintes dont l'un des buts est de permettre d'assurer la continuité du service. Il nous faut donc démontrer que les agents des grands services en réseaux ne sont plus que partiellement soumis aux sujétions de continuité (Titre 2.-).

⁴⁸⁰ LATOURNERIE (Roger), « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *E.D.C.E.* 1960, pp. 61-71.

Titre 2.- La soumission partielle des agents des services en réseaux aux sujétions de continuité

346. – De nos jours, les agents des services en réseaux ne sont pas tous, loin de là, des agents du service public. Tout dépend des missions qu'ils sont amenés à accomplir, selon qu'elles relèvent ou non du service public. Or, l'application du régime juridique du droit de grève est en principe liée à leur rattachement au service public. Car l'existence de ce régime juridique spécifique est notamment justifiée par la nécessité de garantir la continuité de fonctionnement du service public. Cette justification n'est pas la seule. Il apparaît même qu'elle passe au second plan dans beaucoup d'hypothèses. Le principe de continuité est donc sous-jacent dans ce régime juridique. Du temps où les services en réseaux étaient de grands services publics nationaux, tous les agents de ces services en réseaux voyaient leur droit de grève encadré par ce régime juridique spécifique. Aujourd'hui ce n'est certes plus le cas, mais certains agents qui en principe ne devaient pas y être soumis, le sont par décision du juge administratif qui valide des règlements pris par l'autorité administrative à leur encontre. Cette extension du champ d'application de ce régime juridique est souvent liée à la nécessité de maintenir la continuité du fonctionnement du service en réseau. Nous sommes ainsi face à une extension de ce régime juridique, qui loin d'être récente, n'en finit pas moins par poser plus de questions qu'elle n'en résout.

347. – Le sous-titre 3 s'attèle à démontrer que le principe de continuité est sous-jacent dans le régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux. Le sous-titre 4 analyse le phénomène d'extension de ce régime juridique à des agents qui ne sont pas directement liés au service public.

- **Sous-Titre 3.- Le principe de continuité sous-jacent dans le régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux**
- **Sous-Titre 4.- Les limites d'une application extensive dans les services en réseaux de la législation et de la réglementation du droit de grève dans les services publics**

Sous-titre 3.- Le principe de continuité sous-jacent dans le régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux

348. – Le régime juridique applicable aux agents des services en réseaux est constitué de la réglementation et de la législation qui sont relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics. Ces textes ne sont donc, en principe, applicables qu'aux agents du service public proprement dit. Or, l'une des raisons qui justifie ce régime juridique, c'est la nécessité de préserver la continuité du fonctionnement des services publics. Cependant, le principe de continuité, bien que présent dans la genèse de ces textes ou dans leur application, n'est pas mis en avant. D'une certaine façon, la continuité demeure un objectif inavoué de la réglementation du droit de grève. Et force est de constater que le juge administratif n'en dit mot, comme s'il lui était difficile de reconnaître à ce principe la légitimité de pouvoir fonder une réglementation du droit de grève. Par ailleurs, la continuité est un fondement souvent implicite de la législation sur le droit de grève dans les services publics. Ce n'est que récemment qu'elle semble être invoquée plus facilement et explicitement par le législateur. Ainsi, de façon générale, nous constatons que le principe de continuité est sous-jacent, rarement dévoilé, dans ce régime juridique. Cela s'explique en grande partie par l'histoire de la confrontation entre le droit de grève proclamé en 1946 et le principe de continuité du service public.

349. – Le chapitre 6 est consacré à la confrontation du principe de continuité du service public avec le droit de grève. Il s'agit avant tout ici, à travers une synthèse historique de cette confrontation, d'apporter les données explicatives utiles à l'analyse du régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux. Les chapitres suivants sont consacrés à la place qu'occupe réellement la continuité du service dans la réglementation du droit de grève (chapitre 7.-) et dans la législation sur le droit de grève dans les services publics (chapitre 8.-).

- **Chapitre 6.- La confrontation du principe de continuité du service public avec le droit de grève**
- **Chapitre 7.- La continuité, objectif inavoué de la réglementation du droit de grève**
- **Chapitre 8.- La continuité du service public, fondement souvent implicite de la législation sur le droit de grève**

Chapitre 6.- La confrontation du principe de continuité du service public avec le droit de grève

350. – Propos introductif du Chapitre 6 – Définie comme étant une « *cessation collective et concertée du travail venant à l'appui de revendications professionnelles* »⁴⁸¹, la grève est le point d'achoppement principal de la réalisation de la continuité dans les services publics. Si le fonctionnement en temps normal du service public est particulièrement efficace du point de vue de la continuité du service, il n'en va pas de même lorsque ce fonctionnement a lieu dans un contexte de grève suivie par des agents du service public. Quand ceux-ci se mettent en grève, leur objectif n'est pas de faire fonctionner normalement le service public, mais de voir aboutir des revendications professionnelles. Et pour ce faire, ils utilisent la grève comme un moyen de pression sur leur employeur-gestionnaire du service public. Cette pression ils l'obtiennent en nuisant au bon fonctionnement du service, c'est précisément à cela que sert la grève. Comme l'écrivait le professeur Hélène Sinay en 1962, « *La grève, c'est précisément le refus momentané de coopérer au fonctionnement de l'entreprise, bien plus même, le désir par-là d'entraver ce fonctionnement, de nuire à l'organisation productive.* »⁴⁸² Au fond, comme l'a pensé la doctrine ancienne, tels Hauriou, Duguit et Bonnard, pour ne citer qu'eux, la grève c'était la guerre⁴⁸³. C'était et c'est encore un moyen de lutte. De nos jours, toutefois, bien que nuisant au fonctionnement du service, la grève-lutte n'est pas

⁴⁸¹ PÉLISSIER (Jean), AUZERO (Gilles) et DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris, 27^e éd., 2013, Dalloz, Coll. « Précis Droit privé », p. 1387, n° 1357.

⁴⁸² SINAY (Hélène), « La grève et les "conventions" d'assiduité », *J.C.P.* 1962. I. 1673.

⁴⁸³ Maurice Hauriou écrivait en 1909 que « *Le droit de grève, c'est le droit de guerre privée qui reparait. Et ce n'est pas une guerre privée accidentelle, c'est une guerre privée systématique, menée par une classe qui aspire à la souveraineté.* » Il parlait même de « *guerre civile industrielle* » (HAURIOU (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p. 146). Léon Duguit pensait aussi que la grève était « *un fait de guerre sociale et non une situation de droit.* » (DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Ed. de Boccard, tome V, 3^e éd., 1928, p. 187). Pour Roger Bonnard, avec la grève, « *On aboutit ainsi à assurer non plus l'équilibre des intérêts, mais la suprématie de l'un d'eux. C'est la mise en œuvre de la lutte des classes. C'est l'analogue de la guerre dans les rapports internationaux.* » (BONNARD (Roger), « Syndicalisme, corporatisme et Etat corporatif », *R.D.P.* 1937, p. 94). Jusque dans les années 1960, certains auteurs continueront de parler de la grève en termes de guerre et non de simple lutte sociale : Voir TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, p. 23, et voir aussi ROUAST (André), note sous Cass. soc., 3 octobre 1963, *Compagnie fermière de l'établissement thermal de Vichy c./ Ramiéri*, *D.* 1964. II. p. 20.

en soi considérée comme constitutive d'un abus⁴⁸⁴, même dans le service public. Jusqu'en 1946 cependant, il en allait différemment ; la grève dans les services publics n'était jamais licite puisque la continuité du service ne souffrait légalement aucune entrave.

351. – Reconnaître que la grève est en principe licite dans les services publics, c'est porter un coup sévère au principe de continuité. La grève dans les services publics contrarie incontestablement leur continuité de fonctionnement. Or cette reconnaissance du droit de grève est advenue en deux temps dans les services publics : en premier lieu, avec l'inscription du droit de grève dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et en second lieu avec l'effectivité accordée à cette disposition par la jurisprudence administrative. Le droit de grève acquiert à cette époque une valeur constitutionnelle, alors que le principe de continuité en est dépourvu. Il s'en est suivi un rapport de force entre droit de grève et principe de continuité défavorable à ce dernier. L'enjeu de la constitutionnalisation du principe de continuité du service public est donc de mettre fin à l'hégémonie du droit de grève. C'est là l'effet recherché de cette constitutionnalisation. Ceci permet aussi de rendre possible la nécessaire législation sur le droit de grève, afin de lui imposer des limites et éviter ainsi les obstacles au fonctionnement continu des services publics qu'engendre un droit de grève débridé. Le risque serait toutefois que la législation en vienne à le brider excessivement. Aussi, le principe de continuité du service public, dès lors qu'il est constitutionnalisé, en même temps qu'il devient une sorte de « limite naturelle » au droit de grève, s'impose aussi en limite au pouvoir du législateur qui serait tenté de supprimer purement et simplement le droit de grève dans les services publics ou certains d'entre eux. C'est là l'effet potentiel de cette constitutionnalisation.

352. – Aussi, nous constaterons que le droit de grève devenu hégémonique a supplanté le principe de continuité du service public (Section 1.-), avant qu'il ne se trouve limité par ce même principe de continuité ayant acquis une valeur constitutionnelle (Section 2.-).

⁴⁸⁴ Le professeur Charlier considérait que « *La grève étant une bataille, il ne suffit pas de relever qu'elle cherche à gêner ou à nuire pour pouvoir parler d'abus.* » V. CHARLIER (R.-E.), « Le droit constitutionnel de grève », *J.C.P.* 1948. I. 729.

Section 1.- Le principe de continuité du service public supplanté par le droit de grève devenu hégémonique

353. – Jusqu'à la Libération, il existait en France une sorte de consensus de la part des juristes pour considérer que le principe de continuité du service public s'opposait à ce que la grève puisse être licitement exercée dans ce type de service. Par conséquent, il était admis que les agents du service public ne disposaient pas du droit de grève, et s'ils se mettaient en grève, ils commettaient une faute sanctionnable.

Cette position vola en éclats à la Libération sous la pression d'un autre consensus, mais cette fois pour reconnaître en principe aux agents du service public le bénéfice du droit de grève (§1.-). Le renversement de tendance fut dès lors complet, et le principe de continuité ne fut pas ménagé par le régime juridique appliqué par la jurisprudence au droit de grève dans les services publics notamment en réseaux (§2.-).

§ 1.- L'existence d'un consensus sur l'attribution du droit de grève aux agents des services publics

354. – S'il est indéniable qu'en 1946 il existait un consensus pour reconnaître le droit de grève à tous les travailleurs, ce consensus n'était toutefois pas sans équivoque, particulièrement en ce qui concerne la reconnaissance de ce droit aux agents des services publics. C'est une équivoque qui résulte directement de la formulation de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, adopté sans débat par le constituant et ratifié par le peuple souverain (A.-). Cette équivoque fut telle qu'en 1946 il n'était pas exclu que l'inscription du droit de grève dans le préambule de la constitution n'eut rien changé à l'état du droit jurisprudentiel applicable jusqu'alors aux agents du service public. Ce régime juridique ne laissait aucune place au droit de grève, lequel était par principe illicite dans les services publics, mais n'était pas pour autant totalement discrédité (B.-). Cependant, le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, s'est empressé de lever l'équivoque constitutionnelle et a instauré un nouveau régime juridique spécifique laissant une large place à l'exercice du droit de grève dans les services publics (C.-).

A.- L'équivoque d'une formulation constitutionnelle pourtant adoptée sans débat

355. – La formulation retenue en 1946. – La formule aujourd'hui bien connue du septième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon laquelle « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* », n'est pas sans équivoque, surtout si l'on se place à l'époque de son édicition. La formulation retenue par le constituant de 1946, recèle en elle-même plusieurs zones d'ombre. Certes la grève est l'objet d'un droit, ce qui est nouveau à l'époque. Ce droit, est-il cependant effectif ? Son effectivité, n'est-elle pas compromise par le fait qu'il soit contenu dans un préambule ? Ce droit est-il effectif même en l'absence de loi venant le réglementer ? Par ailleurs, à qui ce droit est-il reconnu ? À tous, y compris les agents des services publics ? Il faut rappeler à cet égard, que le premier projet de constitution rejeté par le peuple français en mai 1946 comportait une formulation différente qui reconnaissait expressément le droit de grève « *à tous* » les travailleurs⁴⁸⁵. La disparition de cette précision dans le second projet finalement adopté, pose alors la question du champ d'application de cette disposition.

356. – L'absence de débats de fond. – Toutes ces questions essentielles relatives à la définition du régime juridique du droit de grève ont été très peu débattues par l'Assemblée nationale constituante. Il est frappant en effet de constater la maigreur des débats sur ces questions lors des travaux préparatoires de cette assemblée. C'est que l'affirmation du droit de grève dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est avant tout le fruit d'un consensus politique, consensus parfaitement illustré par cette phrase prononcée par un député à l'Assemblée nationale constituante, Monsieur de Sesmaisons, qui affirmait que le droit de grève est « *ce droit que personne ne conteste aujourd'hui* »⁴⁸⁶. Effectivement, non seulement aucun autre député ou groupe parlementaire ne s'était élevé contre cette proclamation, mais en plus par son approbation du projet de constitution par le référendum du 13 octobre 1946, le peuple français avait validé ce choix de société ; choix de société en effet à cette époque, compte tenu de ce qu'avait été le droit de la grève jusqu'à lors. Cependant, le contexte très particulier de la victoire sur les totalitarismes nazi et fasciste explique la facilité avec laquelle la grève a pu être portée parmi les principes fondamentaux que reconnaissait la

⁴⁸⁵ Le projet de constitution daté du 19 avril 1946 comportait dans son préambule un article 32 rédigé comme suit : « *le droit de grève est reconnu à tous dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

⁴⁸⁶ Ass. Nat. Const., Séance du 28 août 1946, *J.O. Déb. (A.N.C.)*, p. 3371.

République renaissante. Les rapports de force politique étaient tels à l'époque⁴⁸⁷ que la contestation du droit de grève ne pouvait pas vraiment se faire entendre. De plus, la grève avait revêtu quelques titres de gloire en contribuant à la Libération, notamment à Paris⁴⁸⁸. Comme a pu l'écrire Georges Morange en 1947, il y avait de la part d'une grande majorité des députés de l'Assemblée nationale constituante un « *attachement quasi romantique pour le droit de grève* »⁴⁸⁹.

357. – Une formulation conçue sans valeur juridique. – Ce qui explique également le peu de scrupule qu'ont eu certains députés à inscrire le droit de grève dans un préambule, c'est l'absence supposée de valeur juridique de ce texte. Il n'était pas encore habituel en 1946 qu'une proclamation de droit ait une valeur juridique. La tendance largement admise en doctrine jusque-là était radicalement inverse ; une proclamation de droits était une déclamation de bonnes intentions, mais n'avait pas de valeur juridique. Nombreux étaient ceux qui vouaient aux déclarations de droits une valeur plus symbolique que juridique. Ainsi, de nombreux auteurs, et pas des moindres, tels Esmein et Carré de Malberg, avaient jusque-là systématiquement nié toute valeur juridique et *a fortiori* constitutionnelle aux déclarations de droits. Il ne s'agissait pour eux que de déclarations de principe, un catalogue de bonnes intentions sans effets contraignants. En somme, ils n'y voyaient que l'expression du droit naturel. En 1946, cette tendance existait chez de nombreux députés de la constituante. Pour ne prendre qu'un exemple très significatif, Paul Ramadier se demandait en commission « *si une déclaration est absolument indispensable* ». Il ajoutait : « *Il est certain qu'une déclaration n'a pas de*

⁴⁸⁷ Le poids des partis de gauche étaient très important dans la coalition gouvernementale tripartite, regroupant le MRP, la SFIO et le PCF à l'issue de l'élection de l'Assemblée nationale constituante du 2 juin 1946.

⁴⁸⁸ Durant les débats qui se sont tenus en 1948 au Conseil de la République concernant l'examen du projet de loi relatif au statut des personnels de police, le conseiller Lefranc, communiste, invoqua la grève des policiers en août 1944 pour justifier la nécessité de laisser aux policiers la possibilité de faire grève. Ce à quoi le conseiller Léo Hamon, président de la commission de l'intérieur, ancien membre du comité parisien de la Libération, et futur professeur de droit public, répondit : « *Le rappel des circonstances du 19 août 1944 montre précisément dans quels cas la grève de tous les fonctionnaires, y compris les policiers, est un devoir : lorsqu'il s'agit de défendre la République, ou de défendre la patrie, et nul doute que si ces circonstances se reproduisaient, quels que soient les textes, nous n'hésiterions pas à faire appel à l'insurrection qui, suivant les termes mêmes de la Déclaration de droits, serait alors le plus sacré des devoirs. Mais ce précédent même, montre que la grève de la police est un acte révolutionnaire, que cet acte révolutionnaire ne se légitime que lorsqu'on veut faire la révolution et que, le propos de la loi n'est pas d'organiser la révolution, mais la marche des services publics en dehors de l'hypothèse révolutionnaire.* » Cf. : Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O. Déb. (C.R.)*, p. 3313, 2^{ème} col.

⁴⁸⁹ MORANGE (Georges), « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron. XXX, p. 118.

portée juridique et que sa valeur est purement théorique »⁴⁹⁰. À l'époque, inscrire le droit de grève dans le préambule n'engageait donc pas.

358. – La reconnaissance doctrinale de la valeur juridique. – Cependant, dès 1945, avant même que ne se posât devant la première Assemblée nationale constituante la question de la déclaration des droits, Georges Morange écrivait dans la *Revue du droit public* à propos des principes contenus dans des déclarations de droit que « *du fait même qu'ils avaient été formulés par écrit, ces principes cessaient d'appartenir au droit naturel pour prendre valeur positive* »⁴⁹¹. Il estime donc possible que les déclarations de droits puissent avoir valeur juridique, qu'elles soient ou non contenues dans un préambule ou dans le corps même d'un texte. Après 1946, la plupart des auteurs lui ont emboîté le pas. Par exemple, dans leurs manuels respectifs de droit constitutionnel, Julien Laferrière⁴⁹² et Georges Vedel⁴⁹³ considéraient effectivement que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 avait une valeur juridique.

B.- L'absence de discrédit général du régime juridique de la grève antérieur à 1946

359. – Un régime juridique défavorable à la grève. – À l'aube de la IV^e République, la société française venait incontestablement de franchir un pas considérable dans le domaine des libertés publiques en reconnaissant l'existence du droit de grève. Il n'est pas inutile, à cet égard, de se remémorer brièvement l'état du droit relatif à la grève qui prévalait avant la Libération. C'est peu dire que le droit était alors largement hostile à la grève, quand bien même l'exercice de celle-ci était possible en théorie. En effet, si depuis la loi du 25 mai 1864 modifiant l'article 414 du Code pénal, la grève n'était plus l'objet d'un délit pénalement répréhensible, en pratique son exercice était rendu particulièrement difficile voire impossible, dans la mesure où la jurisprudence judiciaire estimait que la grève emportait nécessairement la rupture du contrat de travail⁴⁹⁴. Cette

⁴⁹⁰ Ass. Nat. Const., Commission de la Constitution, 17^{ème} Séance du mercredi 7 août 1946, p. 278.

⁴⁹¹ MORANGE (Georges), « Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits », *R.D.P.* 1945, p. 240.

⁴⁹² LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1947, Paris, Domat-Montchrestien, p. 963.

⁴⁹³ VEDEL (Georges), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, pp. 326-327.

⁴⁹⁴ Deux arrêts de la Cour de cassation rendus en 1906 et 1907 sont emblématiques de cette jurisprudence. Ainsi dans l'arrêt *Christofle et comp. c./ Tardy* du 13 novembre 1906 la Cour jugeait qu'« *il résulte de l'article 1780 du code civil, qu'en matière de louage de services, pour une durée indéterminée, il suffit de la seule volonté de l'un des contractants pour mettre fin au contrat, sauf, s'il y a lieu, indemnité à sa charge, en cas d'exercice abusif et*

jurisprudence est restée constante entre 1864 et 1946, et il semble qu'elle fut très peu contestée par les juges du fond. On note seulement une tentative d'inflexion par le Tribunal civil de Lille, dans un jugement du 27 février 1907 par lequel ce tribunal considère que la grève ne rompt pas le contrat de travail mais ne fait que le suspendre. Trop en avance sur son temps, ce jugement a été réformé par la Cour de cassation et, à notre connaissance, semble être resté isolé⁴⁹⁵.

360. – Controverses quant à l'existence du droit de grève. – Cette jurisprudence hostile à la grève était approuvée par l'essentiel de la doctrine de l'époque qui inclinait à penser que la grève n'était nullement l'objet d'un droit, mais n'était en réalité qu'un simple fait. Ainsi, dans son ouvrage *Syndicats et service public* paru en 1909, Maxime Leroy écrivait que « *le droit de grève n'est pas un principe ; peut-on même parler d'un droit ? C'est un fait* »⁴⁹⁶. Pour de nombreux auteurs, il ne pouvait en effet s'agir d'un droit, puisque aucun texte ne le contenait expressément. Le seul texte législatif existant à l'époque était la loi du 25 mai 1864 qui avait abrogé le très répressif délit de coalition⁴⁹⁷. Or, au sujet de la loi de 1864, le professeur Louis Rolland expliquait : « *D'abord il n'y a pas, à proprement parler, de droit de grève. Il y a seulement ceci que la loi de 1864 a abrogé le délit de coalition et que le fait de grève, à lui seul, ne peut être puni* »⁴⁹⁸. Cette opinion reflétait parfaitement la pensée dominante de l'époque en la matière, qui

préjudiciable de son droit de résiliation ; que, d'autre part, la grève, quelque légitime qu'en soit l'exercice, entraîne, de la part de l'ouvrier, la rupture du contrat de travail. » Cf. : Cass. civ., 13 novembre 1906, *Christofle et comp. c./ Tardy*, D. P. 1907. 1. 372. – Dans l'arrêt *Valentin Roussel et fils c./ Chambeau* du 15 mai 1907, elle juge que « *l'ouvrier qui se met en grève rend impossible, par son fait volontaire, la continuation de l'exécution du contrat de travail qui le liait à son patron ; que cet acte, s'il ne lui est pas interdit par la loi pénale, n'en constitue pas moins de sa part, quels que soient les mobiles auxquels il a obéi, une rupture caractérisée dudit contrat ; et que les conséquences juridiques d'un fait de cette nature ne sauraient être modifiées par la circonstance que son auteur aurait entendu se réserver la faculté de reprendre ultérieurement, à son gré, l'exécution de la convention mise par lui à néant ; »* Cf. : Cass. civ., 15 mai 1907, *Valentin Roussel et fils c./ Chambeau*, D. P. 1907. 1. 369, note Ambroise COLIN.

⁴⁹⁵ Dans l'affaire *Valentin Roussel et fils* jugée le 15 mai 1907 par la chambre civile de la Cour de cassation dans le sens de sa jurisprudence déjà bien établie, l'arrêt relève que le Tribunal civil de Lille, dans son jugement du 27 février 1907, s'était fondé sur ce que « *les ouvriers, lorsqu'ils se mettent en grève, entendraient suspendre simplement et non pas abandonner définitivement leurs relations de travail avec leur patrons, et, qu'en conséquence, le seul fait par Chambeau d'avoir usé du droit de grève, dont la légitimité est reconnue par la loi, ne devait pas le faire considérer comme ayant rompu le contrat de travail, et ne pouvait justifier son renvoi sans préavis par Valentin Roussel et fils* ». Cf. : Cass. civ., 15 mai 1907, *Valentin Roussel et fils c./ Chambeau*, D. P. 1907. 1. 369, note Ambroise COLIN.

⁴⁹⁶ LEROY (Maxime), *Syndicats et services publics*, 1909, p. 304, cité par Maurice HAURIOU, note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p 146.

⁴⁹⁷ Le délit de coalition avait été instauré par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 et repris en 1810 aux articles 414 et 416 du code pénal.

⁴⁹⁸ ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *R.D.P.* 1910, p. 750.

considérerait que la loi du 25 mai 1864 n'avait pas expressément substitué à ce délit de coalition un droit de grève au sens propre⁴⁹⁹. S'il n'existait plus de délit sanctionné pénalement, il n'en résultait pas pour autant un droit. On rappellera à cet égard les paroles emportées du doyen Duguit qui écrivait : « *j'affirme sans hésiter et de toute l'énergie de ma conviction que ce prétendu droit [de grève] n'existe pas, qu'il ne peut pas exister, qu'il ne doit pas exister, qu'il n'a jamais existé et qu'il n'a jamais été dans la pensée du législateur de 1864 qu'il pût exister* »⁵⁰⁰. Pourtant, certains hauts magistrats de la Cour de cassation exprimaient, à la même époque, l'idée selon laquelle il existait un véritable droit de grève⁵⁰¹. Paradoxalement, ils en déduisaient que l'exercice de ce droit rompait nécessairement le contrat de travail (ou de louage de service). Sans jamais se prononcer explicitement sur l'existence ou non d'un tel droit⁵⁰², la Cour de cassation en déduisait la même conséquence⁵⁰³. Cependant, comment soutenir juridiquement que la grève était un droit, puisque ses « *effets naturels* »⁵⁰⁴ étaient la rupture du contrat de travail ? Ceci revenait en effet à considérer que la grève correspondait à une faute contractuelle dans l'exécution du contrat de travail. Le paradoxe était donc de se trouver en présence d'un droit dont l'exercice était fautif par nature. Nul doute que c'est ce paradoxe qui incitait la doctrine à considérer que la grève était un fait et non un droit, ou

⁴⁹⁹ Il est dès lors exagéré d'affirmer rétrospectivement que « *le principe [de ce droit] avait été consacré par la loi de 1864* ». Cf. : DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1, Limoges/Paris, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, p. 85.

⁵⁰⁰ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Ed. de Boccard, tome V, 3ème éd., 1928, p. 185.

⁵⁰¹ Ainsi, le conseiller rapporteur Letelier considérait dans son rapport sur l'affaire *Loichot* au tout début du XX^e siècle que « *La grève est, pour les ouvriers, l'exercice d'un droit.* » (Cf. : LETELLIER, rapport sur Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, D. P. 1902. 1. 323.) Et il était suivi en cela par l'avocat général Feuilloley qui, dans la même affaire, s'exprimait de la sorte devant la chambre des requêtes : « *Oui, assurément, la grève est l'exercice d'un droit ! Et il est bien loin de ma pensée de chercher à en entraver l'exercice ; mais un droit, si étendu qu'il soit, trouve toujours sa limite dans le droit d'autrui, et surtout dans le respect des conventions. A côté des droits, dont on parle trop souvent, il y a les devoirs, dont on ne parle pas assez. Si c'est un droit, pour les ouvriers et les patrons, de faire la grève, c'est un devoir pour eux de tenir leurs engagements !* » (FEUILLOLEY, conclusions sur Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, D. P. 1902. 1. 326).

⁵⁰² L'attendu indique simplement « *... la grève, quelque légitime qu'en fût l'exercice...* » Cf. : Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, D. P. 1902. 1. 326.

⁵⁰³ Ainsi par exemple « *Attendu qu'il résulte de l'article 1780 du code civil, qu'en matière de louage de services, pour une durée indéterminée, il suffit de la seule volonté de l'un des contractants pour mettre fin au contrat, sauf, s'il y a lieu, indemnité à sa charge, en cas d'exercice abusif et préjudiciable de son droit de résiliation ; que, d'autre part, la grève, quelque légitime qu'en soit l'exercice, entraîne, de la part de l'ouvrier, la rupture du contrat de travail.* » Cf. : Cass. civ., 13 novembre 1906, *Christofle et comp. c./Tardy*, D. P. 1907. 1. 372. Pour un résumé de l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation, allant en ce sens : Cf. : MIGNON (Maxime), « L'élaboration légale et jurisprudentielle du droit de grève », chron. XXXV, D. 1949, pp. 145-148.

⁵⁰⁴ Formule employée par le Tribunal civil de la Seine dans un jugement en date du 16 novembre 1949, *Société Hôtel Meurice c./Legay*, D. 1950, II, pp. 11-13.

à tout le moins à douter de l'existence d'un tel droit. Dans ces conditions, Charles Eisenmann affirmait que la grève ne pouvait pas être un droit « *puisque des sanctions civiles s'ensuivent* »⁵⁰⁵.

361. – L'illicéité initiale de la grève dans les services publics. – Pour sa part, le Conseil d'État jugeait que la grève du fonctionnaire rompait le contrat de fonction publique qui le liait à son administration⁵⁰⁶, ou à tout le moins, le mettait en dehors de l'application des lois et règlements qui garantissaient ses droits envers l'administration⁵⁰⁷, suivant en cela les traces de la jurisprudence judiciaire⁵⁰⁸. Néanmoins, il existait une différence très importante, puisque la grève des agents des services publics est illicite par nature. En effet, la grève de ces agents était pénalement réprimée par les articles 123 et 126 du code pénal. Cependant, aussi rares qu'étaient à cette époque les grèves des agents des services publics, encore plus rare était leur répression pénale. Ces deux articles ne furent en effet appliqués à notre connaissance qu'une seule fois, par un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine, en date du 4 décembre 1934⁵⁰⁹. Pour sa part, le Conseil d'État ne fondait pas l'illicéité de la grève du fonctionnaire sur ces motifs de droit pénal⁵¹⁰, puisqu'il n'était pas juge pénal. La jurisprudence du Conseil d'État reposait très clairement sur l'exigence de continuité du service public que les agents publics ne pouvaient en aucun cas compromettre par leurs actes. Selon l'arrêt *Winkell*, « *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 facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie de la nation* »⁵¹¹. Or, la grève étant un acte qui par nature contrarie la bonne marche continue du service, son illicéité est alors acquise. Cette construction prétorienne qui ne reposait sur aucun texte précis était soutenue par une doctrine unanime, mais comportant des nuances quant au fondement de cette interdiction du droit de grève faite aux agents du service public. En effet, alors que le professeur

⁵⁰⁵ EISENMANN (Charles), note sous CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, *D.* 1938.3, p. 51.

⁵⁰⁶ CE, 7 août 1909, *Winkell*, req. n° 37.317, *Rec.* p. 826 ; *S.* 1909.3.145, concl. TARDIEU, note Maurice HAURIOU ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 1996, 11^{ème} édition, n°23.

⁵⁰⁷ CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, *Rec.* p. 843, concl. LAGRANGE ; *D.* 1938.3.49, note Charles EISENMANN.

⁵⁰⁸ Ce « suivisme » du Conseil d'État envers la Cour de cassation est clairement exprimé dans les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu sur l'affaire *Winkell* du 7 août 1909. Cf. : TARDIEU, concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, *S.* 1909.3.145.

⁵⁰⁹ Trib. corr. de la Seine, 4 décembre 1934, *D. P.* 1935. 2. 57, note Marcel WALINE.

⁵¹⁰ Pour marquer le fondement spécifique qu'il choisit pour juger illicite la grève du fonctionnaire, le Conseil d'État affirme dans sa jurisprudence que la grève est « *un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale* ; » Cf. : CE, 7 août 1909, *Winkell*, req. n° 37.317, *Rec.* p. 826. – CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, *Rec.* p. 843, concl. LAGRANGE ; *D.* 1938.3.49, note EISENMANN.

⁵¹¹ CE, 7 août 1909, *Winkell*, req. n° 37.317, précité.

Maurice Hauriou refusait le droit de grève aux fonctionnaires car la grève était par nature révolutionnaire⁵¹², Louis Rolland, plus nuancé, considérait que la grève des fonctionnaires pouvait en théorie se concevoir et donc être légale, mais qu'en pratique elle était intolérable dans l'intérêt du public⁵¹³.

362. – Le discrédit de la jurisprudence *Winkell-Minaire*. – Au tournant du XX^e siècle, il était question d'inscrire l'interdiction du droit de grève dans une loi portant statut général des fonctionnaires. Bien que plusieurs projets de loi aient été déposés en ce sens, aucun ne fut adopté sous la III^e République. Ce n'est qu'en 1941, par l'acte dit loi du 14 septembre⁵¹⁴, que le gouvernement dirigé par l'Amiral François Darlan adoptait un statut des fonctionnaires qui inscrivait implicitement en son article 17 l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires⁵¹⁵. Cette interdiction n'était pas forcément motivée par la continuité du service public, mais elle était, pour le gouvernement collaborationniste, un moyen de s'assurer la « loyauté » de fonctionnaires qui pouvaient être hostiles à sa politique.

À partir de ce moment, il est apparu que l'interdiction de la grève des fonctionnaires – et plus largement de tous les agents des services publics – va à l'encontre des intérêts d'une société libre et démocratique. De ce point de vue, la loi du 14 septembre 1941 a définitivement ôté toute crédibilité à la jurisprudence *Winkell-Minaire*, laquelle comportait le grave défaut d'être sans nuance, comme l'acte de 1941. Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que la reconnaissance du droit de grève réalisée en 1946 est le corollaire de l'approfondissement de la démocratie réalisée au moment de la Libération⁵¹⁶. Comme l'écrivait le professeur Georges Morange, « *la*

⁵¹² Maurice Hauriou écrivait ainsi : « *Il n'y a pas à insister sur cette idée que les faits révolutionnaires sont incompatibles avec l'organisation des fonctions publiques.* » cf. : HAURIUO (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p. 146.

⁵¹³ Louis Rolland écrivait en effet : « *La seule chose qui, à notre avis, nous le dirons tout à l'heure, puisse légitimer le refus du droit de grève aux fonctionnaires, c'est la considération des intérêts du public. Les services publics sont créés pour les administrés. Il faut que ceux-ci puissent en profiter.* » Cf. : ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 296.

⁵¹⁴ *D. A.* 1941, p. 483.

⁵¹⁵ Cet article disposait ceci : « *tout acte d'un fonctionnaire portant atteinte à la continuité indispensable à la marche normale d'un service public qu'il a reçu pour mission d'assurer constitue le manquement le plus grave à ses devoirs essentiels...* » Si le mot n'est pas prononcé, la grève est néanmoins directement visée par ce texte.

⁵¹⁶ Toutefois, il faut nuancer l'idée « d'approfondissement démocratique » réalisé à cette époque. Cf. : DROMARD (Frédéric-Guillaume), *Recherches sur le concept de démocratie dans le droit constitutionnel français*, Thèse de droit, sous la direction de la Pr. Françoise Dreyfus, Paris-II Assas, 2005, 680 pp.

reconnaissance du droit de grève et l'abolition successive des entraves à son exercice étaient liées au progrès de l'idée démocratique »⁵¹⁷.

363. – Les prémices du changement venu du Conseil d'État. – Toutefois, le discrédit apporté par le gouvernement de Vichy à l'interdiction pure et simple du droit de grève à tous les agents des services publics, ne fut pas total et immédiat. Pour preuve, le Conseil d'État a prolongé sa jurisprudence ancienne jusqu'en 1947, avec l'arrêt *Jarrigion*. Certes, les faits de cette affaire remontaient à l'avant-guerre, et le Conseil d'État leur appliqua le droit en vigueur à l'époque, mais tout en laissant sous-entendre qu'il en irait autrement sous l'empire de la Constitution de 1946. Rien ne l'empêchait cependant de se passer de cette étape, et de changer radicalement sa jurisprudence. La jurisprudence judiciaire quant à elle, fut parfois tentée d'appliquer sa jurisprudence classique relative à la grève, en considérant que la reconnaissance du droit de grève par le Préambule était purement théorique et ne changeait donc rien à l'état du droit applicable antérieurement à 1946⁵¹⁸.

364. – Le conservatisme doctrinal. – De plus, une partie de la doctrine de l'immédiat après-guerre continua de penser qu'il fallait maintenir cette position jurisprudentielle classique, car selon elle le préambule, à lui seul, ne changeait pas le droit applicable. En ce sens, la doctrine penchait en faveur de la suspension de l'application de l'alinéa 7 du Préambule. Ainsi, Maître Henri Galland, avocat aux conseils, a pu écrire en 1947 que « *le nouveau texte constitutionnel ne semble pas devoir imposer à la Cour suprême l'abandon de sa jurisprudence traditionnelle, car le droit de grève, bien que reconnu, n'est pas un droit absolu ; il doit s'exercer dans le cadre des lois qui le réglementent. Or actuellement et en l'absence de texte spécial intervenu en la matière, la réglementation ne peut résulter que des principes généraux du droit, c'est-à-dire précisément des principes mis en œuvre par la Cour de cassation.* »⁵¹⁹ Récidivant

⁵¹⁷ MORANGE (Georges), « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron. XXX, p. 117.

⁵¹⁸ Selon le Tribunal civil de la Seine, « ... *si la Constitution du 27 octobre 1946 a constaté la légitimité du droit de grève, il n'en résulte nullement que la grève ait cessé de produire ses effets naturels, notamment la rupture du contrat de travail ; qu'il s'agit là d'une reconnaissance purement théorique du droit de grève, qui reste sans effet sur les conséquences juridiques de la grève, la Constitution précisant que le droit de grève s'exerce "dans le cadre des lois qui le réglementent"* ; que, dès lors, si aucune coercition ne peut s'opposer à ce qu'un salarié se mette en grève, la légitimité du droit de grève ne doit pas être confondue avec les effets juridiques de son exercice, même légitime ; qu'en l'absence d'un nouveau texte, la grève restant régie par la loi du 25 mai 1864 qui a aboli le délit de coalition, la jurisprudence qui s'est instaurée sous l'empire de cette loi conserve toute sa valeur ; ... » Cf. : Trib. civ. de la Seine, 7^{ème} Chambre, 16 novembre 1949, *Société Hôtel Meurice c./Legay*, précité au §...

⁵¹⁹ GALLAND (Henri), « La "grève perlée" et ses conséquences juridiques », *J.C.P.* 1947. I. 637.

l'année suivante en commentant les premiers jugements qui semblaient opter pour une solution inverse, il persistait à justifier sa position, en opérant un parallèle avec la mise en œuvre des lois par le pouvoir réglementaire : « *Et la juridiction administrative et judiciaire a maintes fois jugé que lorsqu'une loi pose un principe général, mais laisse à des règlements le soin de le mettre en œuvre, l'application de la loi est suspendue jusqu'à la publication des règlements annoncés. Sans doute ne s'agit-il pas, dans le cas qui nous occupe, d'une loi tenue en suspens par l'absence d'un règlement d'application, mais d'un texte constitutionnel tenu en suspens par la non-publication d'une loi. Cependant, et bien que posé à des degrés différents de la hiérarchie juridique, le problème reste le même et la solution à intervenir doit être identique.* »⁵²⁰ Cette même option doctrinale était aussi partagée par le professeur Jean Rivero, du moins en ce qui concerne l'exercice du droit de grève dans les services publics. Selon lui, « *le texte du préambule n'a [...] apporté aucun changement au droit préexistant ; il affirme l'existence d'un droit de grève ; il n'en précise pas les titulaires, ni le champ d'application ; jusqu'à ce que le législateur soit venu réglementer ces questions – et il garde toute liberté pour le faire –, il ne saurait y avoir en la matière d'autre droit que le droit antérieurement en vigueur, défini à la fois par la loi du 25 mai 1864 et par le principe général de la continuité des services publics.* »⁵²¹ C'est, ni plus ni moins, la jurisprudence des arrêts *Winkell* et *Minaire* qu'il souhaitait voir continuer d'être appliquée.

C.- La position équivoque du constituant sur le droit de grève levée par la jurisprudence

365. – L'effectivité du droit de grève en question. – Il est vrai que pour les juridictions, tant judiciaires d'abord, qu'administratives ensuite, l'application de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 s'est rapidement heurtée à une difficulté, dont il faut d'ailleurs remarquer que les conditions de survenance subsistent encore aujourd'hui pour une large part. En effet, le constituant annonçait que des lois viendraient fixer le cadre d'exercice du droit de grève. Or, ni l'Assemblée nationale constituante, ni le parlement de la IV^e République ne se sont empressées de fixer ce cadre législatif. Comme on le verra par la suite, on ne peut pas dire non plus que le parlement sous la V^{ème} République ait fait beaucoup mieux. Dès lors, en cette

⁵²⁰ GALLAND (Henri), obs. sous CPH de la Seine, 26 mars 1947, *Société Hippophagique de détail c./Breuillée*, et sous Trib. civ. de la Seine, 21 avril 1948, *Laboratoire du Bâtiment et des Travaux publics c./Lhériveau et Florentin*, J.C.P. éd. G. 1948, II, 4367.

⁵²¹ RIVERO (Jean), note sous CE, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, S. 1948. 3. p. 36.

circonstance, la question qui s'est rapidement posée aux juges était de savoir si en l'absence de la réglementation annoncée par le constituant, le droit de grève était applicable. En d'autres termes, l'effectivité de ce droit était-elle suspendue à sa réglementation, comme le suggérait une partie de la doctrine ?

366. – L'effectivité du droit de grève assurée par la jurisprudence. – Or quelques mois après l'entrée en vigueur de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil de Prud'hommes de la Seine a rendu effectif le droit de grève en jugeant que « *le préambule de la Constitution pose, de manière particulièrement nette et précise, le principe du droit de grève* »⁵²². Hormis, le jugement précédemment remarqué du Tribunal civil de la Seine du 16 novembre 1949⁵²³, un consensus s'est rapidement dégagé au sein de la jurisprudence judiciaire – la seule disponible dans les années suivant immédiatement 1946 –, pour faire application de l'alinéa 7 du préambule, sans autres formalités⁵²⁴. Ainsi, le Tribunal civil de la Seine, mais cette fois dans un jugement daté du 21 avril 1948, considérait que « *la répercussion de la grève sur le contrat de travail doit être envisagée, compte tenu du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; qu'en effet, cette Constitution a inscrit le droit de grève parmi les droits fondamentaux du citoyen* »⁵²⁵. Quant à la section sociale de la chambre civile de la Cour de cassation, lorsqu'elle aura à connaître du contentieux afférent à l'exercice du droit de grève, elle parlera pour sa part de « *l'affirmation solennelle par les constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels* »⁵²⁶, ou de « *reconnaissance solennelle du droit de grève* »⁵²⁷ orientant définitivement la jurisprudence judiciaire dans le sens de l'application effective de l'alinéa 7 du Préambule, sans se prononcer sur la valeur juridique de ce droit. Cette jurisprudence de la Cour de cassation suivra⁵²⁸ d'ailleurs de peu celle du Conseil d'État inaugurée par l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950⁵²⁹.

⁵²² CPH de la Seine, 26 mars 1947, *Société Hippophagique de détail c./Breuillee*, J.C.P. éd. G. 1948, II, 4367, obs. Henri GALLAND.

⁵²³ Trib. civ. de la Seine, 7^{ème} Chambre, 16 novembre 1949, *Société Hôtel Meurice c./Legay*, précité.

⁵²⁴ Mis à part l'arrêt *Jarrigion* de 1947 qui n'est pas explicite sur ce point, il faudra attendre 1950 et l'arrêt *Dehaene* pour que la jurisprudence administrative se prononce sur l'application du Préambule de 1946, et sur l'effectivité de l'alinéa 7.

⁵²⁵ Trib. civ. de la Seine, 21 avril 1948, *Laboratoire du Bâtiment et des Travaux publics c./Lhériveau et Florentin*, J.C.P. éd. G. 1948, II, 4367, obs. Henri GALLAND ; S. 1948. 2. 76.

⁵²⁶ Cass. civ., sect. soc., 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c./Dame Roth*, Bull. civ. IV, n° , p. 372 ; *Dr. soc.* 1951, p. 532. – Cass. civ., sect. soc., 19 juin 1952, *Houillères du Bassin de la Loire c./Moularde*, req. n° 1.239, Bull. civ. IV, n° 531, p. 383.

⁵²⁷ Cass. civ., sect. soc., 9 juillet 1951, *Houillères du Bassin des Cévennes c./Bord*, *Dr. soc.* 1952, p. 115, note Paul DURAND.

⁵²⁸ Le suivisme relaté précédemment (Cf. : note n° 120, p. 45) est alors inversé. C'est la Cour de cassation qui semble suivre le Conseil d'État.

⁵²⁹ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *Rec.* p. 426 ; *R.D.P.* 1950, p. 691, concl. François GAZIER, note Marcel WALINE ; *Rev. adm.* 1950, p. 366, note LIET-VEAUX ; *D.* 1950, p. 538, note André GERVAIS ; *Dr. soc.* 1950, concl. François GAZIER ; S. 1950.3.109, note

Comme nous l'avons indiqué précédemment, dans l'arrêt *Jarrigion* de 1947⁵³⁰ les juges du Palais royal avaient laissé entendre que l'état du droit avait changé depuis 1946, ce qui, pour ceux qui savaient lire entre les lignes, signifiait que le Préambule de 1946 avait bien modifié l'état du droit de grève, et que le Conseil admettait d'en faire application le moment venu. Ce qui fut réalisé par l'arrêt *Dehaene*, lequel fait directement application de l'alinéa 7 du Préambule. Toutefois, le Conseil d'État, tout comme le fera ensuite la Cour de cassation, se garda bien d'indiquer quelle valeur juridique il entendait donner à ce préambule.

367. – L'hésitation sur la valeur juridique du droit de grève. – La jurisprudence de l'époque ne s'est effectivement pas prononcée sur la valeur juridique du Préambule. Au cours des années 1950, la Cour de cassation évoquait simplement la « solennité » de la proclamation du droit de grève⁵³¹. Fallait-il y voir un gage de constitutionnalité ? Rien n'est moins sûr. À la même époque, le Conseil d'État, dans la jurisprudence *Dehaene*⁵³², s'en tenait uniquement à l'évocation de la « reconnaissance » du droit de grève par le Préambule de la Constitution de 1946. Ce n'est que plus tard, et en d'autres matières que celle de la grève, que le Conseil d'État reconnaîtra implicitement⁵³³ puis explicitement⁵³⁴ la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1946. Cependant, il est notable qu'à défaut d'une position claire sur la valeur juridique du préambule, ces hautes juridictions faisaient néanmoins, chacune en ce qui les concernait, application de l'alinéa 7 du Préambule. En définitive, du moins pour le Conseil d'État, c'est en tant qu'expression de principes généraux du droit que le septième alinéa du préambule de 1946 était appliqué par la jurisprudence, ainsi que l'expliquait le président Odent dans ses cours de contentieux administratif⁵³⁵. Ce n'est que récemment que la Cour de cassation a expressément invoqué la valeur

J.D.V. ; *J.C.P.* 1950.II.5681, concl. François GAZIER ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 2001, 13^{ème} éd., n°68, p. 423.

⁵³⁰ CE, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, *S.* 1948. 3. p. 36, note Jean RIVERO.

⁵³¹ Cass. civ., sect. soc., 28 juin 1951, *Maiseries de la Méditerranée c./Dame Roth*, *Bull. civ. IV*, n° , p. 372 ; *Dr. soc.* 1951, p. 532. – Cass. civ., sect. soc., 9 juillet 1951, *Houillères du Bassin des Cévennes c./Bord*, *Dr. soc.* 1952, p. 115, note Paul DURAND. – Cass. civ., sect. soc., 19 juin 1952, *Houillères du Bassin de la Loire c./Moularde*, req. n° 1.239, *Bull. civ. IV*, n° 531, p. 383.

⁵³² CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *Rec.* p. 426 ; *R.D.P.* 1950, p. 691, concl. François GAZIER, note Marcel WALINE ; *Rev. adm.* 1950, p. 366, note LIET-VEAUX ; *D.* 1950, p. 538, note André GERVAIS ; *Dr. soc.* 1950, concl. François GAZIER ; *S.* 1950.3.109, note J.D.V. ; *J.C.P.* 1950.II.5681, concl. François GAZIER ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 2001, 13^{ème} éd., n°68, p. 423.

⁵³³ CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, *Rec.* p. 317. – CE, 16 avril 1957, *Condamine*.

⁵³⁴ CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, *Rec.* p.101 ; *J.C.P.* éd. G. 1960. II. 10629 bis, note Georges VEDEL.

⁵³⁵ ODENT (Raymond), *Contentieux administratif*, 1970-1971, p. 166.

constitutionnelle du septième alinéa du Préambule⁵³⁶ et ce après que le Conseil constitutionnel ait définitivement tranché la question en 1979.

§ 2.- Un droit de grève appliqué sans égard pour la continuité du service public

368. – Alors même qu'il reconnaît l'effectivité du droit de grève, le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, reconnaît aussi le caractère non-absolu de ce droit. Il considère en effet que le droit de grève doit recevoir un certain nombre de limites afin de le concilier avec d'autres droits, d'autres impératifs de la vie sociale. Dans la mesure où le législateur n'a pas donné suite à l'invitation du constituant de 1946 pour réglementer le droit de grève, le juge a considéré qu'il lui revenait de poser ces limites. Nous aurions pu penser, compte tenu de ce que fut l'état de la jurisprudence jusqu'à la Libération, que le principe de continuité du service public pouvait à lui seul justifier des limitations à l'exercice du droit de grève dans les services publics. Or, étrangement, après 1946 le juge n'a jamais limité ou restreint le droit de grève en invoquant ce principe. Il a préféré retenir les notions d'abus de droit et de nécessités de l'ordre public. Ces notions ne recouvrent pas forcément l'exigence de fonctionnement continu du service public, si bien que les limitations ou les restrictions au droit de grève imposées par le juge ne préservent pas nécessairement la continuité du service public. Celui-ci semble alors relégué aux oubliettes du service public (A.-). Cette situation résulte principalement, mais peut-être pas uniquement, de ce que la valeur juridique du principe de continuité est incertaine, alors que celle du droit de grève est plus évidente à cerner (B.-).

A.- Usage abusif et nécessités de l'ordre public : un faible rempart préservant la continuité du service public

369. – ***Une position affirmée très tôt par le juge administratif.*** – Après 1946, le juge administratif s'en est tenu à cette formulation invariablement répétée depuis l'arrêt

⁵³⁶ La Cour parle d'un « droit constitutionnellement reconnu » : Cf. : Cass. soc., 13 novembre 1996, *Mme Direr c./ M. Bolard*, req. n° 93-42.247, *Bull. civ. V*, n° 379, p. 272 ; *J.C.P.* éd. G, 1997, II, n°22754, rapport Philippe WAQUET et note Danielle CORRIGNAN-CARSIN ; *Dr. ouvr.* 1997, p. 143, note Francis SARAMITO ; *Dr. soc.* 1997, p. 368, note Christophe RADÉ.

Dehaene dans chacune des affaires relatives à cette matière : « *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* ». On note cependant que dans un arrêt du 18 janvier 1980⁵³⁷, le Conseil d'État – sans doute influencé par la décision n°79-105 DC du Conseil constitutionnel⁵³⁸ –, s'est sensiblement démarqué de cette formulation traditionnelle et a fait mention de la seule continuité du service public pour justifier la réglementation du droit de grève. Cet arrêt est cependant resté isolé, le Conseil d'État ayant par la suite repris la formule de la jurisprudence *Dehaene*⁵³⁹ que les juges du fond se sont appropriée⁵⁴⁰.

En réalité, il est possible de faire remonter l'origine de cette position jurisprudentielle à 1948. En effet, à propos du projet ayant abouti à la loi du 28 septembre 1948 relative au statut particulier des personnels de la police⁵⁴¹, le Conseil d'État avait rendu un avis dont le considérant principal présageait de la jurisprudence à venir sous-entendue par l'arrêt *Jarrigion* de 1947, et dont la teneur était la suivante : « *Considérant que le texte ci-dessus rappelé du préambule de la Constitution n'a pas pour conséquence, même en l'absence de toute disposition législative particulière, d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tous les autres, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités essentielles de l'ordre public ;* »⁵⁴². La filiation de l'arrêt *Dehaene* avec cet avis est saisissante. La seule différence notable entre les deux est relative aux nécessités de l'ordre public, qui en 1948 étaient qualifiées

⁵³⁷ CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *Rec.* p. 30 ; *D.* 1980, IR, p. 302, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *J.C.P.* 1980, II, 19450, note Élisabeth ZOLLER ; *A.J.D.A.* 1980, p. 99, chron. Yves ROBINEAU et Marc-André FEFFER ; *Rev. adm.* 1980, p. 606, obs. Jean-Jacques BIENVENU et Stéphane RIALS.

⁵³⁸ Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, *Rec.* p. 33 ; *A.J.D.A.* 1979, n°9, p. 46 ; *R.D.P.* 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; *Cahier du CFPC*, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; *D.* 1980, p. 333, note Léo HAMON ; *Rev. adm. de L'Est de la France*, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; *D.* 1980, p. 101, note PAILLET ; *A.J.D.A.* 1980, p. 191, note LEGRAND ; *J.C.P.* éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Dr. soc.* 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.

⁵³⁹ CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, Somm. p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.

⁵⁴⁰ Pour exemple : CAA de Nancy, 18 décembre 2003, *Syndicat Sud-PTT*, req. n° 98NC01080, *A.J.F.P.* 2004, p. 165.

⁵⁴¹ Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, *J.O.R.F.* du 29 septembre 1948, p. 9532.

⁵⁴² Cité par : BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 77.

d'« essentielles ». Ceci aurait logiquement conduit à opérer une distinction entre d'une part les « nécessités essentielles » et d'autre part les « nécessités simples » ou « nécessités ordinaires » de l'ordre public. Or, la pertinence d'une telle distinction pouvait être mise en doute, car les nécessités de l'ordre public ne sont-elles pas, par définition, essentielles ? En tout état de cause, et fort heureusement, le Conseil d'État en tant que juge n'a pas cru bon de reprendre cette subtilité suggérée par lui-même dans sa fonction de conseiller du gouvernement.

370. – Une position partagée avec le juge judiciaire. – Cette volonté de ne retenir comme limitations au droit de grève que celles justifiées par les notions d'abus de droit et de nécessités de l'ordre public, n'est pas le propre du juge administratif. On doit rappeler que les juridictions judiciaires ne sont pas en reste ; du moins font-elles référence à l'abus de droit à défaut de s'intéresser à l'ordre public. Il ne faut pas oublier que dès 1947 elles ont eu à juger des faits de grève à la lumière du préambule adopté quelques mois plus tôt, alors que le Conseil d'État ne jugera sa première affaire en la matière qu'en juillet 1950. Ainsi, les premières décisions des juges judiciaires du fond, ont marqué une tendance juridique que le Conseil d'État n'a pas pu ignorer. On citera ainsi une sentence du 26 mars 1947, par laquelle le Conseil des prud'hommes de la Seine énonce, sur un ton remarquablement didactique, qu'« *il appartient au juge de rechercher, en l'absence de textes qui le réglementent, si le droit de grève est absolu, illimité, si son exercice doit ou ne doit pas être justifié, s'il peut être exercé sans motif et même de manière arbitraire ; [...] Attendu qu'il est certain qu'à ce jour n'existe aucune loi spéciale qui le régleme ; - Qu'il convient donc d'appliquer ce droit en tenant compte du principe absolu que l'exercice d'un droit est limité par l'abus qui pourrait en être fait, qu'un droit n'est, en effet, jamais illimité dans une société organisée ; qu'il trouve sa limite naturelle, à défaut de réglementation particulière, dans les droits d'autrui et de la collectivité ; que quiconque dépasse cette limite abuse de son droit ; - Attendu, d'une manière générale, qu'il y a abus de droit lorsqu'au lieu d'être guidé par son intérêt propre et légitime ou celui de la collectivité, celui qui agit exerce son droit dans un esprit d'animosité, de malveillance, de mauvaise foi et avec l'intention de nuire, ou même simplement quand il ne prend pas les précautions normales ou nécessaires pour éviter de causer un trouble, ou bien plus encore lorsque, directement ou indirectement, il enfreint une disposition réglementaire ou législative ou cherche à la tourner, et que cette action cause un préjudice particulier ou général* »⁵⁴³ Cette position non isolée des

⁵⁴³ Et le juge prud'homal en déduit dans le cas d'espèce qu'il y a bien abus de droit : «... Attendu qu'en déclenchant ce mouvement sans qu'aucune conversation ait eu lieu au préalable, sans avoir épuisé tous les moyens de conciliation, sans avoir donné de préavis et procédé à la

premiers juges a été approuvée par la Cour de cassation en 1951, dans les premiers arrêts qu'elle a rendus sur le sujet : « *Attendu que les juges du fond, loin de vouloir se substituer au législateur, ont déclaré seulement qu'en l'absence de la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution, la reconnaissance dont s'agit 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 ; qu'à cet effet, ils ont recherché si Bord avait commis une faute d'une gravité particulière* »⁵⁴⁴. Par la suite, elle réaffirmera régulièrement cette position, même après l'avènement de la V^e République, considérant que « [...] *la reconnaissance de ce droit ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif* »⁵⁴⁵

En définitive, la Cour de cassation rejoint le Conseil d'État, au point de reprendre à son compte la formule jurisprudentielle de l'arrêt *Dehaene*. La concordance des deux ordres de juridiction est alors parfaite ; chacun ayant contribué à éclairer l'autre dans son cheminement jurisprudentiel.

371. – L'absence de limitation a priori du droit de grève. – Pour le juge administratif, il n'y a donc par principe pas de limitations *a priori* au droit de grève dans les services publics ; rien ne peut justifier a priori de limiter l'exercice du droit de grève, même la continuité du service public. Le principe de continuité du service public, n'est donc pas un principe supérieur qui s'imposerait et empêcherait par lui-même l'exercice du droit de grève. L'usage du droit de grève est libre, mais rencontre les limites liées à son usage : celui-ci ne peut pas être abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. Il faut remarquer que ces deux notions, l'abus de droit et les nécessités de l'ordre public, sont sur un pied d'égalité, car toutes deux viennent qualifier l'usage du droit de grève. Faut-il pour autant considérer qu'il s'agit d'une alternative exclusive : l'usage serait soit

tentative d'arbitrage prévue obligatoirement par la loi du 31 décembre 1936, sans avoir même fait connaître des exigences, que ces agissements ayant causé un préjudice tant à la Société Hippophagique qu'à la collectivité par suite de l'arrêt brusque du travail et du trouble qu'en a ressenti le ravitaillement de la population, Breuillée a abusé du droit légitime de grève que lui accorde la Constitution ; ». CPH de la Seine, 26 mars 1947, *Société Hippophagique de détail c./Breuillée*, J.C.P. éd. G. 1948, II, 4367, obs. Henri GALLAND.

⁵⁴⁴ Cass. civ., sect. soc., 9 juillet 1951, *Houillères du Bassin des Cévennes c./Bord*, Dr. soc. 1952, p. 115, note Paul DURAND

⁵⁴⁵ Cass. civ., sect. soc., 11 octobre 1957, *Nouaux et autres c./ Société française d'entretien et de réparation de matériel aéronautique*, req. n° 4.686, Bull. civ. IV, n° 950, p. 671 ; Gaz. Pal. 1957. 2. 319. – Cass. civ., sect. soc., 23 avril 1959, *Franchetti et autres c./Société française du pneu Englebert*, req. n° 57-40.873, Bull. civ. IV, n° 516, p. 425 ; D. 1959, p. 513 ; Dr. ouvr. 1959, p. 401. – Cass. soc., 18 février 1960, *Chouin et autre c./Sté Ouest-Aviation*, req. n° 57-40.746, Bull. IV, n° 199, p. 155. – Cass. soc., 3 octobre 1963, *Goazioux c./SA Krieg et Zivy*, D. 1964, II, p. 3, note Gérard LYON-CAEN.

abusif, soit contraire aux nécessités de l'ordre public ? La négative s'impose : l'abus de droit peut aussi être contraire aux nécessités de l'ordre public. En réalité les deux notions se distinguent mais peuvent se recouper. Il n'est pas utile de revenir dans le détail sur ce qu'il faut entendre par « usage abusif du droit de grève » et par « usage du droit de grève contraire aux nécessités de l'ordre public », car cela a déjà fait l'objet de savantes études⁵⁴⁶.

372. – Les limitations au droit de grève dûment justifiées. – Ce que l'on peut simplement remarquer à propos de l'invocation des nécessités de l'ordre public, c'est la plasticité de cette notion. À l'instar de Jean-Michel Bollé⁵⁴⁷, on peut en effet noter que jusqu'en 1946, c'est au nom de l'ordre public – même s'il n'emploie pas l'expression, se référant plutôt à la notion de sécurité⁵⁴⁸ ou de conditions fondamentales d'existence de l'État⁵⁴⁹ – que le Conseil d'État interdit purement et simplement l'exercice du droit de grève dans les services publics. Mais après 1946, c'est toujours au nom de l'ordre public que le Conseil d'État limite l'exercice du droit de grève dans les services publics. Ainsi l'ordre public qui s'opposait frontalement au droit de grève dans les services publics, en admet la légitimité dans certaines limites.

Cependant, et en cela on se démarque ici de la thèse de Jean-Michel Bollé, on ne peut ignorer que lorsque le Conseil d'État prône l'interdiction du droit de grève dans sa jurisprudence d'avant 1946, il fait autant référence à l'ordre public qu'à la continuité du service public. À l'inverse, depuis 1946, il n'interdit plus l'exercice de ce droit mais y pose des limites en faisant référence à l'ordre public et à l'abus de droit, mais sans se référer à la continuité du service public. On peut donc en déduire qu'en utilisant les notions d'abus de droit et d'ordre public, le conseil d'État ne cherche pas à préserver la continuité du service public. Pour la haute juridiction, la discontinuité du service public n'est pas en soi contraire aux nécessités de l'ordre public. Mais si d'aventure, la discontinuité du service public provoquée par une grève entraîne des atteintes à l'ordre public, alors le droit de grève pourra être restreint sur le fondement de cette atteinte. Il se peut donc que la continuité du service public rencontre les exigences de l'ordre public.

⁵⁴⁶ Cf. : BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, 307 pp. – DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1 et 2, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, 787 pp.

⁵⁴⁷ BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, pp. 75 et 77.

⁵⁴⁸ CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, *Rec.* p. 302 ; S. 1913.3.137, note Maurice HAURIUO ; *D. P.* 1914.3.48.

⁵⁴⁹ CE, 7 août 1909, req. n° 37.317, *Winkell*, *Rec.* p. 826 ; S. 1909.3.145, concl. TARDIEU, note HAURIUO ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 1996, 11^{ème} édition, n°23.

On verra pour autant qu'il ne faut pas considérer que la continuité du service public se confond avec l'ordre public⁵⁵⁰.

373. – En adoptant le critère de l'abus de droit et de l'ordre public pour limiter ou restreindre l'exercice du droit de grève dans les services publics, la jurisprudence administrative malmène le principe de continuité du service public ; elle semble parfois en avoir oublié jusqu'à l'existence même. Il est vrai que le principe est sous-entendu. Ce n'est que récemment qu'elle évoque plus directement la continuité du service. C'est le cas notamment dans l'arrêt *Onesto* de 2006⁵⁵¹.

B.- Continuité versus grève : un combat à armes inégales

374. – Fondamentalement antinomiques, le principe de continuité du service public et l'exercice du droit de grève dans les services public n'ont jamais pu faire l'objet d'un équilibre satisfaisant, dans la mesure où leur valeur juridique n'était pas identique.

375. – ***Le déséquilibre au profit de la continuité du service.*** – Au début du XX^e siècle, le droit de grève n'était pas clairement identifié dans le droit positif. On sait simplement que le législateur avait supprimé en 1864 le délit de coalition. Mais on sait aussi que depuis la même date, par ses articles 123 et 126, le code pénal réprimait les entraves au fonctionnement du service public. Quand bien même ces dispositions ne furent appliquées qu'une seule fois par les juridictions répressives⁵⁵², cela engendrait un climat peu favorable à la reconnaissance de la grève en tant qu'objet d'un droit subjectif, et à son exercice par les agents du service public. Alors qu'à la même époque, le principe de continuité du service public était considéré par la doctrine et par le juge administratif comme un principe fondamental du droit public français. Face à des textes peu précis, voire hostiles à la grève, la construction prétorienne du principe de continuité pouvait s'imposer sans entrave. La continuité du service public interdisait l'exercice du droit de grève dans les services publics.

376. – ***Le déséquilibre au profit du droit de grève.*** – Mais la reconnaissance du droit de grève par le préambule de la Constitution de la IV^e République, quoique

⁵⁵⁰ Cf. : *Infra*, Partie 2.

⁵⁵¹ CE, 8 mars 2006, req. n° 278999, *MM. Onesto et autres*, A.J.F.P. 2006, p. 206, concl. Rémi KELLER ; *J.C.P. éd. Social* 2006, p. 34, n° 1316, note Bernard GAURIAU.

⁵⁵² Trib. corr. de la Seine, 4 décembre 1934, *D. P.* 1935. 2. 57, note Marcel WALINE, précité.

imprécise, plaçait d'emblée le droit de grève au plus haut de la hiérarchie des normes. Et quoique là aussi, la valeur du droit de grève fût imprécise, elle avait néanmoins acquis une aura plus forte que le principe prétorien de continuité du service public, qui lui, n'était à l'époque inscrit nulle part dans le droit positif. La grève devenait alors possible dans les services publics, en ignorant quasi-complètement ses conséquences sur la continuité du service public. Et ceci fut renforcé le jour où il fut acquis que le droit de grève inscrit dans le préambule de 1946, avait bien une valeur constitutionnelle.

377. – Vers un nouvel équilibre. – La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de continuité aurait pu rééquilibrer les rapports entre grève et continuité. En théorie ce rééquilibrage est en effet devenu possible. En pratique, « l'attachement quasi romantique » des agents du service public au droit de grève rend ce rééquilibrage épineux pour les responsables politiques et pour les juges. C'est pour cela qu'aujourd'hui encore, l'état de la jurisprudence en la matière est resté identique à quelques exceptions, et que le droit positif n'a guère évolué. Toutefois des signes de changement sont perceptibles, puisque l'on évoque de plus en plus l'idée de service minimum dans les services publics en cas de grève et que des dispositifs juridiques sont progressivement instaurés en ce sens dans certains services publics. L'étude de la valeur constitutionnelle du principe de continuité permettra de mieux en cerner les implications juridiques.

Section 2.- Le droit de grève limité par le principe de continuité du service public

378. – Longtemps invoqué pour interdire le droit de grève dans les services publics, le principe de continuité du service public est devenu ensuite un principe sous-entendu par la jurisprudence administrative pour justifier des restrictions au droit de grève. De son côté, la jurisprudence judiciaire utilisait peu ce principe⁵⁵³. Mais en réalité, ce principe continuait d'apparaître comme une limite naturelle à l'exercice du droit de grève dans les services publics. Si bien que le législateur a fini par y faire clairement référence, comme en 1974 et 1979 à propos du service public de l'audiovisuel.

⁵⁵³ On note toutefois que l'arrêt *Blanc* du 27 janvier 1956, évoque cette notion, mais sans en faire un élément central de sa motivation. Cf. : Cass., civ., sect. soc., 27 janvier 1956, *Blanc c./SNCF*, D. 1956, p. 481, note André GERVAIS.

379. – L’occasion de la loi du 26 juillet 1979. – La loi votée en 1979⁵⁵⁴ a été l’occasion d’une saisine du Conseil constitutionnel par des parlementaires qui contestaient que le législateur puisse limiter le droit de grève en instaurant un service minimum justifié par la continuité du service public. En effet, face à l’aggravation du climat social dans le service public de la radio-télévision générant de nombreux arrêts de travail importants et prolongés, le législateur avait décidé de légiférer, dans le but de renforcer le service minimum dans ces services. La loi précisait seulement que le service minimum impose le maintien, la création, la transmission et l’émission des signes de radio et de télévision. Sont donc directement concernés les services et les personnels des sociétés de programme et de l’établissement public de diffusion. Le législateur n’était pas à son coup d’essai ; on peut même dire qu’il était rôdé à l’exercice, puisque en 1972⁵⁵⁵ et en 1974⁵⁵⁶ il était déjà intervenu en ce domaine. Et d’ailleurs, il interviendra encore à deux reprises en 1982⁵⁵⁷ et 1986⁵⁵⁸. Comme le note Michel Paillet, les auteurs de la saisine estimaient que « *le principe constitutionnel de la licéité de la grève doit l’emporter sur le principe de continuité qui n’aurait pas cette même nature constitutionnelle, puisqu’il “n’a jamais été consacré par une disposition de valeur constitutionnelle”* ». ⁵⁵⁹ Mais, loin de suivre cette argumentation, le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public. Celui-ci s’impose alors comme une limite au droit constitutionnel de grève mais s’impose aussi au législateur lorsqu’il s’occupe de régler le droit de grève.

380. – La ligne jurisprudentielle. – Cette consécration du principe de continuité au plus haut niveau de la hiérarchie des normes a été confirmée par la suite. Avec presque trente ans d’intervalle, la décision du 16 août 2007⁵⁶⁰ réaffirme dans des termes quasiment identiques la teneur de la décision de 1979. À travers cette ligne jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel a précisé le cadre dans lequel le législateur est habilité à régler le droit de grève. Le Conseil fixe donc des limites au

⁵⁵⁴ Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 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, *J.O.R.F.* du 27 juillet 1979, p. 1950.

⁵⁵⁵ Loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 *portant statut de la radiodiffusion-télévision française*, *J.O.R.F.* du 4 juillet 1972, p. 6851.

⁵⁵⁶ Loi n° 74-696 du 7 août 1974 *relative à la radiodiffusion et à la télévision*, *J.O.R.F.* du 8 août 1974, p. 8355.

⁵⁵⁷ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle*, *J.O.R.F.* du 30 juillet 1982, p. 2431.

⁵⁵⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, *J.O.R.F.* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755 ; *D.* 1986, p. 495.

⁵⁵⁹ PAILLET (Michel), note sous Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *D.* 1980, p. 103.

⁵⁶⁰ Cons. const., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 6/139.

législateur. Le principe de continuité est une de ces limites. Il existe aussi d'autres principes pouvant contraindre l'intervention du législateur dans la réglementation du droit de grève. C'est le cas, en premier lieu du principe de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par une décision du 22 juillet 1980⁵⁶¹. En second lieu, il s'agit du principe d'égalité, qui a été posé en limite au droit de grève dans une décision du 22 octobre 1982⁵⁶². Ces limites constitutionnelles sont à double tranchant. D'une part, ce sont des limites envers le droit de grève ; autrement dit, celui-ci peut être réglementé afin de respecter l'impératif constitutionnel posé en limite, tel le principe de continuité du service public. Mais d'autre part, limite envers le législateur, lequel détermine les conditions de l'exercice du droit de grève ; ces conditions qu'il fixe, ne doivent pas aboutir à méconnaître, en dehors de toute nécessité, ce droit de grève. Or, nous le savons bien, le législateur a parfois eu tendance à privilégier le principe de continuité du service public au point de nier exagérément le droit de grève.

381. – Le principe constitutionnel de la continuité du service public se révèle ainsi une arme à double tranchant : il est un principe qui contraint tant le droit de grève (§1.-), que le législateur lorsqu'il veut réglementer le droit de grève (§2.-).

§1.- La continuité du service public, limite constitutionnelle au droit de grève

382. – Directement placé sur le terrain de l'affrontement entre le droit de grève et la continuité du service public, le Conseil constitutionnel a pu, pour la première fois, indiquer quels étaient les contours et les limites du droit de grève reconnu par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce faisant, il a dû constitutionnaliser le principe de la continuité du service public (A.-), afin de ne pas se trouver « pieds et poings liés » par une conception absolutiste du droit de grève telle que résultant de la lecture des textes (B.-).

⁵⁶¹ Cons. const., Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Examen de la loi sur la protection et contrôle des matières nucléaires*, Rec. p. 42 ; D. 1981, note FRANCK ; Dr. soc. 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; R.D.P. 1980, p. 1652, note Louis FAVOREU.

⁵⁶² Cons. const., Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61.

A.- La constitutionnalisation d'un principe général du droit

383. – L'interprétation de l'alinéa 7 du Préambule de 1946. – Interprétant l'alinéa 7 du préambule, le Conseil considère que lorsque le constituant a édicté la règle selon laquelle « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent », il a « *entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites* » et il a « *habilité le législateur à tracer celles-ci* ». Or, pour le Conseil, ce qui justifie les limites apportées au droit de grève c'est la sauvegarde de l'intérêt général. Mais il ne s'agit que d'opérer « *la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* »⁵⁶³. Par conséquent, il ne suffirait pas au législateur d'invoquer l'intérêt général pour justifier sans appel toutes les limitations qu'il pourrait décider à l'endroit de la grève. Il doit faire œuvre de conciliation entre les deux. En ce qui concerne les services publics, le Conseil juge que le législateur peut apporter au droit de grève « *les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, à le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* ». Ces limitations pouvant « *aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève* » dès lors que sont en jeu les « *besoins essentiels du pays* ». Il n'y a donc plus aucune ambiguïté sur la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public.

384. – L'absence de fondement sur l'article 5 de la Constitution. – En revanche, le mystère plane quant au fondement juridique permettant de justifier cette valeur constitutionnelle. Car un tel fondement n'est mentionné nulle part dans la décision. Le visa ne fait appel qu'à la Constitution dans son ensemble, et à l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. D'aucuns auront remarqué, comme Michel Paillet, que « *ce laconisme quant aux sources d'où est issu le principe de continuité est à certains égards assez surprenant, car la Haute juridiction constitutionnelle a plutôt pour habitude, lorsqu'elle dégage une nouvelle règle*

⁵⁶³ Outre la décision n° 79-105 DC, on retrouve cette interprétation formulée dans les mêmes termes dans plusieurs décisions postérieures : Cf. : Cons. const., décision n°80-117 DC du 22 juillet 1980, *Examen de la loi sur la protection et contrôle des matières nucléaires*, Rec. p. 42 ; D. 1981, note FRANCK ; Dr. soc. 1980, p. 441, note TURPIN ; R.D.P. 1980, p. 1652, note Louis FAVOREU. – Cons. const., décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141 ; A.J.D.A. 1986, p. 102 (cons. 78). – Cons. const., Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 48 ; J.O.R.F. 29 juillet 1987, p. 8508 ; R.F.D.A. 1987, p. 807, note Bruno GENEVOIS, (cons. 6). – Cons. const., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, texte 6/139.

constitutionnelle, de préciser son origine exacte. »⁵⁶⁴ Alors certains auteurs⁵⁶⁵ ont envisagé un fondement sur l'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « *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* ». Cependant, cet article n'aurait pas pu échapper au juge constitutionnel. Dès lors le fait qu'il ne l'adopte pas comme fondement à sa décision est significatif de ce qu'il ne considère pas qu'il s'agisse là d'un fondement idoine. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel semble se refuser à cette facilité qui consiste à fonder la continuité du service public sur la continuité de l'État⁵⁶⁶. Refus d'autant plus net que dans les deux décisions ultérieures qui réaffirment la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public, le Conseil constitutionnel n'a pas davantage fait référence à l'article 5 de la Constitution, ni à tout autre fondement d'ailleurs⁵⁶⁷.

385. – Le fondement trouvé dans la théorie des principes généraux du droit – En définitive, l'hypothèse la plus convaincante a été suggérée par Michel Paillet dans son commentaire de la décision de 1979, mais aussi par le Doyen Favoreu. Elle consiste à considérer que le Conseil constitutionnel n'a fait que constitutionnaliser un principe général du droit précédemment dégagé par le juge administratif. Or depuis l'arrêt *Winkell* de 1909, on le sait, la continuité du service public est considérée comme un « principe du droit public » justifiant à lui seul l'interdiction faite aux fonctionnaires et agents publics de se mettre en grève sous peine de sanctions disciplinaires. Ce « principe du droit public » peut incontestablement être intégré dans ce que la jurisprudence administrative appellera à partir de 1945 avec l'arrêt *Aramu*⁵⁶⁸, les « principes généraux du droit »⁵⁶⁹. Ceux-ci, « *Ne découlant directement d'aucun texte, dégagés et formulés par le juge lui-même, ils présentent, en effet, dans l'un et l'autre ordre juridique, et quel que soit leur contenu, le double caractère de règles non écrites et de normes dotées d'un grand rayonnement* »⁵⁷⁰. La continuité du service public est effectivement une règle non-écrite,

⁵⁶⁴ PAILLET (Michel), note sous Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *D.* 1980, p. 103.

⁵⁶⁵ Louis FAVOREU et Loïc PHILIP dans *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2002, n° 27, p. 392.

⁵⁶⁶ Cf. : *Infra*, Partie 2.

⁵⁶⁷ Cons. const., Décision 94-347 DC du 21 juillet 1994 et Cons. const., Décision 96-380 DC du 23 juillet 1996.

⁵⁶⁸ CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, *Rec.* p. 213 ; *D.* 1946, p. 158, note Georges MORANGE ; *EDCE* 1947, n°1, p. 48, concl. Raymond ODENT ; *S.* 1946.3.1., concl. Raymond ODENT.

⁵⁶⁹ On note cependant que la notion de principe général du droit a été utilisée pour la première fois dès 1873 par un arrêt du Tribunal des conflits. Mais la théorie des principes généraux du droit a véritablement pris naissance en 1945. Cf. : TC, 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, *Rec.* 1^{er} suppl., p. 70.

⁵⁷⁰ JEANNEAU (Benoît), « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Études de droit contemporain*, Paris, Cujas, 1962, T. XXIII, p. 204.

car, comme l'explique le président Letourneur, son existence est « *si certaine, si évidente qu'elle n'a pas besoin d'être matériellement constatée par un texte* »⁵⁷¹. Mais la hardiesse du juge pour créer un principe général du droit ne se limite en réalité qu'à faire accéder à la vie juridique « *le produit d'aspirations latentes de la conscience nationale qui s'imposent à lui avec une force toute particulière* »⁵⁷². Or le principe de continuité est bien le fruit d'aspirations profondes de la société. De plus, l'utilisation par le juge administratif de la règle non-écrite de la continuité du service pour interdire l'exercice du droit de grève des agents publics n'a jamais été sérieusement contestée, et d'ailleurs elle n'était pas contestable d'un point de vue juridique. Ce qui était contestable en revanche, c'était la solution radicale consistant à poser le principe de l'interdiction du droit de grève, sans rechercher si une simple limitation de ce droit était possible. Mais, on objectera qu'à l'époque la grève n'était pas toujours perçue comme un droit mais plutôt comme un fait. S'il est vrai que dans la jurisprudence *Dehaene* le juge administratif ne fait pas explicitement mention de la notion de continuité du service public, du moins cette notion y transparaît-elle implicitement. De plus, on ne peut que remarquer la parenté évidente entre la décision du 25 juillet 1979 et l'arrêt *Dehaene*. Michel Paillet pense que « *Cette quasi-identité des formules n'est certainement pas le fruit du hasard : elle montre que pour promouvoir le principe de continuité, le Conseil constitutionnel a pris pour base la jurisprudence administrative, qui l'a, depuis longtemps, accueilli* »⁵⁷³.

386. – Un principe à valeur constitutionnelle. – Or justement, dans sa chronique de jurisprudence constitutionnelle tenue à la *Revue du droit public* de l'année 1978, le professeur Favoreu remarquait que le Conseil constitutionnel se mettait depuis quelque temps à utiliser l'expression de « principe à valeur constitutionnelle ». Et il écrivait que « *Le Conseil constitutionnel va désormais utiliser cette notion pour désigner, de manière générique, toutes les normes qui, sans être contenues dans le corps même de la Constitution ont rang constitutionnel. Cela comprend donc, à notre sens, les dispositions à contenu normatif de la Déclaration des Droits de l'Homme, du Préambule de 1946, les PFRLR*^[574], *et certains principes généraux du droit qui ne peuvent être rattachés à aucun texte, ou bien une émanation ou synthèse de ces diverses dispositions et principes lorsqu'il y a lieu à actualisation ou conciliation.* »⁵⁷⁵ Et il poursuivait en notant que si les

⁵⁷¹ LETOURNEUR (Maxime), « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *ECDE*, 1951, p. 29.

⁵⁷² JEANNEAU (Benoît), « La nature des principes généraux du droit en droit français », *Études de droit contemporain*, Paris, Cujas, 1962, T. XXIII, p. 209.

⁵⁷³ PAILLET (Michel), note sous Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *D.* 1980, p. 103.

⁵⁷⁴ PFRLR est l'abréviation de Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République.

⁵⁷⁵ FAVOREU (Louis), « 1977, année charnière : le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux », *R.D.P.* 1978, p. 840.

principes fondamentaux sont issus en principe des lois de la République ou de l'article 34 de la Constitution, en revanche, les « *principes généraux sont créés par le Juge, soit que le Conseil constitutionnel puise dans la jurisprudence administrative pour constitutionnaliser certains principes généraux, soit qu'il les crée de toutes pièces.* »⁵⁷⁶ Cette analyse prémonitoire ayant été confirmée par le juge constitutionnel, Louis Favoreu écrira en 1979, que dès lors, « *On peut se demander [...], si on n'est pas déjà passé au stade suivant de l'enrichissement du bloc de constitutionnalité : après les préambules, déclarations de droit, principe fondamental reconnu par les lois de la République, les principes dégagés même sans texte par le Conseil constitutionnel* »⁵⁷⁷.

387. – Une preuve de réalisme juridique. – En se fondant sur la jurisprudence administrative pour affirmer que le principe de continuité peut justifier certaines limites à l'exercice du droit de grève, le Conseil constitutionnel a tout simplement fait preuve de réalisme, comme l'avaient fait avant lui les juges judiciaires et administratifs.

B.- Un antidote à la conception absolutiste du droit de grève

388. – La neutralisation de la conception absolutiste du droit de grève. – Dans la mesure où le préambule de 1946 proclame le droit de grève, tout en réservant au législateur le soin de l'encadrer, le rôle du juge constitutionnel est de vérifier la constitutionnalité des lois relatives au droit de grève qui lui sont déférées. Par l'interprétation qu'il donne des règles constitutionnelles il encadre le pouvoir du législateur.

Dans l'hypothèse qui nous préoccupe, son rôle était de définir le cadre dans lequel le législateur pouvait réglementer et donc limiter l'exercice du droit constitutionnel de grève. Mais ce cadre qu'il définit, doit être de valeur constitutionnelle. Autrement dit, le Conseil constitutionnel ne peut pas utiliser des règles n'ayant pas de valeur constitutionnelle pour limiter le pouvoir législatif, car dans ce cas il abuserait de son propre pouvoir de juger. Précisément, lors de l'examen de la loi de 1979 sur la continuité du service public de la radio-télévision, il se trouvait confronté à une difficulté juridique majeure : en effet, comme on l'a déjà mentionné, si le droit de grève figurait bien dans un texte constitutionnel, le principe de continuité invoqué par le législateur pour limiter

⁵⁷⁶ FAVOREU (Louis), « 1977, année charnière : le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux », *R.D.P.* 1978, p. 841.

⁵⁷⁷ FAVOREU (Louis), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1978-1979 », *R.D.P.* 1979, p. 1713.

l'exercice du droit de grève était quant à lui difficilement rattachable à un texte constitutionnel précis. En déduire, comme la saisine, que le principe de continuité n'était pas constitutionnel et ne pouvait donc pas servir de base au pouvoir du législateur, c'était consacrer une vision absolutiste du droit de grève. Même teintée de « romantisme », celle-ci ne pouvait se concevoir dans un État de droit où aucun droit n'est absolu. Dès lors, seule la conciliation des droits et des intérêts était envisageable. Il fallait donc neutraliser le caractère absolu du droit de grève, tâche pour laquelle, dans l'hypothèse du service public, le principe de continuité était approprié. En l'occurrence, le nouveau principe constitutionnel « découvert » par le Conseil, ne l'est pas réellement, puisque ce principe existe déjà dans le droit jurisprudentiel du service public dégagé par le Conseil d'État. En réalité, le juge de la rue de Montpensier ne fait que « découvrir », en la consacrant, la valeur constitutionnelle de ce principe.

389. – La clarification du cadre constitutionnel du droit de grève. – Grâce à cette « découverte », le Conseil constitutionnel atteint son objectif qui consiste à réduire la portée du droit constitutionnel de grève. De ce point de vue, le professeur Jean-François Flauss explique que « *La neutralisation de la majeure constitutionnelle [i.e. : l'affirmation du droit de grève] peut aussi découler de l'existence d'un principe constitutionnel antidote « découvert » par le Conseil constitutionnel* »⁵⁷⁸.

Par cette même technique, le Conseil constitutionnel peut aussi invalider une disposition législative qui porterait excessivement atteinte à ce droit⁵⁷⁹. D'un côté comme de l'autre, on pouvait crier au « gouvernement des juges » ou au retour des « arrêts de règlement ». Mais, avec le recul dont on dispose aujourd'hui, le Conseil constitutionnel ne peut pas être soupçonné d'abuser de cette technique. En réalité, elle a permis de clarifier utilement le cadre constitutionnel dans lequel le droit de grève peut être réglementé.

⁵⁷⁸ FLAUSS (Jean-François), « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982, p. 654.

⁵⁷⁹ Dans la décision du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives déferées qui permettaient au président des sociétés de radio et de télévision de faire obstacle à l'exercice du droit de grève « *dans les cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnel ci-dessus rappelés* ».

§2.- La continuité du service public, limite constitutionnelle au pouvoir du législateur

390. – À la fin des années 1970, le droit de grève était timoré ; le principe de continuité n'était pas clairement affirmé sur le plan du droit, pourtant, législateur et gouvernement cherchaient à réglementer drastiquement l'exercice du droit de grève dans certains services publics. Le risque était grand d'aboutir à une suppression de fait du droit de grève dans certains de ces services, par les nombreuses contraintes posées par le législateur. De ce point de vue, la loi de 1964⁵⁸⁰ n'était qu'un avant-goût, d'une tendance qui pouvait se raffermir à l'avenir. Il était donc devenu important qu'une institution quasi-juridictionnelle telle que le Conseil constitutionnel puisse intervenir dans le débat et apporter des limites constitutionnelles à la réglementation du droit de grève par le législateur.

391. – Il semble donc que la contrainte imposée au législateur par le Conseil constitutionnel devenait indispensable (A.-). Toutefois, cette contrainte n'est pas très forte, et elle n'empêche pas de réglementer avec nombre de restriction, l'exercice du droit de grève dans les services publics (B.-).

A.- Une limite indispensable

392. – ***L'expérience législative d'encadrement du droit de grève.*** – Dès 1947, la loi réorganisant les Compagnies Républicaines de Sécurité⁵⁸¹ supprime par son article 6 le droit de grève et assimile toute cessation du service, concertée ou non, à un abandon de poste puni comme tel. De même, la loi du 28 septembre 1948 sur le statut des policiers dispose dans son article 2 que « *toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisé pourra être sanctionné en dehors des garanties disciplinaires* »⁵⁸², et ce, non sans avoir préalablement reconnu aux personnels policiers l'exercice du droit syndical. Enfin, la loi du 2 juillet 1964⁵⁸³ sur les contrôleurs aériens comporte aussi un article 2 bâti sur le même modèle que celui figurant dans la loi du 28

⁵⁸⁰ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne, *J.O.R.F.* du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au *J.O.R.F.* du 7 juillet 1964, p. 5979.

⁵⁸¹ Loi n°47-2384 du 27 décembre 1947 portant réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité, *J.O.R.F.* du 28 décembre 1947, p. 12494.

⁵⁸² Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, *J.O.R.F.* du 29 septembre 1948, p. 9532.

⁵⁸³ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne, *J.O.R.F.* du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au *J.O.R.F.* du 7 juillet 1964, p. 5979.

septembre 1948 précitée. Par ailleurs, il faut noter les deux ordonnances supprimant ou restreignant le droit de grève aux magistrats⁵⁸⁴, personnels pénitentiaires⁵⁸⁵, ainsi que les deux lois concernant les agents des transmissions du ministère de l'intérieur⁵⁸⁶ et les militaires⁵⁸⁷. Ce sont là des textes législatifs qui mettent en échec l'exercice du droit de grève pourtant constitutionnellement reconnu. À cet égard, la loi du 2 juillet 1964⁵⁸⁸ marque un tournant, dans le sens où elle est la première loi, et l'unique à ce jour, à avoir interdit le droit de grève à des personnels autres que ceux affectés à des services publics d'autorité et de sécurité publique. D'ailleurs, lors des débats parlementaires (écourtés il est vrai par le déclenchement de la procédure d'urgence et le vote bloqué au Sénat), plusieurs parlementaires de gauche mais aussi de centre-droit se sont publiquement alarmés, à l'époque, de voir se propager ce type de loi à l'égard d'autres personnels des services publics en réseaux, dans les secteurs de l'énergie électrique et gazière, du transport aérien, ferroviaire et dans l'administration des postes et télécommunications notamment. Ils y voyaient un « *fâcheux précédent* », et soupçonnaient le gouvernement dirigé par Georges Pompidou d'avoir comme secret dessein d'ouvrir un peu plus encore ultérieurement la brèche ainsi créée⁵⁸⁹.

393. – L'interdiction législative du droit de grève, techniquement possible. – De cette expérience législative, il ressort que le droit de grève, fut-il constitutionnel, n'est pas à l'abri d'une interdiction créée par la loi. Pourtant, certains pensaient, comme Marcel Waline, qu'en donnant une portée juridique au Préambule de 1946, le droit de grève se trouvait alors clairement revêtu d'une valeur constitutionnelle, « *de telle sorte que désormais, si le législateur peut en réglementer l'exercice, il ne peut aller jusqu'à le*

⁵⁸⁴ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *J.O.R.F.* du 23 décembre 1958, p. 11551.

⁵⁸⁵ Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 relative au statut spécial des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, *J.O.R.F.* du 7 août 1958, p. 7423.

⁵⁸⁶ Article 14 de la loi de finances rectificative pour 1968, n° 68-695 du 31 juillet 1968, *J.O.R.F.* du 2 août 1968, p. 7515.

⁵⁸⁷ Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, *J.O.R.F.* du 26 mars 2005, p. 5098. Cette loi est depuis 2007 codifiée dans le Code de la Défense ; l'article L. 4121-4 de ce code dispose que « *l'exercice du droit de grève est incompatible avec l'état militaire* ». Auparavant, on appliquait l'article 11 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, (*J.O.R.F.* du 14 juillet 1972, p. 7430), qui comportait une disposition rédigée dans des termes identiques.

⁵⁸⁸ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne, *J.O.R.F.* du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au *J.O.R.F.* du 7 juillet 1964, p. 5979.

⁵⁸⁹ Le sénateur Roger Lagrange déclarait ainsi le 23 juin 1964 : « *un Gouvernement peu respectueux des droits syndicaux ne manquera pas, demain, de se référer au texte qu'on nous demande de voter pour interdire toute cessation concertée de travail à d'autres catégories de la fonction publique. Il peut, dans l'esprit de ce texte, trouver de bonnes raisons d'interdire le droit de grève aux postiers, aux cheminots, aux agents d'EDF, à d'autres catégories encore. C'est toute la fonction publique et le secteur nationalisé qui peuvent ainsi se sentir menacés.* » Cf. : Sénat, Séance du 23 juin 1964, *J.O. Déb. (Sénat)*, 1964, p. 746.

supprimer complètement à l'égard d'une catégorie déterminée d'individus »⁵⁹⁰ Mais dès le début de la IV^e République, le professeur Charlier remarquait que « *Techniquement cela [la réglementation législative prévue par le Préambule] n'empêche pas même la loi d'aller, sous couleur de réglementation, jusqu'à sa suppression pratique, peut-être contre l'intention de la Constitution, mais en profitant de ce que les principes du Préambule ne sont pas sanctionnés contre la loi.* »⁵⁹¹ Cette affirmation datée de 1948 appelle deux remarques.

Premièrement, en ce qui concerne les intentions du constituant de 1946, on peut dire qu'elles sont et demeurent floues. Comme on l'a déjà dit, la formulation du 7^{ème} alinéa est très générale, notamment pour ce qui est de son champ d'application. Ainsi, il n'est pas possible de tirer argument, ni de ce texte, ni des débats ayant précédé son adoption, pour conclure que dans l'esprit du constituant le droit de grève pouvait être supprimé à certaines catégories d'agents. Mais, on ne peut conclure davantage le contraire.

Deuxièmement, l'absence de sanction du respect du texte constitutionnel par la loi a été levée depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971⁵⁹². Or, il résulte de la jurisprudence du Conseil de la rue de Montpensier, qu'« *il est loisible au législateur de définir les conditions d'exercice du droit de grève et de tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif* »⁵⁹³, sachant que « *que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays...* »⁵⁹⁴

394. – Un pouvoir d'interdiction limité. – Le Conseil constitutionnel reconnaît donc au législateur un pouvoir de réglementer le droit de grève pouvant aller jusqu'à l'interdiction de ce droit. Mais pour autant, il ne donne pas un blanc-seing absolu au

⁵⁹⁰ WALINE (Marcel), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, R.D.P. 1950, p. 698.

⁵⁹¹ CHARLIER (R.-E.), « Le droit constitutionnel de grève », J.C.P. 1948. I. 729.

⁵⁹² Cons. const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, J.O.R.F. du 18 juillet 1971, p. 7114 ; A.J.D.A. 1971, p 537, note Jean RIVERO ; GDCC, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., n°19, pp. 252 et suiv.

⁵⁹³ Cons. const., Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 7

⁵⁹⁴ Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Examen de la loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail.* – Cette position est réaffirmée depuis : Cons. const., Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 78. – Cons. const., Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 7.

législateur. Sauf à considérer, comme l'hypothèse avait été émise par certains juristes dans le courant des années 1970, que le droit de grève n'a pas véritablement de valeur constitutionnelle. Le professeur Jacques Robert avait pu penser un temps que la formule du préambule est une « *Formule prudente et ambiguë qui renvoie au législateur le soin de prendre les mesures nécessaires à un exercice "convenable" du droit proclamé, c'est-à-dire qui laisse ni plus ni moins le droit de grève à la discrétion du Parlement, donc qui le "déconstitutionnalise"* »⁵⁹⁵. Et comme le rappelle Marc Debène, certains parlementaires estimaient lors de l'examen de la loi relative à la grève dans le service public de la radio et de la télévision que le Préambule de 1946 est « *né de circonstances politiques exceptionnelles et inscrit dans un système juridique aujourd'hui périmé* » ; dès lors le droit de grève serait moins absolu voire constitutionnel qu'il n'y paraît⁵⁹⁶. Il y avait à l'époque une certaine désespérance chez certains juristes à observer un « *grignotage* »⁵⁹⁷ incessant de l'exercice du droit de grève dans les services publics, sans que rien ne semble entraver l'œuvre « destructrice »⁵⁹⁸ du législateur. Mais la décision du 25 juillet 1979 est venue mettre un terme à cette tentation du législateur, en réaffirmant que le droit de grève avait bien une valeur constitutionnelle. L'intervention du législateur n'est donc possible que dans ce cadre constitutionnel. Et s'il peut apporter des limites au droit de grève, c'est uniquement en fondant de telles limites sur d'autres principes à valeur constitutionnelle. Autrement dit, il résulte de la jurisprudence constitutionnelle que le législateur ne peut limiter le droit de grève qu'en vue de le concilier avec d'autres droits ou principes constitutionnels, parmi lesquels figure le principe de continuité du service public.

B.- Une limite souple

395. – Les apports de la jurisprudence constitutionnelle. – La jurisprudence constitutionnelle relative au droit de grève est peu étoffée en nombre de décisions rendues, mais elle aborde néanmoins les principaux points qui intéressent la conciliation entre droit de grève et continuité du service public : préavis, service minimum, réquisition, conséquences pécuniaires de la grève.

⁵⁹⁵ ROBERT (Jacques), obs. sous CE, Sect., 28 avril 1976, *Sieur Gorin*, R.D.P. 1976, p. 1322.

⁵⁹⁶ DEBÈNE (Marc), « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA* 1978, p. 531, citant : PERRUT (Francisque), Rapport législatif, Ass. nat., 1978, n° 900, p. 10.

⁵⁹⁷ LOSCHAK (Danièle), « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976, p. 58.

⁵⁹⁸ *Ibidem*

396. – La jurisprudence sur le préavis de grève. – En ce qui concerne le préavis de grève, le Conseil constitutionnel dit peu de chose, mais suffisamment pour valider le procédé. Face à une disposition législative qui se borne à réglementer les conditions dans lesquelles doit être déposé le préavis de grève, le Conseil juge que « *ce texte n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle.* »⁵⁹⁹ On en retient que la loi peut valablement instaurer une obligation de préavis et en réglementer les conditions de sa mise en œuvre. Indirectement, c'est la disposition phare de la loi du 31 juillet 1963 qui est « validée » *a posteriori*.

397. – La jurisprudence sur le service minimum. – Le service minimum a été abordé par le Conseil constitutionnel à propos des lois relatives au service public de la radio et de la télévision. Selon le Conseil, si le législateur peut instaurer un service minimum dans les cas où l'interdiction du droit de grève n'apparaît pas justifiée au regard du principe de continuité⁶⁰⁰, le service minimum ne doit pas avoir pour but de faire obstacle au droit de grève⁶⁰¹. Le Conseil censure en ce sens, les dispositions d'une loi qui impose, alors que l'interdiction du droit de grève ne peut pas être justifiée par la continuité du service, la continuation d'un service normal en cas de cessation du travail au lieu de mettre en place un simple service minimum, c'est-à-dire un service réduit par rapport à la normale⁶⁰². La position du Conseil est particulièrement intéressante pour la suite de notre réflexion. La conciliation entre la continuité du service public et le droit de grève, varie donc en intensité : la continuité peut justifier une interdiction pure et simple du droit de grève ; mais, si une telle interdiction n'est pas envisageable, la continuité peut également justifier l'instauration d'un service minimum. Or pour que celui-ci soit valable, il doit être plus réduit que le service normal. Dans quelle mesure doit-il être réduit ? Le Conseil ne le dit pas. Une chose est certaine, la limite supérieure consiste à ne pas faire échec au droit de grève.

Le service minimum oblige justement à désigner les personnels devant accomplir le service minimum. C'est à ce propos que la jurisprudence a pu évoquer rapidement la question de la réquisition. En effet, l'éclairage du Conseil fait suite à l'utilisation par le législateur du terme « requérir », qui prêtait le flanc à la critique de l'opposition qui y voyait en fait une « réquisition » vaguement déguisée. Le législateur

⁵⁹⁹ Cons. const., Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33, *op. cit.*

⁶⁰⁰ On retrouve cette idée exprimée dans la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, et dans la décision n° 86-217 du 18 septembre 1986.

⁶⁰¹ Cons. const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *op. cit.*

⁶⁰² Cons. const., décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *op. cit.*

avait en effet disposé que les directions des sociétés de programmes et de l'établissement public de diffusion pouvait « requérir » les personnels dont le concours peut être indispensable à l'exécution de la mission de service minimum qui est à la charge de chacune de ces sociétés et établissement. « Requérir » veut-il dire « réquisitionner » ? Pour le Conseil constitutionnel, « *il résulte clairement des débats parlementaires et des déclarations faites à cette occasion par le ministre de la culture et de la communication qu'en usant de ce terme la loi ne se réfère pas au droit de réquisition, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 7 janvier 1959 et des autres textes qui régissent ce droit* »⁶⁰³.

398. – La jurisprudence sur les conséquences pécuniaires de la grève. – Le conseil constitutionnel a enfin eu à connaître des conséquences pécuniaires de la grève dans les services publics. Bien que cette matière ne mette pas exclusivement en jeu le principe de continuité, celui-ci est néanmoins pris en compte ; indirectement si l'on considère que la menace pour les agents des services publics de voir leur rémunération amputée des jours de grève restreint leur velléité de grève et donc sauvegarde le fonctionnement normal du service ; directement si par ce moyen le législateur y voit un recours pour éviter des grèves répétées de courte durée. Dans sa décision du 30 juillet 1987⁶⁰⁴ qui aborde cette question, le Conseil devait examiner la constitutionnalité d'un article de loi issu d'un amendement du député Alain Lamassoure, qui souhaitait revenir à la règle du trentième indivisible⁶⁰⁵, et la généraliser pour tous les agents des services publics quels qu'ils soient, « *le législateur ayant alors décidé, dans le but de faire échec au recours répété à des grèves de courte durée, de revenir à un mécanisme de retenue forfaitaire portant sur l'intégralité de la journée de travail, même si la grève a été d'une durée moindre.* »⁶⁰⁶. Sur le principe, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *il appartient également au législateur de définir les conséquences pécuniaires aussi bien de l'absence de service fait ou de travail résultant d'une cessation concertée du travail que*

⁶⁰³ Cons. const., Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33, *op. cit.*.

⁶⁰⁴ Cons. const., Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 48 ; *J.O.R.F.* 29 juillet 1987, p. 8508 ; *R.F.D.A.* 1987, p. 807, note Bruno GENEVOIS.

⁶⁰⁵ L'article 2 de la loi du 19 octobre 1982 avait apporté une dérogation à la règle du « trentième indivisible », dans le cas des absences de service fait pour cessation concertée du travail. La retenue suivait les règles suivantes : 1/160^{ème} du traitement mensuel lorsque la grève n'a pas excédé une heure ; 1/50^{ème} du traitement mensuel lorsque la durée de la grève a dépassé une heure, sans excéder une demi-journée ; 1/30^{ème} du traitement mensuel lorsque la durée de la grève a dépassé une demi-journée, sans excéder une journée.

⁶⁰⁶ AZIBERT (Michel) et BOISDEFFRE (Martine, de), *Chronique sous CE*, 6 mai 1988, *Tinel*, req. n° 69.719, *A.J.D.A.* octobre 1988, p. 586.

de l'exécution partielle du travail ou du service, en prenant en considération notamment les règles comptables de liquidation de la rémunération des intéressés ainsi que les contraintes d'ordre pratique inhérentes tant aux modalités de détermination de la cessation du travail qu'au décompte de la durée de la grève, ainsi que l'incidence des grèves d'une durée inférieure à une journée sur le fonctionnement des services publics »⁶⁰⁷.

Toutefois, le Conseil constitutionnel opère une distinction entre les agents des services de l'État et de ses établissements publics à caractère administratif, et les agents des autres services publics. En ce qui concerne les premiers, il valide le principe du trentième indivisible, y voyant une mesure de comptabilité publique sans caractère de pénalité financière⁶⁰⁸. En revanche pour les seconds, si le Conseil admet qu'« *il appartient au législateur d'édicter les mesures qui lui paraissent à même, pour éviter le recours répété à des grèves de courte durée affectant anormalement le fonctionnement régulier des services publics, d'assurer une conciliation entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève est de nature à porter atteinte* »⁶⁰⁹, néanmoins il juge que « *le mécanisme de retenue automatique sur la rémunération des intéressés que le législateur a adopté à cette fin, par la généralité de 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* »⁶¹⁰. Par conséquent, suite à cette censure de l'article 89 de la loi n° 87-528 du 30 juillet 1987, la règle du trentième indivisible ne s'applique qu'aux agents des services publics administratifs. Pour les agents des services publics industriels et commerciaux, l'article 2 de la loi 19 octobre 1982 continue de s'appliquer ; l'actuel article L. 521-6 du Code du

⁶⁰⁷ Cons. const., Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 48, *op. cit.*, (cons. 8).

⁶⁰⁸ « *Considérant, en ce qui concerne les personnels de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif, que le mécanisme de retenue sur la rémunération, en cas d'interruption du service ou d'inexécution des obligations du service, qui n'est au demeurant pas limité au cas de grève, se réfère aux règles de la comptabilité publique relatives à la liquidation du traitement qui est dû à ces personnels après service fait ; qu'ainsi, la retenue sur traitement est une mesure de portée comptable et n'a pas, par elle-même, le caractère d'une pénalité financière ;* » Cons. const., Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *op. cit.*, (cons. 9).

⁶⁰⁹ Cons. const., Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, *op. cit.*, (cons. 11).

⁶¹⁰ *Ibid.*, (cons. 12).

travail y fait toujours référence. Cette décision a semble-t-il été favorablement accueillie par la doctrine⁶¹¹.

399. – *Propos conclusif du Chapitre 6* – La confrontation entre le principe de continuité du service public et le droit de grève a abouti à un équilibre qui permet d'envisager l'instauration de mesures contraignantes sur l'exercice du droit de grève en vue de garantir les aspects les plus fondamentaux du service public. La continuité du service public est devenue une limite légitime au droit de grève. Pourtant, lorsque l'on observe la réglementation du droit de grève, la mention de ce principe du service public n'apparaît pas toujours clairement.

⁶¹¹ AUTIN (Jean-Louis), « La grève dans les services publics – Rapport de synthèse », *R.F.D.A.* 1988, p. 845.

Chapitre 7.- La continuité, objectif inavoué de la réglementation du droit de grève

400. – Assurer la continuité dans la légalité. – En 1913, Jacques Helbronner, commissaire du gouvernement concluant sur l'affaire Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, affirmait qu'« en présence d'une grève générale des agents chargés de ce service [les chemins de fer], le gouvernement avait donc le droit et le devoir d'intervenir pour en assurer la continuité par tous les moyens légaux dont il pouvait disposer »⁶¹². Ce dernier point de l'assertion est capitale, car entre exigence de continuité et exigence de légalité, laquelle doit être privilégiée ? C'est-là une question qui s'est posée à plusieurs reprises, surtout avec l'avènement de la IV^e République, compte tenu du flou juridique entourant à la fois le principe de continuité et l'étendue du droit de grève.

401. – L'intervention du pouvoir réglementaire. – En effet, le préambule de 1946 prévoit que les règles entourant l'exercice du droit de grève doivent émaner du législateur. Mais la carence de celui-ci appelle l'intervention du pouvoir réglementaire, dans la mesure où la continuité du service public l'exige. Pourtant l'entremise du pouvoir réglementaire n'est prévue par aucun texte législatif ou constitutionnel. Autrement dit, alors que la constitution prévoit la compétence du législateur pour réglementer le droit de grève, c'est en réalité le pouvoir réglementaire qui se saisit de cette compétence. Fondamentalement la question est de savoir si dans l'exercice de cette compétence, le pouvoir réglementaire peut aller aussi loin que l'aurait fait le législateur.

402. – La reconnaissance du pouvoir réglementaire autonome. – Le juge administratif a facilement admis cet empiètement du pouvoir réglementaire sur le pouvoir législatif. Pour cela, il a fait application de sa jurisprudence relative au pouvoir autonome dont disposent les chefs de services administratifs (parmi lesquels les ministres) pour adopter toute réglementation utile au bon fonctionnement du service public. Cette jurisprudence résulte notamment de l'arrêt *Jamart* du Conseil d'État, en date du 7 février

⁶¹² HELBRONNER (Jacques), concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, S. 1914, III, p. 1 ; conclusions suivies de la note du professeur Maurice HAURIOU.

1936⁶¹³. Toutefois, cet arrêt reposait sur l'hypothèse où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire ; en ce sens, il s'agit bien d'un pouvoir autonome. Alors que dans le cas de figure qui nous préoccupe, l'hypothèse est quelque peu différente, puisqu'il ne s'agit pas uniquement de l'absence de dispositions législatives, mais de l'intervention du pouvoir réglementaire en lieu et place d'un pouvoir législatif accordé par la constitution mais jamais complètement exercé par le législateur. Cette immixtion du pouvoir réglementaire autonome dans le domaine législatif, en contradiction avec la constitution, a donc été validée par la jurisprudence administrative avec le célèbre arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950⁶¹⁴.

403. – L'arrêt Dehaene du 7 juillet 1950. – L'affaire *Dehaene* était des plus simples. En juillet 1948, un mouvement de grève s'était déclenché parmi les personnels fonctionnaires des préfectures. Or le ministre de l'Intérieur avait aussitôt décidé que tous les fonctionnaires d'autorité d'un grade égal ou supérieur à celui de chef de bureau seraient suspendus s'ils participaient à ce mouvement de grève. Certains de ceux qui firent grève et qui furent par la suite sanctionnés, avaient formé un recours contre cette sanction, en soutenant que, puisque l'exercice du droit de grève est reconnu par le préambule de la Constitution de 1946, il ne peut pas constituer une faute justifiant une sanction disciplinaire. Dans l'arrêt rendu sur cette affaire par l'Assemblée du contentieux le 7 juillet 1950, le Conseil d'État a considéré « *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 une modalité et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte* ». Et constatant l'absence de réglementation par la loi, le Conseil d'État poursuit son raisonnement, en affirmant que « *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 contraires 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*

⁶¹³ CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, *Rec.* p. 172 ; *S.* 1937. 3. 113, note Jean RIVERO ; GAJA, 2003, 14^e éd., Paris, Dalloz, n°51, p. 313.

⁶¹⁴ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *Rec.* p. 426 ; *R.D.P.* 1950, p. 691, concl. François GAZIER, note Marcel WALINE ; *Rev. adm.* 1950, p. 366, note Georges LIET-VEAUX ; *D.* 1950, p. 538, note André GERVAIS ; *Dr. soc.* 1950, concl. François GAZIER ; *S.* 1950.3.109, note J.D.V. ; *J.C.P.* 1950.II.5681, concl. François GAZIER ; GAJA, Paris, Dalloz, 2009, 17^{ème} éd., n° 63, p. 395.

contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ».

404. – Ainsi la jurisprudence ne fait pas explicitement référence à la notion de continuité du service public pour justifier certaines mesures réglementaires indispensables à sa préservation (Section 1.-). Ce qui n'empêche nullement que la continuité soit au moins partiellement assurée par de telles mesures émanant du pouvoir réglementaire (Section 2.-).

Section 1.- La continuité, fondement implicite de la réglementation

405. – Analysant la jurisprudence *Dehaene*, le commissaire du gouvernement Louis Bertrand expliquait à l'assemblée du contentieux du Conseil d'État en 1964 qu'il « *paraît résulter de cette jurisprudence que l'objet des mesures de réglementation de l'exercice du droit de grève est en définitive et dans tous les cas, le maintien de la continuité du service autant qu'il est nécessaire pour pourvoir aux exigences de l'ordre public. Cette dernière notion d'ordre public est d'ailleurs utilisée dans vos décisions, si bien que le pouvoir réglementaire du Ministre, tout en ayant pour objet la continuité du service, n'est pas ici sans parenté avec un pouvoir de police, et son usage se trouve soumis aux mêmes règles.* »⁶¹⁵ Il précisait que « *Dans le cas particulier des services industriels, le maintien de l'ordre public doit toutefois s'entendre notamment, à notre avis, comme la garantie de leur fonctionnement continu, dans des conditions convenables, au niveau minimum indispensable pour la satisfaction des besoins essentiels des usagers* »⁶¹⁶. Il ressort de cette analyse deux idées essentielles. Premièrement, l'ordre public est le fondement juridique qui légitime l'intervention du pouvoir réglementaire pour réglementer l'exercice du droit de grève dans les services publics (§1.-). Deuxièmement, la continuité du service public est le principal objet de ces réglementations sur le droit de grève, et le juge administratif admet qu'il en soit ainsi dès lors qu'elle recoupe les exigences de l'ordre public (§2.-).

⁶¹⁵ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, R.D.P. 1964, pp. 1214-1215.

⁶¹⁶ *Ibid*, p. 1219.

§ 1.- L'intervention du pouvoir réglementaire autonome fondée principalement sur le maintien de l'ordre public

406. – Le juge administratif valide l'intervention du pouvoir réglementaire autonome pour limiter le droit de grève. Cette validation s'opère sur le fondement du maintien de l'ordre public. Ce faisant, le juge contrôle les mesures adoptées par l'autorité compétente (A.-). Il vérifie notamment qu'elles répondent correctement aux objectifs qui lui sont assignés (B.-)

A.- La réglementation autonome sous le contrôle du juge

407. – **La justification du pouvoir réglementaire autonome.** – Si le Conseil d'État admet que le pouvoir réglementaire puisse adopter une réglementation spécifique du droit de grève dans les services publics, en lieu et place de la loi, c'est parce qu'il considère que le titulaire du pouvoir réglementaire (c'est-à-dire essentiellement le gouvernement⁶¹⁷) est responsable du bon fonctionnement des services publics. Cette idée fondamentale ne figure dans aucun texte, mais elle résulte de la jurisprudence rendue en la matière. C'est la même idée qui avait présidé à l'adoption de la jurisprudence *Jamart* en 1936. Bien évidemment, en posant une telle règle, le juge s'autorise un pouvoir de créer une norme qui n'existe pas dans le droit positif. Mais il ne fait preuve que de réalisme. Pourrait-on en effet se satisfaire d'une situation où le bon fonctionnement du service public serait tributaire de l'intervention du seul législateur ? La sauvegarde de l'intérêt général ne saurait l'admettre. Celle-ci suppose une certaine réactivité que le législateur n'a pas⁶¹⁸. Assurer le bon fonctionnement du service public, c'est tout simplement assurer la sauvegarde de l'intérêt général. Ceci justifie bien l'intervention du pouvoir réglementaire.

⁶¹⁷ Plus précisément le Premier ministre, qui « *exerce le pouvoir réglementaire* » en vertu de l'article 21 de la Constitution de 1958 ; mais les actes pris en vertu de ce pouvoir « *sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution* », selon l'article 22 de la même Constitution.

⁶¹⁸ Même s'il est vrai que l'on dispose de plusieurs exemples où la loi a été adoptée en une quinzaine de jours (Cf. : notamment l'adoption de la loi du 31 juillet 1963). Mais quinze jours, c'est encore trop long comparé à la rapidité avec laquelle peut agir le pouvoir réglementaire autonome. On remarque toutefois que la crise du contrat première embauche (CPE) a abouti à l'adoption d'une loi supprimant le dispositif du CPE adoptée définitivement en trois jours, entre le 11 et le 13 avril 2006. Cf. : Loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 *sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise*, *J.O.R.F.* du 22 avril 2006, texte 1/122.

408. – Le contrôle de proportionnalité. – Le droit de grève étant reconnu au niveau constitutionnel, les restrictions voire les interdictions apportées à ce droit par l'autorité réglementaire doivent être valablement justifiées. Comme le précisait le commissaire du gouvernement Jacques Fournier en 1960, « *c'est à l'administration de justifier que cette restriction était bien imposée par les nécessités du service. Les requêtes ne peuvent être rejetées que si une telle justification est apportée* »⁶¹⁹. Le juge administratif opère alors, non pas un contrôle normal qui vise à vérifier l'exacte adéquation entre les faits et la mesure prise, mais il opère un contrôle de proportionnalité. En effet, le juge est amené à vérifier la proportionnalité qui existe entre d'une part les mesures réglementaires adoptées et d'autre part l'objectif poursuivi par le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire l'évitement des troubles à l'ordre public. Ce contrôle de proportionnalité ne s'arrête pas à l'erreur manifeste d'appréciation. Rappelons que celle-ci est une erreur « *évidente* », « *qui pourrait être décelée par le simple bon sens* » ou « *qui dénature l'interprétation que fait l'administration de l'étendue des pouvoirs dont elle dispose* »⁶²⁰. De plus dans le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, « *sont corrigées les erreurs grossières commises par l'administration dans l'appréciation des faits, les décalages les plus flagrants entre les faits et les conséquences juridiques qui en ont été tirées par l'administration.* »⁶²¹ Or, concernant la réglementation du droit de grève, le juge va vérifier que les mesures adoptées par le titulaire du pouvoir réglementaire autonome, correspondent à ce qui était nécessaire pour éviter les troubles à l'ordre public. C'est donc un contrôle approfondi qui ne se limite pas à un examen sommaire des faits de l'espèce. Nous sommes ici dans l'hypothèse d'un contrôle maximum

Dans ses conclusions précitées, Louis Bertrand abordait l'idée du contrôle de proportionnalité en affirmant que « *la correspondance entre les mesures prises et l'objet du pouvoir à reconnaître est en effet, autant qu'une condition de légalité interne de l'acte, une condition de la compétence de son auteur* »⁶²². La notion d'ordre public est donc le point de référence pour opérer ce contrôle de proportionnalité.

⁶¹⁹ FOURNIER (Jacques), concl. sur CE, 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, Dr. soc. 1961, p. 103.

⁶²⁰ LONG (Marceau) et alii, obs. sous CE, Ass., 2 novembre 1973, SA « *Librairie François Maspero* », in GAJA, Dalloz, 2001, 13^{ème} éd., p. 640.

⁶²¹ RIHAL (Hervé), *Le juge administratif et la sécurité de l'emploi*, Thèse, Angers, dir. Laurent RICHER, 1991, p. 459.

⁶²² BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, R.D.P. 1964, p. 1219.

B.- Les objectifs affichés de la réglementation autonome

409. – Les deux objectifs de la réglementation autonome du droit de grève . –

Dès l'arrêt *Dehaene*, la sauvegarde de l'ordre public justifie l'intervention du pouvoir réglementaire en l'absence de dispositions législatives. Le Conseil d'État y jugeait que des limitations doivent être apportées au droit de grève « *en vue d'en éviter un usage abusif ou contraires aux nécessités de l'ordre public* »⁶²³. C'est là une constante jurisprudentielle que l'on retrouve depuis 1950 dans quasiment tous les arrêts rendus par le Conseil d'État en ce domaine. Cette formulation retenue par la haute juridiction administrative contient deux hypothèses : dans la première hypothèse, il s'agit d'éviter un usage abusif du droit de grève ; dans la seconde il s'agit d'éviter un usage du droit de grève qui soit contraire aux nécessités de l'ordre public.

410. – Articulation entre usage du droit de grève abusif et contraire à l'ordre public. – Loin de s'opposer, ces deux hypothèses s'articulent. Il convient en effet de remarquer qu'un usage abusif du droit de grève porte le plus souvent un trouble à l'ordre public.

Certes, en principe dans le secteur privé, un usage abusif du droit de grève peut porter simplement atteinte à l'organisation de l'entreprise sans déborder sur l'extérieur ou sur les personnes ; l'ordre public n'est alors pas atteint. On note à cet égard que la Cour de cassation contrôle le caractère abusif de l'exercice du droit de grève. Si tel est le cas, selon sa jurisprudence constante, la grève est illicite⁶²⁴. L'exercice abusif du droit de grève constitue une faute professionnelle, susceptible d'entraîner un licenciement pour ce motif. Selon une jurisprudence constante de la chambre sociale, « *si la faute lourde du salarié, au sens de l'article 4 de la loi du 11 février 1950, peut résulter d'un abus du droit de grève, elle ne rompt pas ipso facto le contrat de louage de services à durée indéterminée, mais constitue un motif de licenciement dispensant l'employeur du préavis et des indemnités ; et que, dès lors, il n'y a pas lieu de condamner le salarié dans une telle hypothèse, à des dommages-intérêts envers l'employeur pour rupture sans préavis* »⁶²⁵. De ce point de vue, l'usage abusif du droit de grève s'oppose bien évidemment à l'usage normal de celui-ci. Il est arrivé que la Cour de cassation

⁶²³ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, Rec. p. 426, précité.

⁶²⁴ Cass. soc., 13 décembre 1962, *Bard c./Société Ducellier-Bendix-Air-Equipement*, Dr. soc. 1963, p 226, obs. Jean SAVATIER.

⁶²⁵ Cass. soc., 5 avril 1957, *Larriot c./Port Autonome de Bordeaux*, J.C.P. éd. G. 1957. II. 10137.

considère que certains faits de grèves ne constituaient pas « l'usage normal du droit de grève » et elle en déduisait une faute justifiant un licenciement⁶²⁶.

Mais plus fondamentalement, dans les services publics, il semble qu'on puisse considérer qu'un usage abusif du droit de grève soit un usage contraire à l'ordre public. En effet, compte tenu de l'importance sociétale des services publics, ceux-ci contribuent à l'ordre public au sein de la société. Toute défaillance d'un service public, parce qu'elle ne lui permet plus de remplir son rôle – à savoir la satisfaction des besoins essentiels de la population –, risque de porter atteinte à l'ordre public. Les agents du service public contribuent par le respect de leurs devoirs professionnels à l'ordre public, puisqu'ils en assurent le bon fonctionnement. Si on peut leur admettre un droit de grève dans certaine limite, il est cependant évident que tout exercice abusif du droit grève entraînant un dysfonctionnement du service public, est contraire à l'ordre public.

411. – Les avantages de la notion d'ordre public. – De plus, nous remarquons que l'idée d'« usage contraire à l'ordre public » couvre un champ beaucoup plus vaste que celle d'« usage abusif » du droit de grève. Aussi est-ce sans doute la raison pour laquelle le Conseil d'État les distingue dans sa jurisprudence. Il existe des hypothèses où un usage normal du droit de grève génère néanmoins des troubles à l'ordre public, et ce particulièrement dans les services publics. En effet, une grève peut reposer sur des revendications professionnelles légitimes et être déclenchée dans les formes requises par la loi, tout en ayant des conséquences graves pouvant mettre en danger des biens ou des personnes à plus ou moins court terme. Auquel cas, l'ordre public est en cause sans que l'on puisse parler d'usage abusif au droit de grève. Dès lors qu'un tel usage normal du droit de grève est contraire aux nécessités de l'ordre public, le pouvoir réglementaire peut réglementer l'exercice de ce droit sur ce fondement. La plupart du temps, cela se traduit par l'adoption de mesures dont l'effet est d'assurer une relative continuité du service public en cause. En ce sens, la préservation de l'ordre public, fondement de l'intervention réglementaire, appelle la continuité du service public, laquelle est au fond l'objectif de cette intervention. Mais il ne s'agit pas d'assurer la continuité du service public pour elle-même ; il s'agit de n'assurer que la continuité nécessaire au maintien de l'ordre public. En ce sens, la notion d'ordre public utilisée par le juge a des effets plus restreints sur l'exercice du droit de grève. Néanmoins, on le voit, la continuité n'est pas absente du raisonnement. Elle constitue malgré tout, l'objectif principal de la réglementation.

⁶²⁶ Par exemple : Cass. soc., 7 janvier 1960, *Pequet c./ Société Duverdrey et Bloquel*, req. n° 58-40.695, *Bull. civ. IV*, n° 20, p. 17.

§ 2.- La continuité, objectif principal mais implicite de la réglementation autonome

412. – Placé sous le contrôle du juge, le pouvoir réglementaire autonome adopte des mesures dont le contenu évitera la censure du juge, grâce à l'adoption de motifs compatibles avec les critères de la jurisprudence. Or, nous voyons bien que depuis l'avènement de la IV^e République, le Conseil d'État est « quelque peu gêné aux entournures » lorsqu'il a à juger la légalité de mesures restrictives et limitative du droit de grève dans les services publics. Nul doute que le pouvoir réglementaire l'est tout autant, compte tenu des incertitudes juridiques qui pèsent sur la matière.

Aussi la continuité semble avoir disparu officiellement de la jurisprudence sur le droit de grève (A.-), sauf exception et récente évolution dont la portée semble toutefois être limitée (B.-).

A.- Le caractère implicite de l'objectif de continuité

413. – ***Une jurisprudence implicitement fondée sur la continuité du service.*** – Dans tous les cas de figure, ces mesures sont limitées par le fait qu'elles doivent juridiquement être fondées au regard des nécessités de l'ordre public et non au regard de l'exigence de la continuité du service. Le Conseil d'État ne fait jamais mention de la continuité du service public, sauf exception. Cependant, il est arrivé que des commissaires du gouvernement mentionnent l'exigence de continuité au soutien de la validation de telle ou telle mesure réglementaire. Ainsi, dès l'affaire *Dehaene*, François Gazier évoque-t-il le risque d'un « État à éclipse », donc d'un État au fonctionnement discontinu, pour justifier l'intervention du pouvoir réglementaire⁶²⁷. De même, Louis Bertrand appréciant les mesures prises par le pouvoir réglementaire ne les jugeait pas « *trop extensive par rapport à son objet, qui est d'assurer la continuité du service, laquelle se confond en l'espèce avec le maintien de l'ordre public* »⁶²⁸.

Il est vrai cependant qu'au début des années 1950, deux auteurs avaient noté et regretté l'absence de référence à la continuité du service public dans la jurisprudence

⁶²⁷ GAZIER (François), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, R.D.P. 1950, pp. 702-708.

⁶²⁸ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques Paul et Longin*, et sur CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, R.D.P. 1966, p. 333.

issue de l'arrêt *Dehaene*. André Gervais notait ainsi que si le juge administratif avait effectivement posé des exceptions au principe du droit de grève, « *nulle part il ne fait allusion à la continuité nécessaire du service public comme fondement de ces exceptions* »⁶²⁹. Plus tard, il écrira que la jurisprudence administrative a « répudié » le principe général du droit de continuité du service public⁶³⁰. Et Jean Rivero pensera de même, mettant bien en relief tout à la fois l'absence de la notion de continuité du service public dans le Préambule et dans les motifs de l'arrêt *Dehaene*⁶³¹.

414. – La prise en charge partielle de la continuité par l'ordre public. – En réalité, l'absence de référence au principe de continuité n'est qu'apparente. En effet, il est manifeste, d'après ce qui précède, que la notion d'ordre public est parfaitement capable de prendre en charge l'exigence de continuité du service public. Bien sûr, cette prise en charge est plus restreinte que si le respect de la continuité était imposé par la loi. Si bien que seule la continuité du service jugée indispensable au maintien de l'ordre public pourra être préservée par le pouvoir réglementaire. Dans cette perspective, bien que restrictive, la prise en charge du principe de continuité par la notion d'ordre public est au moins suffisante pour préserver l'essentiel du service public.

B.- Faut-il expliciter l'objectif de continuité ?

415. – Il arrive que la jurisprudence rende explicite l'objectif de continuité inhérent à toute réglementation du droit de grève dans les services publics. Pour le moment cela se rencontre rarement. C'est le cas néanmoins de *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin* du 18 janvier 1980 (1.-). C'est le cas également de décisions plus récentes qui marquent peut-être une évolution plus durable en ce sens (2.-).

⁶²⁹ GERVAIS (André), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, D. 1950, p. 541.

⁶³⁰ GERVAIS (André), note sous Cass., civ., sect. soc., 27 janvier 1956, *Blanc c./SNCF*, D. 1956, p. 485.

⁶³¹ RIVERO (Jean), « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'État », note sous CE, Sect., 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices*, Dr. soc. 1951, p. 594.

1.- L'arrêt Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin

416. – L'exception de l'arrêt du 18 janvier 1980. – Un seul arrêt du Conseil d'État a fait explicitement référence à la continuité du service public dans sa motivation, il s'agit d'un arrêt du 18 janvier 1980⁶³². Le Conseil d'État y considère « *qu'il incombe 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* »⁶³³. Contrairement à sa jurisprudence constante depuis 1950, la haute juridiction administrative justifie dans cet arrêt les mesures réglementant le droit de grève par la nécessité d'assurer la continuité du service public. Nous sommes alors loin apparemment des nécessités de l'ordre public.

417. – Une exception qui au fond ne change rien. – Mais très justement, le professeur Philippe Terneyre a fait remarquer⁶³⁴ que cette référence n'ajoutait rien au fond, car les mesures réglementaires validées par le juge sur ce fondement, sont de nature identique à celles qui pouvaient intervenir au regard de la traditionnelle jurisprudence *Dehaene*. Dès lors, on peut analyser cet arrêt isolé de la façon suivante : de 1946 à 1979, face au droit constitutionnel de grève, le Conseil d'État s'est trouvé démuné pour imposer la continuité du service public en tant que telle. Il était difficile de savoir quelle pouvait être la valeur véritable de ce principe. C'est pourquoi, la référence à l'ordre public a semblé beaucoup plus sûre juridiquement parlant. Lorsque le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle du principe de continuité, sans doute le juge administratif s'est-il soudain vu autorisé à utiliser ce principe face au droit de grève, c'est ce qu'il fait dans l'arrêt du 18 janvier 1980, immédiatement postérieur à la décision du Conseil constitutionnel. Mais, ce faisant, le juge administratif a pu prendre du recul par rapport à sa jurisprudence *Dehaene* et s'apercevoir de la souplesse de la notion d'ordre public pour contrôler la réglementation supplétive du droit de grève par le gouvernement. Souplesse que n'a pas la notion de continuité du service public. Dans ces conditions, seule la loi peut utilement assurer la continuité du service public. La réglementation ne le fera que par incidence, à travers le maintien de l'ordre public.

⁶³² CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *Rec.* p. 30 ; *D.* 1980, IR, p. 302, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *J.C.P.* 1980, II, 19450, note Élisabeth ZOLLER ; *A.J.D.A.* 1980, p. 99, chron. Yves ROBINEAU et Marc-André FEFFER ; *Rev. adm.* 1980, p. 606, obs. BIENVENU et RIALS.

⁶³³ *Idem.*

⁶³⁴ TERNEYRE (Philippe), « Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève ? », *Dr. soc.* 1989, p. 806.

418. – L’effet neutre de la décision 79-105 DC. – De plus, même si la décision du 25 juillet 1979⁶³⁵ n’a pas anéanti la jurisprudence administrative qui la précédait – contrairement à ce que pensaient certains auteurs à l’époque –, elle a redoré le blason de la loi, celle-ci n’attendant que le courage politique pour définir des mesures propres à concilier droit de grève et continuité du service public. Le pouvoir réglementaire, toujours autorisé à intervenir en l’absence de loi, ne peut plus faire comme si le législateur ne pouvait pas intervenir. Il ne peut donc s’ériger en législateur de substitution. Or pour contrôler de plus près ce pouvoir réglementaire, le Conseil d’État devait conserver un outil de contrôle de légalité adapté. C’est la raison pour laquelle il a préféré conserver par la suite la référence aux nécessités de l’ordre public plutôt que de camper sur la position acquise avec l’arrêt du 18 janvier 1980.

2.- Les récentes évolutions de la jurisprudence

419. – Il ne faut cependant pas estimer que l’état de la jurisprudence en la matière serait irrémédiablement figé. Trois affaires méritent quelques développements, il s’agit de l’arrêt *Onesto*⁶³⁶, de deux ordonnances du juge des référés du Conseil d’État en dates des 7 et 15 juillet 2009⁶³⁷ et d’un arrêt de l’Assemblée du contentieux en date du 12 avril 2013⁶³⁸.

⁶³⁵ Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail, *Rec.* p. 33 ; *A.J.D.A.* 1979, n°9, p. 46 ; *R.D.P.* 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; *Cahier du CFPC*, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; *D.* 1980, p. 333, note Léo HAMON ; *Rev. adm. de L’Est de la France*, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; *D.* 1980, p. 101, note PAILLET ; *A.J.D.A.* 1980, p. 191, note LEGRAND ; *J.C.P.* éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Dr. soc.* 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.

⁶³⁶ CE, 8 mars 2006, req. n° 278999, *MM. Onesto et autres*, *A.J.F.P.* 2006, p. 206, concl. Rémi KELLER ; *J.C.P. éd. Social* 2006, p. 34, n° 1316, note Bernard GAURIAU.

⁶³⁷ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY. – CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁶³⁸ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS, concl. Frédéric ALADJIDI.

420. – L'arrêt Onesto du 8 mars 2006. – Dans l'arrêt *Onesto*, le Conseil d'État opère une articulation entre les critères traditionnels posés dans l'arrêt *Dehaene* et le principe de continuité du service public.

Dans un premier considérant, le Conseil d'État rappelle le principe posé dans l'arrêt *Dehaene* : « *considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, 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 ; qu'en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution, 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* »⁶³⁹. Puis, le Conseil fonde la compétence des dirigeants de la RATP : « *considérant que si, en l'état de la législation, il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limites pour les services placés sous son autorité, seuls les organes dirigeants d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer ces limitations pour les services publics dont ils sont chargés* »⁶⁴⁰. Jusque-là, le dispositif de l'arrêt *Onesto*, ne modifie rien à ce qui avait été posé par l'arrêt *Dehaene* et développé par les jurisprudences qui ont suivis. Sont rappelés les objectifs de la réglementation « *éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* » du droit de grève, et la détermination des autorités compétentes, à savoir ici les organes dirigeants de l'établissement public et non le gouvernement qui reste compétent pour les seuls services publics directement placés sous sa responsabilité.

La surprise vient du quatrième considérant de cet arrêt. Il y est affirmé que « *s'il appartient aux organes dirigeants de la RATP de garantir, indépendamment de l'obligation de préavis résultant de l'article L. 521-3 du code du travail, l'effectivité du principe fondamental de la continuité du service public des transports collectifs dans l'agglomération parisienne qu'assure la RATP et de prendre toutes les mesures, permanentes ou temporaires, nécessaires à cette fin, il ne résulte pas de ce principe*

⁶³⁹ CE, 8 mars 2006, req. n° 278999, *MM. Onesto et autres*, A.J.F.P. 2006, p. 206, concl. Rémi KELLER ; J.C.P. éd. Social 2006, p. 34, n° 1316, note Bernard GAURIAU.

⁶⁴⁰ *Idem*.

qu'ils seraient tenus d'édicter à tout moment une réglementation du droit de grève »⁶⁴¹. Le Conseil d'État affirme donc que les organes dirigeants d'un service public personnalisé doivent garantir l'effectivité du principe fondamental de continuité du service public. Pour autant, ce principe ne les autorisent pas à adopter à tout moment une réglementation du droit de grève. Autrement dit, le principe affirmé est aussitôt mis en échec, afin de préserver l'équilibre sus-rappelé : il n'y a d'intervention possible du pouvoir réglementaire qu'en vue d'éviter un usage du droit de grève abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. Il n'y a donc aucune novation profonde dans cet arrêt. Néanmoins, il fait clairement apparaître que la continuité du service public peut être un objectif de la réglementation du droit de grève.

421. – Les ordonnances de référé de juillet 2009. – Plus frappante est la rédaction qui figure dans les deux ordonnances de référé de juillet 2009 et qui marque peut-être une évolution plus nette vers une articulation entre les objectifs divers. Ces deux ordonnances comportent un considérant principal rédigé de la sorte : « *Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ; qu'en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution, 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'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; que les organes de direction d'une société chargée de service public, telle qu'EDF par la loi du 10 février 2000, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, d'une part définissent les domaines dans lesquels la sécurité, la continuité du service public doivent être assurées en toutes circonstances et déterminent les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans la société en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »⁶⁴². La première partie de ce considérant se situe directement dans le sillage de l'arrêt *Dehaene*. La deuxième partie de ce considérant est, elle, plus novatrice. En effet, il est affirmé que les organes dirigeants d'un organisme chargé de service public qui détiennent « *des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité* », définissent deux choses en parallèle. Premièrement, ils « *définissent les domaines dans lesquels la sécurité, la continuité du service public doivent être assurées en toutes circonstances* » ;*

⁶⁴¹ CE, 8 mars 2006, req. n° 278999, *MM. Onesto et autres, op. cit.*

⁶⁴² CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B., R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY. – CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF, R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

deuxièmement, ils définissent « *les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans la société en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* ». Pour le juge, il semble cette fois que la continuité ne soit pas la dernière roue du carrosse. Ni d'ailleurs la sécurité du service public, qui est mise en avant dans cet arrêt. Bien au contraire, la continuité du service public est le point de départ de l'action du pouvoir réglementaire autonome. Il appartient à l'organe qui en est titulaire de définir les contours de la continuité du service, notamment, en ce qu'elle est ou non assurée en toutes circonstances. Ensuite, il peut réglementer le droit de grève, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public. Ce qui veut dire, si l'on comprend bien la logique du Conseil d'État que la détermination des éléments de la continuité du service public participe à la définition de l'ordre public. Au fond cela est comparable à ce que nous évoquions précédemment quant à l'importance sociétale des services publics ; la continuité de ceux-ci est tout aussi d'importance sociétale, puisqu'elle leur est consubstantielle⁶⁴³.

422. – Le devenir des récentes évolutions de la jurisprudence. – L'inflexion ainsi marquée de la jurisprudence *Dehaene* nous semble cohérente et ne lâche rien des avantages signalés de critère de l'ordre public. Toutefois l'évolution constatée dans ces deux ordonnances de référé de juillet 2009 n'ont pas « fait » jurisprudence. L'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013⁶⁴⁴ qui statua au fond sur ce même dossier, se refuse d'employer l'expression « continuité du service public ». Cependant, l'idée est bien présente lorsqu'il reconnaît la compétence aux organes dirigeants de la société EDF de réglementer le droit de grève des agents « *dont la présence à leur poste était indispensable au redémarrage des réacteurs dont l'interruption prolongée du fonctionnement aurait porté atteinte aux besoins essentiels du pays* »⁶⁴⁵. Pourtant, rendre enfin visible l'objectif de la continuité du service public parmi les objectifs que doit avoir toute réglementation du droit de grève dans les services publics nous semblerait être une avancée. Cela éviterait de rester dans le faux-semblant de l'arrêt *Dehaene*, faux-semblant dont on comprend l'origine, mais dont on ne comprend pas pourquoi il perdure depuis la décision 79-105 DC du Conseil constitutionnel.

Au fond, si l'objectif de toute réglementation en la matière est bien d'assurer la continuité de services publics dont on ne saurait admettre qu'ils fonctionnent « à

⁶⁴³ Cf. : *Supra*, Introduction générale.

⁶⁴⁴ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *op. cit.*

⁶⁴⁵ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *op. cit.*, cons. n°8.

éclipse », le niveau d'intensité de la continuité qui doit être préservé est celui qui garantit le maintien de l'ordre public. Incontestablement, la continuité du service public est l'objectif principal de l'intervention du pouvoir réglementaire. Par ailleurs, ceci n'exclut pas ponctuellement que d'autres objectifs soient recherchés. Ainsi, la réglementation du droit de grève par les autorités administratives peut avoir pour objectif d'assurer la sécurité et la sauvegarde des installations, ou encore d'assurer une meilleure prévisibilité des effets du conflit sur le service, ou même d'éviter une désorganisation complète du service. Par un biais ou par un autre, l'ensemble de ces mesures peut être rattaché à l'exigence de continuité du service public.

Section 2.- La continuité partiellement assurée par les mesures réglementaires relatives au droit de grève

423. – Motivant sa réglementation du droit de grève sur la nécessité d'en prévenir un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public, le pouvoir réglementaire prend en réalité des mesures qui tendent le plus souvent à assurer la continuité du service public (quand bien même l'expression n'est pas employée). Il s'agit donc de prévenir une interruption du service public, et pour cela, les mesures adoptées peuvent être répertoriées en deux grandes catégories. Tout d'abord, il y a les mesures visant à apporter des restrictions à l'exercice du droit de grève (§1.-). Ensuite, on trouve les mesures visant à interdire l'exercice de ce droit (§2.-).

§ 1.- Les mesures réglementaires tendant à restreindre l'exercice du droit de grève

424. – Dès 1950, le gouvernement est intervenu pour réglementer le droit de grève dans les services publics en réseaux. Il a adopté ainsi un certain nombre de mesures restrictives du droit de grève, tels le déclenchement de la grève émanant obligatoirement d'un syndicat, l'obligation de décider un tel déclenchement de grève à l'échelon national, ou encore l'obligation de préavis, l'interdiction faite aux grévistes d'occuper les locaux administratifs et d'établir des piquets de grève à l'entrée de ces locaux. Ces mesures, loin d'être générales et absolues, pouvaient uniquement concerner certains secteurs. Il convient donc de présenter ces mesures (A.-), qui aujourd'hui présentent un aspect plus

historique qu'opérationnel, puisqu'elles ne seraient pour la plupart d'entre elles pas envisageables en l'état actuel de la législation (B.-).

A.- Les différentes mesures adoptées

425. – Les mesures qui ont été adoptées par le pouvoir réglementaire autonome depuis le début de IV^e République en vue de restreindre l'exercice du droit de grève, concernaient le déclenchement de la grève (1.-), l'obligation de préavis (2.-), le non-paiement des heures de grève et cherchaient à préserver la liberté du travail des non-grévistes (3.-).

1.- Le déclenchement de la grève

426. – L'initiative nationale de la grève. – La première intervention significative en la matière est celle de Monsieur Christian Pineau, ministre des transports, qui, par une lettre adressée le 24 janvier 1950⁶⁴⁶ au président de la SNCF, impose deux règles relatives à l'exercice du droit de grève au sein de l'entreprise nationale. Premièrement, pour qu'un arrêt collectif soit valablement déclenché, il doit être décidé sous la responsabilité d'une organisation syndicale reconnue. Deuxièmement, l'ordre de grève ou la consultation du personnel qui le décide ne sont valables que si l'initiative en a été prise au niveau national. C'était là, pour le ministre des transports de l'époque, deux conditions cumulatives de la licéité des mouvements collectifs au sein de l'entreprise ferroviaire. Tout arrêt de travail qui ne respectait pas ces deux conditions devait être considéré selon le ministre, comme un acte individuel ayant le caractère de faute de service. Les sanctions individuelles pouvaient être prises par l'entreprise sur le fondement de l'article 58 de la convention collective du personnel de la SNCF. La lettre fixait l'entrée en vigueur de ce système au 1^{er} février 1950.

427. – La position critiquable de la Cour de cassation. – Du fait de l'absence de recours en excès de pouvoir dirigé contre cette lettre ministérielle, le Conseil d'État ne

⁶⁴⁶ Lettre de M. Christian Pineau, ministre des travaux publics, des transports et du tourisme, à M. le président du conseil d'administration de la SNCF, en date du 24 janvier 1950, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. René Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 737.

s'était pas prononcé sur la légalité de ce texte et donc sur la question préalable de savoir si cette lettre était un acte administratif réglementaire susceptible d'un tel recours. En revanche, la Cour de cassation avait été tardivement saisie d'un pourvoi relatif à l'application de ce texte. Mais sa position est ambiguë. Dans un arrêt du 2 mars 1960⁶⁴⁷, la Cour de cassation considère dans un premier temps que cette lettre « *ne constituait pas un acte administratif à caractère réglementaire* » ; puis dans un second temps, elle estime que « *ses dispositions ne pouvaient en tout cas, recevoir application, lorsqu'il n'y avait eu, comme en l'espèce, aucune atteinte à cette continuité, aucun abus du droit de grève* ». C'est là une contradiction dans le raisonnement de la Cour. De deux choses l'une, soit la lettre du ministre n'est pas un acte réglementaire auquel cas il ne sert à rien de chercher à l'appliquer, soit c'est un acte réglementaire auquel cas elle doit être appliquée avec justesse. Or sur ce point, envisageant une possible application, la Cour en limite la portée aux cas où il y aurait eu atteinte à la continuité voir abus du droit de grève. Ces limites ne figurent pas dans la lettre ministérielle ; celle-ci visait simplement à éviter de porter trop facilement atteinte à la continuité du service, en imposant des conditions au déclenchement des mouvements de grève. En réalité, la Cour aurait dû voir dans cette lettre, l'équivalent d'une circulaire réglementaire.

428. – L'invalidation par le Conseil d'État. – D'ailleurs, c'est une telle circulaire qui sera adoptée onze ans plus tard, le 17 octobre 1961, par le secrétaire d'État aux transports, pour réglementer de nouveau l'exercice du droit de grève à la SNCF. Cette circulaire considérait que toute grève locale devait faire l'objet « *d'un concert préalable à l'échelon national* ». Cette dernière mesure est du même ordre que celle prévue par la lettre précitée du 24 janvier 1950. Or, saisi cette fois-ci d'un recours, le Conseil d'État, dans un arrêt du 23 octobre 1964⁶⁴⁸ rendu par l'Assemblée du contentieux, considère que ce concert préalable à l'échelon national est illégal. Il juge en effet que les « *cessations locales du travail des agents de la Société nationale des chemins de fer français ne sauraient, du seul fait qu'elles ne résultent pas d'un concert préalable à l'échelon national, être regardées comme désorganisant le service public des chemins de fer* ». Autrement dit, le Conseil d'État veille à ce que le pouvoir réglementaire ne puisse pas restreindre, au point de le rendre quasi-impossible, l'exercice du droit de grève. S'il est en effet, du devoir du pouvoir réglementaire de veiller à ce que le service public ne soit pas désorganisé, et donc frappé de discontinuité, il ne peut pas le faire par

⁶⁴⁷ Cass. soc., 2 mars 1960, *SNCF c./Guerre, Dr. soc.* 1960, p. 421, note H. F.

⁶⁴⁸ CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, req. n° 56.194, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; *R.D.P.* 1965, p. 700, note Marcel WALINE.

des moyens qui rendent impossible l'exercice du droit de grève. Le juge se place donc toujours dans une logique de conciliation entre objectif de continuité du service public et exercice du droit de grève.

2.- L'obligation du préavis

429. – L'obligation de préavis validée par le Conseil d'État. – Par ailleurs, la circulaire susmentionnée du 17 octobre 1961, fixait notamment un délai de préavis de cinq jours pour le personnel affecté à la sécurité des convois et des personnes. Dans sa décision précitée du 23 octobre 1964⁶⁴⁹, le Conseil d'État a validé cette disposition.

430. – Des exemples antérieurs d'obligation de préavis. – L'idée d'un préavis d'origine réglementaire existait en réalité depuis la circulaire du 14 mars 1956⁶⁵⁰ prise par Guy Mollet, président du conseil, qui venait compléter la circulaire de son prédécesseur Pierre Mendès-France datant du 25 septembre 1954⁶⁵¹. Ces deux circulaires portaient sur le fonctionnement des services publics essentiels en cas de grève. Guy Mollet considérait en effet que dans les services publics qui ne peuvent pas s'arrêter brusquement (mais il n'en dresse pas la liste lui-même), un délai de préavis doit être respecté par les agents de ces services, sous peine de sanctions pour faute professionnelle. Il laisse le soin à chaque ministre de fixer la durée de ce délai, de façon à ce que ce délai soit compatible avec les exigences de la sécurité. C'est ainsi que le secrétaire d'État aux transports, avait, par un arrêté du 28 mars 1956⁶⁵², imposé le

⁶⁴⁹ CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, req. n° 56.194, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; *R.D.P.* 1965, p. 700, note Marcel WALINE.

⁶⁵⁰ Circulaire de M. Guy Mollet, président du conseil, en date du 14 mars 1956, sur les mesures propres à assurer la marche des services publics essentiels en cas de grève, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. René Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 736.

⁶⁵¹ Circulaire de M. Pierre Mendès-France, président du conseil, en date du 25 septembre 1954, sur les mesures propres à assurer la marche des services publics essentiels en cas de grève, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. René Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 736.

⁶⁵² Arrêté du 28 mars 1956, du secrétaire d'État aux travaux publics, aux transports et au tourisme, fixant les dispositions applicables aux personnels affectés à des services intéressant directement la sécurité aérienne, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le

respect d'un délai de préavis à certains personnels du contrôle de la navigation aérienne⁶⁵³. Or cette mesure avait été validée par le Conseil d'État dans un arrêt du 26 octobre 1960⁶⁵⁴.

3.- Les autres mesures

431. – Enfin, dans la circulaire susmentionnée du 25 septembre 1954, Pierre Mendès-France avait pris des mesures pour assurer la liberté du travail des non-grévistes, à savoir l'interdiction d'occuper les locaux administratifs, ainsi que l'interdiction des piquets de grève à l'entrée de ces locaux, et ce sous peine de sanction disciplinaire. De même d'ailleurs, avait-il réaffirmé le principe du non-paiement des jours de grève.

B.- Des mesures devenues inenvisageables à notre époque

432. – ***Des mesures entrant dans le champ de la loi.*** – Mais il faut noter que cette jurisprudence du Conseil d'État qui admettait que le pouvoir réglementaire pût imposer le respect d'un préavis s'appliquait à des situations antérieures à l'adoption de la loi du 31 juillet 1963⁶⁵⁵. Aujourd'hui, le pouvoir réglementaire autonome ne pourrait plus adopter de telles mesures restrictives. Car ces mesures prises dans les années 1950 ont inspiré la loi du 31 juillet 1963, et celle-ci s'oppose à ce qu'une réglementation survienne à sa place. N'oublions pas que le Conseil d'État admet l'intervention du pouvoir réglementaire en tenant compte du cadre législatif existant. Il a toujours considéré que la législation qui est intervenue depuis 1946 n'est que sectorielle ou partielle. Si bien que selon lui, il existe une marge d'intervention pour le pouvoir réglementaire, sachant que cette intervention a pour objectif de combler les vides législatifs. Dès lors que la loi de juillet 1963 comporte un certain nombre de prescription pour l'exercice du droit de grève, aucune réglementation autonome ne peut normalement intervenir dans ce domaine. Il en irait de même pour toute réglementation autonome

projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 736.

⁶⁵³ Il s'agit des personnels autres que ceux qui se sont vu interdire l'exercice du droit de grève par la même circulaire.

⁶⁵⁴ CE, Ass., 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, req. n° 38367 et 38368, *Rec. p. 567* ; *Dr. soc.* 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; *A.J.D.A.* 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

⁶⁵⁵ Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 *relative à certaines modalités de la grève dans les services publics*, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

visant à mettre en place un service minimum dans un service de transport public terrestre de voyageurs. La loi du 21 août 2007, organisent les modalités d'un tel service minimum, et dès lors le pouvoir réglementaire autonome ne peut intervenir dans ce domaine que dans le respect de cette loi. On ne peut d'ailleurs plus à ce stade parler de pouvoir réglementaire autonome, puisque l'habilitation est donnée par la loi aux organes dirigeants de ces entreprises. En revanche, dans tout autre secteur de réseaux, le pouvoir réglementaire autonome reste compétent pour mettre en œuvre, s'il l'estime fondé, un tel service minimum. Mais dans ce cas, il s'agit principalement de mesures qui visent à l'interdiction du droit de grève⁶⁵⁶.

433. – La possibilité de mettre en œuvre des dispositions législatives. – Nous constatons qu'aujourd'hui le pouvoir réglementaire autonome ne vise plus à édicter de telles conditions de déclenchement de la grève. Lorsque la réglementation autonome intervient sur ces points, c'est pour adopter des dispositions qui mettent en œuvre des prescriptions législatives relatives à ces conditions de déclenchement de la grève. Ainsi par exemple, une réglementation interne à la RATP a pu organiser les modalités de prévenance par les salariés de l'entreprise de leur intention de participer ou non à une grève, comme les y oblige la loi du 21 août 2007⁶⁵⁷. D'une façon générale, il est de plus en plus rarement question dans la réglementation autonome de telles mesures restrictives du droit de grève à moins donc qu'elles ne visent qu'à appliquer des dispositions législatives. En revanche, en ce qui concerne les mesures d'interdiction du droit de grève, la situation est toute autre, le pouvoir réglementaire y tient une place prépondérante.

⁶⁵⁶ Cf. : *Infra*, § 2.

⁶⁵⁷ CE, ord. réf., 28 janvier 2009, req. n° 324433, *Syndicat SUD-RATP*, inédit. Selon cette décision qui ne statue pas au fond, « la note d'information du 14 janvier 2009 dont la suspension est demandée, la direction de la RATP a fait savoir aux agents qu'un serveur vocal et un dispositif informatique leur permettant d'effectuer, de consulter ou d'annuler une déclaration préalable d'intention de participer à une grève étaient mis en place et qu'à compter du 15 janvier, toute déclaration sur le fondement du II de l'article 5 de la loi du 21 août 2007 devrait être obligatoirement effectuée par l'un ou l'autre de ces moyens ; que, compte tenu de l'intérêt qui s'attache pour l'établissement à une centralisation simple et rapide des déclarations en vue de l'organisation du plan de transport en faveur des usagers, la limitation des modalités selon lesquelles les agents de la RATP doivent effectuer la déclaration à des procédés dont il ne ressort pas du dossier qu'ils seraient inappropriés ou difficiles d'accès, ne porte pas aux intérêts défendus par le syndicat requérant une atteinte suffisamment grave et immédiate pour que la suspension demandée revête un caractère d'urgence ».

§ 2.- Les mesures réglementaires tendant à interdire l'exercice du droit de grève

434. – Les simples mesures restrictives à l'égard du droit de grève sont parfois insuffisantes à assurer la préservation de l'ordre public. Sur ce fondement, le pouvoir réglementaire est donc tenté d'adopter des mesures, non plus seulement restrictives mais qui interdisent l'exercice du droit de grève. Il convient donc d'examiner les conditions de la légalité de telles mesures d'interdiction du droit de grève (A.-). Puis nous exposerons les hypothèses, assez restreintes, dans lesquelles de telles mesures sont possibles (B.-).

A.- Les conditions de légalité des mesures d'interdiction du droit de grève

435. – Les limites des mesures d'interdiction. – Ayant pour effet de maintenir à leurs postes les agents susceptibles de participer à une cessation concertée du travail, de telles mesures d'interdiction du droit de grève assurent par là-même une relative continuité du service public, celle-ci étant jugée nécessaire au maintien de l'ordre public. Or, ce faisant, le pouvoir réglementaire se heurte à l'objection suivante ; comment peut-il interdire l'exercice d'un droit constitutionnel reconnu ? Ne s'arroge-t-il pas là un pouvoir exorbitant ? Mais, comme nous le savons bien depuis l'arrêt *Dehaene*, le Conseil d'État, conscient que l'interdiction par le pouvoir réglementaire d'un droit constitutionnellement reconnu devait reposer sur de solides justifications, a considéré que le gouvernement pouvait interdire le droit de grève à certains agents dès lors que la grève était de nature à porter une atteinte grave à l'ordre public. Et le Conseil d'État n'hésite pas, dans le cas contraire, à annuler de telles mesures d'interdiction. Ainsi, le droit de grève ne peut pas être légalement interdit aux agents des services publics dont la continuité n'est pas jugée indispensable pour quelque motif important que ce soit. Le Conseil d'État a pu juger, par exemple, que la grève du personnel des ateliers mécanographiques du ministère de l'intérieur ne mettait pas en péril le fonctionnement d'autres services dont la continuité est indispensable à l'action gouvernementale ou à l'ordre public ; dès lors, il considère qu'il ne peut y avoir pour ces agents une interdiction générale et absolue du droit de grève⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ CE, 10 juin 1959, *Syndicat national des personnels des préfectures et sous-préfectures, centres administratifs et techniques, ateliers mécanographiques et services départementaux*, req. n° 44.129, *Rec.* p. 354. De même, sont illégales les mesures d'interdiction du droit de

436. – L'absence de généralité. – Puisqu'il ne peut pas y avoir en principe d'interdiction générale et absolue du droit de grève, seule une interdiction partielle est envisageable. Tous les agents des services publics ne sont donc pas concernés au même titre par de telles mesures d'interdiction. À cet égard, au sein d'un même service public, certains agents ne se trouvent pas dans la même situation que d'autres, compte tenu de leur mission⁶⁵⁹. Certains agents pourront donc se voir interdire l'exercice du droit de grève et d'autres pas. De plus, parmi les agents à qui ce droit peut être légalement interdit, on doit distinguer entre ceux des agents pour qui l'interdiction est liée à la nature de leur fonction, et ceux pour qui l'interdiction est liée à la mise en œuvre de tableaux de service organisés dans le cadre d'un service minimum. En définitive, comme avait pu l'affirmer en substance le président Bruno Genevois, alors commissaire du gouvernement⁶⁶⁰, une interdiction du droit de grève ayant un caractère général et absolu excède les limites posées par la jurisprudence⁶⁶¹.

B.- Les hypothèses des mesures d'interdiction du droit de grève

437. – L'exercice du droit de grève empêché par la nature des fonctions. – En premier lieu, l'interdiction du droit de grève concerne les agents du service public selon leur poste, emploi ou fonction au sein du service. En général, les mesures d'interdiction

grève à l'égard du personnel normalement affecté aux consultations externes, aux services de radiologie et de laboratoire répondant à des demandes non-urgentes du corps médical et à la réception des livraisons – ces services pouvant être interrompus : CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, *Rec.* p. 10 ; A.J.D.A. 1976, p. 576. – TA de Strasbourg, 8 avril 1980, *Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach*, *Rec.* p. 890. – TA de Montpellier, 9 avril 1980, *Syndicat départemental CFDT de l'Hérault*, *Rec.* p. 891. De même enfin, pour les agents de la section internationale du canal de la Moselle, à l'égard desquels le droit de grève ne peut légalement être interdit : CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres*, req. n° 18.482, *Rec.* p. 45 ; A.J.D.A. 1981, p. 453, note S.S. ; D. 1981, IR, p. 286, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *Dr. soc.* 1981, p. 412, concl. Bruno GENEVOIS.

⁶⁵⁹ CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; A.J.D.A. 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; D. 1993, *Somm.* p. 253, obs. DEBORD ; R.J.S. 1993, n° 173, p. 118.

⁶⁶⁰ GENEVOIS (Bruno), « Droit de grève des agents publics et convention internationale », concl. sur CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres*, *Dr. soc.* 1981, p. 414.

⁶⁶¹ C'est par exemple le cas de : CE, 10 juin 1959, req. n° 44.129, *Syndicat national des personnels des préfectures et sous-préfectures, centres administratifs et techniques, ateliers mécanographiques et services départementaux*, *Rec.* p. 354. – CE, 21 octobre 1970, req. n° 65.845 et 66.040, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et Syndicat national des agents de direction de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer*, *Rec.* p. 596.

du droit de grève validées par la jurisprudence administrative concernant en premier lieu les agents indispensables à la sécurité du service. L'arrêté précité du 28 mars 1956⁶⁶² reposait sur de tels motifs. C'est aussi le cas pour les ingénieurs de la météorologie nationale⁶⁶³, ainsi que pour le personnel affecté à la garde des barrières de passages à niveau⁶⁶⁴.

En second lieu, ces mesures d'interdiction concernent certains personnels d'autorité. Ceci avait été clairement affirmé par la circulaire précitée de Pierre Mendès-France du 25 septembre 1954, puis jugé par le Conseil d'État à propos de certains cadres de l'ORTF⁶⁶⁵. Il a jugé de même bien plus tard, en ce qui concerne certains personnels d'autorité travaillant dans les secteurs des grands services publics en réseaux. Il s'agit tout d'abord des receveurs et des chefs de centre des postes et télécommunications⁶⁶⁶, et ensuite des personnels d'encadrement des services de contrôle de la navigation aérienne⁶⁶⁷. Ces personnels se voient interdire le droit de grève parce qu'ils sont personnels d'autorité. On remarquera toutefois que ce sont tous des personnels fonctionnaires. Or il n'est pas évident que de telles interdictions puissent exister à l'égard des personnels d'autorité des entreprises à statut.

Néanmoins, la jurisprudence administrative a admis que les agents de conduite des centrales nucléaires puissent voir leur droit de grève privé d'effet. Ceci résulte d'une note du directeur de la production d'EDF qui prévoyait « *que les agents de conduite des centrales de production, présents à leurs postes de travail en se déclarant grévistes, ne peuvent s'écarter du programme de production établi et transmis par l'autorité chargée*

⁶⁶² Arrêté du 28 mars 1956, du secrétaire d'État aux travaux publics, aux transports et au tourisme, fixant les dispositions applicables aux personnels affectés à des services intéressant directement la sécurité aérienne, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 736.

⁶⁶³ CE, Sect., 19 janvier 1962, *Sieur Bernardet et autres*, req. n° 51.716, *Rec.* p. 49 ; *D.* 1962, p. 202, note LECLERCQ.

⁶⁶⁴ CE, Ass., 23 octobre 1964, req. n° 56.194, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; *R.D.P.* 1965, p. 700, note Marcel WALINE. Cette interdiction est prévue par la circulaire précitée du 17 octobre 1961.

⁶⁶⁵ CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Rec.* p. 444 ; *R.D.P.* 1968, p. 1094, concl. Louis BERTRAND ; *A.J.D.A.* 1968, p. 271, chron. Jean-Louis DEWOST et Renaud DENOIX de SAINT-MARC.

⁶⁶⁶ CE, 1^{er} juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des Postes et Télécommunications CGT, Dr. adm.* 1984, n°323 ; *R.F.D.A.* 1988, p. 850.

⁶⁶⁷ CE, 13 novembre 1992, req. n° 83.177 et 83.702, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, Somm. p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.

d'assurer l'équilibre du réseau ». Par un arrêt du 17 mars 1997⁶⁶⁸, le Conseil d'État valide cette disposition, tout comme il valide, par un autre arrêt du même jour, la note qui désigne les fonctions qui au sein d'EDF doivent être assurées en cas de grève comme en toutes circonstances⁶⁶⁹. Ces arrêts sont atypiques en ce qu'ils valident une mesure qui sans véritablement interdire le droit de grève, le prive de tout effet sur le fonctionnement du service public ; les agents de conduite sont en grève, mais travaillent de la même manière que s'ils n'étaient pas en grève. Nous voyons bien qu'elles sont les raisons de sécurité qui sont ici en jeu, et qui permettent au Conseil d'État de valider de telles mesures. Ces deux arrêts atypiques de 1997 avaient un précédent au travers d'un arrêt plus ancien du 26 octobre 1960⁶⁷⁰, dont la formulation n'est certes pas reprise, mais dont on peut penser que sa logique persiste dans une certaine mesure. Selon cet arrêt, l'exercice du droit de grève peut être interdit aux agents occupant des emplois indispensables au fonctionnement normal desdits services. En réalité, cette formulation fut extrêmement maladroite de la part du Conseil d'État. En effet, quel agent d'un service public n'est pas absolument indispensable au fonctionnement normal du service ? En principe tous les agents sont indispensables au fonctionnement du service public. Pris à la lettre cet arrêt de 1960 pouvait vouloir dire qu'en cas de grève, tous les agents du service public en cause sont obligés d'assurer le service normal. Ceci revenait en réalité à vouloir nier toute effectivité au droit de grève dont l'exercice est pourtant garanti au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. En réalité, avec cet arrêt, comme d'ailleurs avec tous ceux auxquels on vient de faire référence, on se situe dans une logique ambiguë entre service normal et service minimum. Car tous les agents privés du droit de grève assurent un service normal chacun en ce qui le concerne à son poste de travail. Mais cette activité normale à titre individuel permet seulement au niveau global de l'entreprise la mise en œuvre d'un service minimum, dans la mesure où d'autres agents du service sont eux en grève.

438. – L'exercice du droit de grève contraint par la mise en place d'un service minimum. – L'interdiction du droit de grève peut aussi concerner certains agents désignés pour assurer un service minimum. En pareille hypothèse, le pouvoir

⁶⁶⁸ CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, req. n° 160.684, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. sur COMBREXELLE ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.

⁶⁶⁹ CE, Sect., 17 mars 1997, req. n° 123.912, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.

⁶⁷⁰ CE, Ass., 26 octobre 1960, req. n° 38367 et 38368, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, *Rec.* p. 567 ; *Dr. soc.* 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; *A.J.D.A.* 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

réglementaire agit souvent en deux temps. Tout d'abord il fixe les fonctions concernées et dresse la liste des agents normalement occupés à ces fonctions. Ensuite, en cas de menace de grève, il désigne à partir de cette liste les agents devant demeurer en fonction. Ce personnel « requis » doit être prévenu. Mais peu importe selon la jurisprudence que les syndicats auteurs du préavis de grève ne le soit pas.⁶⁷¹

Ce système était envisagé par la circulaire de Pierre Mendès-France de 1954. C'est par exemple le système aujourd'hui appliqué aux personnels de la navigation aérienne en application de la loi de 1984⁶⁷². Dans ce cas précis, tout comme dans le cas ancien de l'ORTF⁶⁷³, le pouvoir réglementaire intervient sur le fondement d'une disposition législative précise. Dans tous les cas, qu'il y ait un fondement législatif ou pas, le juge administratif vérifie que le nombre des agents désignés soit proportionné aux objectifs du service minimum⁶⁷⁴. Ainsi le Conseil d'État a pu considérer qu'en fixant à cinquante-deux le nombre des emplois nécessaires pour assurer un service minimum de sécurité en cas de grève à Aéroports de Paris sur un effectif total de 4700 agents dont 2700 à l'exploitation, le président de l'établissement public « *n'a pas retenu dans les circonstances de l'espèce un effectif excédant celui du personnel dont le maintien en fonction est indispensable pour assurer la sécurité de l'aéroport en cas de grève.* »⁶⁷⁵

439. – Propos conclusif du Chapitre 7 – La continuité du service public est bien un objectif de la réglementation du droit de grève. Souvent, cet objectif n'est pas apparu en pleine lumière. Tant l'aura du droit de grève que la valeur longtemps sous-estimée du principe de continuité du service public inhibaient toute tentative du juge de mettre en

⁶⁷¹ CE, 4 février 1976, req. n° 97.685, *Section syndicale CFDT du Centre psychothérapique de Thuir*, Rec. T. p. 970 ; A.J.D.A. 1978, p. 49, obs. F. H. ; R.D.P. 1976, p. 1348, obs. Roland DRAGO.

⁶⁷² 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*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

⁶⁷³ CE, 20 janvier 1975, req. n° 89.515 et 89.516, *Syndicat national de Radiodiffusion et de Télévision et autres, Syndicat national des journalistes et autres*. Le pouvoir réglementaire était intervenu en application de l'article 11 de la loi du 3 juillet 1972 qui détermine le service minimum en cas de grève à l'ORTF, en référence aux missions dévolues à l'office en vertu de l'article 1^{er} de la même loi.

⁶⁷⁴ Les arrêts les plus nombreux concernent le secteur hospitalier. Cf. : CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162 ; TA de Strasbourg, 8 avril 1980, *Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach* ; TA de Montpellier, 9 avril 1980, *Syndicat départemental CFDT de l'Hérault*, tous précités.

⁶⁷⁵ CE, 20 avril 1977, req. n° 3.012, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, Rec. p. 175 ; A.J.D.A. 1978, p. 49, note F.H. ; et p. 228, note Joël-Yves PLOUVIN ; *Dr. soc.* 1977, p. 252, note Jean MASSOT ; R.D.P. 1977, p. 916, n°13, obs. Roland DRAGO.

avant ce dernier. Pour les rares fois où il est intervenu, le législateur a eu une attitude comparable, de retenue.

Chapitre 8.- La continuité du service public, fondement souvent implicite de la législation sur le droit de grève

440. – La réglementation du droit de grève en quête de courage politique. – La rédaction de l’alinéa 7 du préambule de la constitution de 1946 étant très équivoque quant à son champ d’application. Elle fut, à ce titre, dénoncée par la doctrine, notamment par les professeurs Charlier et Rivero. En effet, par cet alinéa, le constituant en appelait au législateur pour réglementer le droit de grève qu’il venait de reconnaître. Mais il ne précisait pas dans quelle mesure ce droit est reconnu ou non aux agents des services publics. Dans ce contexte, c’est à la loi qu’il revient de trancher cette question. Or, nous ne sommes pas sans savoir que l’exercice du droit de grève dans les services publics a pu être considéré par la jurisprudence comme illicite jusqu’en 1946. Cette jurisprudence plongeant ses racines dans une conception doctrinale intransigeante du principe de continuité, le législateur d’après 1946 pouvait-il invoquer ce principe de continuité pour réglementer le droit de grève ? Plus encore pouvait-il envisager de supprimer ce droit à certains agents des services publics ? Si le projet constitutionnel du 19 avril 1946 avait été adopté, le législateur n’aurait vraisemblablement pas pu interdire le droit de grève aux agents du service public, puisqu’il reconnaissait le droit de grève « à tous ». Mais, en omettant dans le second projet la précision « reconnu à tous », le constituant n’a manifestement pas souhaité prendre position sur ce point.

Ainsi, il a laissé ce problème épineux au législateur qui lui succéderait. Comme a pu l’écrire le professeur Jean Rivero, la constituante a « *entendu laisser à un législateur plus courageux qu’elle-même la possibilité d’édicter les restrictions nécessaires ; et le silence qu’elle a gardé sur la question dans la loi du 9 octobre 1946, portant statut de la fonction publique, confirme cette interprétation.* »⁶⁷⁶ Quant au professeur Charlier, il avait lui aussi souligné ce manque de courage de l’Assemblée nationale constituante⁶⁷⁷. Mais, force est de constater que ce manque de courage n’était pas le propre du constituant de 1946, car le législateur, tant sous la IV^e République que sous la V^e République, s’est révélé tout aussi frileux, et ceci malgré les quelques textes qu’il a pu adopter et que l’on va examiner ultérieurement. Ce n’est qu’en 2007, dans le sillage de l’élection

⁶⁷⁶ RIVERO (Jean), note sous CE, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, S. 1948. 3. p. 35.

⁶⁷⁷ « *Ils n’ont pas eu le courage de dire que la grève, qu’ils permettent dans les entreprises privées, est interdite dans les services publics, ou de lui y tracer des limites.* » Cf. : CHARLIER (R.-E.), « Y a-t-il un droit de grève dans les services publics ? », *J.C.P.* éd. G. 1950, I, 837.

présidentielle et poussé par une dynamique gouvernementale, que le législateur, surfant sur la vague, a dépassé ses propres atermoiements précédents et a adopté une loi significative pour régler la grève dans les services publics de transport terrestre de voyageurs, sans pour autant aller jusqu'au bout de la logique en la matière.

441. – Il n'en reste pas moins vrai qu'aujourd'hui nous pouvons constater que la volonté de faire respecter un temps soit peu le principe de continuité du service public inspire certains dispositifs législatifs. Certes, nous n'évoquerons pas à ce stade les textes législatifs qui permettent de contrer frontalement les effets de la grève et donc d'assurer la continuité du service public. Il s'agit de l'ensemble des dispositions relatives à la réquisition des personnels ou des services. En réalité ces dispositifs n'ont pas pour seul objectif d'assurer la continuité du service public, aussi nous ne les étudierons qu'ultérieurement. Nous nous attarderons sur les lois qui concernent exclusivement l'exercice du droit de grève dans les services publics.

La présente étude étant centrée sur les personnels des grands services publics en réseaux, trois de ces dispositifs retiendront notre attention : celui concernant les personnels de la navigation aérienne, celui concernant l'ensemble des personnels des services publics et celui plus récent relatif au droit de grève dans les transports publics terrestres de voyageurs. Tous trois traitent du droit de grève, et tentent d'opérer à des degrés divers la conciliation entre l'exercice de ce droit et le principe de la continuité du service public. Il convient tout d'abord de constater que ces dispositifs se fondent timidement sur ce principe (Section 1.-). Puis, nous étudierons les modalités pratiques de ces conciliations législatives (Section 2.-).

Section 1.- La référence au principe de continuité

442. – Se référer au principe de continuité ne serait pas une affaire si compliquée s'il n'avait pas existé un doute sur sa valeur juridique au moment où le droit de grève acquérait une valeur constitutionnelle. Le législateur fut alors mis dans l'embarras pour trouver un fondement juridique stable à la réglementation du droit de grève qu'il voulait adopter. Aussi n'évoquait-il qu'à demi-mot le principe de continuité. Ce n'est qu'une fois certain de la valeur juridique du principe, qu'il pu avec plus de facilité s'en servir pour justifier son intervention dans l'exercice du droit de grève. L'examen attentif des législations sur le droit de grève et des débats parlementaires qui les ont précédées est particulièrement éloquent sur ce point.

443. – De nos investigations il ressort que la référence au principe de continuité a longtemps été discrète (§1.-), alors qu'elle est devenue beaucoup plus aisée à l'heure actuelle (§2.-).

§ 1.- Une référence au principe de continuité longtemps discrète

444. – La discrétion qui entoure la référence au principe de continuité par celui qui est censé régler l'exercice du droit de grève, est le résultat de deux attitudes du législateur. D'une part, celui-ci a longtemps hésité à s'emparer du droit de grève dans les services publics. Si cela n'avait pas posé de difficulté pour les services régaliens au début des IV^e et V^e Républiques, pour tous les autres services publics, la question est très vite devenue embarrassante. D'où une frilosité indéniable du législateur, y compris en 1963 et 1964 lorsqu'il s'est en réalité trouvé contraint de légiférer sous la pression des événements (A.-). D'autre part, le législateur a eu bien du mal à s'emparer d'un principe de continuité, dont l'existence semblait bien acquise de l'histoire, mais dont la valeur juridique était problématique (B.-).

A.- La frilosité du législateur à légiférer sur le droit de grève dans les services publics

445. – ***Les innombrables tentatives du législateur.*** – Depuis 1946, nombreux ont été les projets ou les propositions de loi qui envisageaient une réglementation du droit de grève dans les services publics. Mais très peu d'entre eux ont été définitivement adoptés. Ainsi, juste après l'adoption de la Constitution de la IV^e République, plusieurs propositions furent déposées. Le député Monin déposait le 28 février 1947 une proposition de loi en ce sens. Le 10 juin de la même année, était déposée la proposition de messieurs Queuille et Claudius-Petit. Plus tard, le 24 juin 1960, ce fut le député Clermontel qui déposait aussi une proposition de loi. Et sans égrener, telle une litanie, l'ensemble des projets et des propositions de loi qui furent déposés depuis 1946, on mentionne simplement que ces quinze dernières années, on dénombre beaucoup de propositions de loi relatives au service minimum dans les services publics, et notamment dans les transports publics. Or ces textes, quand bien même ils faisaient l'objet d'une lecture dans une des chambres, comme au Sénat en 1999, ils n'aboutissaient jamais à

une loi. Pas plus courageux que le législateur pour prendre l'initiative d'une telle législation, le gouvernement s'est rarement engagé sur le terrain de la réglementation législative du droit de grève dans les services publics en réseaux.

446. – L'émergence d'un tabou. – Ainsi, en laissant planer le doute sur l'étendue du droit de grève proclamé, les constituants « *ont donné jour à une sorte de "tabou" de la grève, que le législateur lui-même n'ose plus approcher bien que le Préambule de la Constitution l'appelle expressément à le régler* »⁶⁷⁸. Et lorsqu'il intervient en la matière, comme en 1963 et 1964 notamment, c'était dans un contexte de fortes tensions sociales dans certains secteurs de service public. En effet, la réglementation par la loi du 31 juillet 1963⁶⁷⁹ de certaines modalités du droit de grève, fait suite à plusieurs années de tensions sociales dans les chemins de fer notamment, mais aussi suite à la grande grève des mineurs de l'hiver 1963 dont la gestion par le pouvoir en place fut un échec patent ; surtout, elle fait immédiatement suite aux grèves répétées à la RATP en juin 1963 ; ces dernières ont, semble-t-il, déterminé le gouvernement à légiférer dans ce domaine. De même, en 1964, le législateur décidait d'interdire le droit de grève aux contrôleurs aériens⁶⁸⁰, suite à de longues grèves dans ce secteur qui ont émaillé la fin des années cinquante et le début des années soixante.

447. – Une législation de circonstance. – Dans ces conditions on peut légitimement penser soit que les gouvernements agissent sous la pression des événements, soit qu'ils profitent de ces événements pour agir. En 1963 et en 1964, l'opposition n'a évidemment jamais manqué de suspecter le gouvernement de Georges Pompidou de profiter d'un « conflit social-prétexte » pour restreindre l'exercice d'un droit constitutionnel. Lors de la discussion du projet qui donna lieu à la loi du 31 juillet 1963, le Premier ministre, Georges Pompidou, indiquait en commission que les récentes grèves obligeaient le Gouvernement à agir. L'opposition n'y a vu qu'un prétexte pour mettre en œuvre un plan plus vaste. Ainsi, le député socialiste Fernand Darchicourt déclarait devant l'Assemblée nationale que « *le Gouvernement entend profiter du climat créé à Paris, et à Paris seulement, par une récente grève organisée par une partie et une partie seulement des travailleurs de la RATP. [...] Certes, ce mécontentement a été une réalité, une réalité passagère d'ailleurs. Mais le Gouvernement, en la circonstance, tient beaucoup plus à saisir le prétexte de ce mécontentement pour réaliser un projet et*

⁶⁷⁸ GERVAIS (André), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, D. 1950, p. 539.

⁶⁷⁹ Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

⁶⁸⁰ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 relative à certains personnels de la navigation aérienne, *J.O.R.F.* du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au *J.O.R.F.* du 7 juillet 1964, p. 5979.

*atteindre des buts qui lui tiennent à cœur depuis que le régime s'est juré d'instaurer en France le pouvoir personnel, qu'à protéger les intérêts des usagers. »*⁶⁸¹. Quant au député communiste Waldeck Rochet, il ne croyait pas au prétexte de la grève à la RATP de juin 1963 pour expliquer le projet de loi examiné en urgence en juillet de la même année. Pour lui « *La vérité est tout autre. Le projet actuel fait partie d'un plan général de liquidation du droit de grève et des libertés syndicales, que le pouvoir a mûri depuis très longtemps* »⁶⁸². Liquidation du droit de grève ou pas, ce qui est sûr, c'est qu'à cette époque-là, légiférer sur le droit de grève, ne se faisait qu'en certaines circonstances.

De plus, nous remarquons que de nombreuses propositions de loi sur le service minimum ont été déposées ces quinze dernières années à la suite de grèves dans les services publics, les exposés des motifs en faisant état. Les parlementaires ont pu se saisir de ces occasions pour faire montre d'un activisme de façade auprès de leurs électeurs, sachant parfaitement par ailleurs que leurs propositions de loi ne trouveraient jamais un écho suffisant dans les rangs gouvernementaux pour être soutenus jusqu'au vote. Par manque d'un réel courage, les responsables politiques ont donc toujours été très circonspects quant à la manière de légiférer sur le droit de grève. Et lorsqu'ils l'ont fait, s'est souvent contraints et forcés par les événements.

B.- La difficulté du législateur à s'emparer du principe de continuité du service public

448. – La référence implicite au principe de continuité dans les projets de loi. – En plus de cette frilosité politique, le législateur, tout comme le gouvernement dans ses projets de loi, a très souvent hésité à faire appel à la notion de continuité du service public pour justifier la loi qu'il se proposait d'adopter. En 1963, la notion de continuité apparaît implicitement dans l'exposé des motifs du projet de loi gouvernemental. Celui-ci indique qu'il « *est évidemment contraire à la nature de ces services que leur fonctionnement puisse être interrompu brusquement par une cessation de travail inopinée* »⁶⁸³. Bien sûr c'est la continuité du fonctionnement des services publics qui était visée ici. En outre, le projet faisait référence à la « *sécurité des services publics* » et à la « *commodité du public* » ; l'exigence de continuité de fonctionnement des services induit

⁶⁸¹ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4201, 1^{ère} et 2^{ème} col.

⁶⁸² Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4209, 1^{ère} col.

⁶⁸³ Ass. Nat., *Projet de loi relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics*, présenté au nom de M. Georges Pompidou, premier ministre, par M. Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, p. 709, n° 433.

comme on le sait⁶⁸⁴ ces deux éléments de sécurité et de qualité du service public. Mais tout ceci reste implicite. Il en va de même avec la loi du 2 juillet 1964. L'exposé des motifs de celle-ci évoque simplement « *la permanence des services de sécurité de la navigation aérienne* »⁶⁸⁵. Le gouvernement justifiait alors son intervention par le fait que la sécurité aérienne était compromise par les grèves, que ces grèves entraînaient la méconnaissance des obligations internationales de la France quant au survol de son territoire, et aussi par les nécessités de la défense nationale. Le principe de continuité du service public de la navigation aérienne n'est pas invoqué par le projet de loi.

449. – La référence explicite au principe de continuité dans les débats parlementaires. – Pourtant dans l'un et l'autre cas, il apparaît que lors des débats parlementaires, il a davantage été fait référence à la notion de continuité du service public, tant par les parlementaires des deux chambres, que par le gouvernement. Ainsi, Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative et défendant au nom du gouvernement de Georges Pompidou le projet de loi relatif à la grève dans les services publics en 1963, expliquait devant l'Assemblée nationale, la mission délicate du gouvernement en invoquant le principe de continuité : « *La principale difficulté de notre tâche concernant les services publics réside dans le fait que la législation démocratique se doit de tenir compte de deux principes : d'une part, le droit de grève, que reconnaît la Constitution ; d'autre part, le devoir qui incombe au Gouvernement, responsable, d'assurer la continuité des services, la sécurité des usagers et, d'une façon plus générale, la sauvegarde des intérêts de la collectivité nationale.* »⁶⁸⁶. Or il précise un peu plus loin que tout en conciliant ces deux principes, le projet de loi donne « *au droit de grève la primauté et n'apporte exception à ces modalités que dans la mesure où celles-ci seront imposées par des nécessités évidentes.* »⁶⁸⁷ Par ces propos, le ministre nous donne tous les éléments qui permettent de comprendre la raison pour laquelle, les lois de 1963 et 1964 ne font pas explicitement référence au principe de continuité.

450. – Un législateur démuni. – À cette époque, la situation du législateur est en effet délicate sur le plan juridique, parce qu'il est démuni. Certes il peut intervenir. Le

⁶⁸⁴ Cf. : *Supra*, Chapitre préliminaire.

⁶⁸⁵ Projet de loi *relatif à certains personnels de la navigation aérienne*, présenté au nom de M. Georges Pompidou, Premier ministre, par M. Marc Jacquet, ministre des Travaux publics et des transports, Annexe n° 897, Séance du 15 mai 1964, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1964, p. 505.

⁶⁸⁶ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4198, 2^{ème} col. – Plus loin, il ajoutait ceci : « *Tout cela n'est, d'ailleurs que l'illustration d'un principe général de notre droit public, celui de la continuité du service qui s'impose dans l'intérêt de tous, d'abord à l'autorité responsable, ensuite aux agents d'exécution.* »

⁶⁸⁷ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4198, 2^{ème} col.

texte constitutionnel l'y autorise, et la jurisprudence prend toujours soin de noter l'absence de législation, où lorsqu'elle existe (cas des policiers et des CRS), de noter son champ d'application strictement limité à une catégorie d'agents publics. Mais le législateur est sans grands moyens juridiques pour combler les lacunes laissées en héritage – empoisonné – par la constituante des années 1945-1946. D'un côté le droit de grève est constitutionnalisé, de l'autre la continuité du service public est un principe général du droit public.

Dans ces circonstances, quelles sont les limites qui permettraient de réglementer, voire d'interdire, le droit de grève ? Le gouvernement est en effet obligé de laisser la « primauté » au droit de grève, et de n'y apporter que les limites imposées par des « nécessités évidentes ». Ces nécessités sont, en réalité, celles qu'invoquent le juge administratif, à savoir les nécessités de l'ordre public. Si bien que le législateur semble vouloir s'imposer un cadre d'intervention aussi étroit que celui imposé au pouvoir réglementaire. Personne ne l'y oblige. Il pourrait aller plus loin. Mais il ne le fait pas, parce qu'il doute qu'il puisse valablement le faire. Or, à l'époque, le contrôle de constitutionnalité était beaucoup moins efficient qu'il ne l'est aujourd'hui. Si bien que pour s'assurer du caractère légitime de sa loi, le législateur ne disposait d'aucune balise constitutionnelle ; dans ce contexte, la difficulté de réglementer par la loi un droit constitutionnalisé ne peut qu'être grande.

451. – L'influence de la jurisprudence administrative sur le législateur. – Alors certes, objectera-t-on, cette difficulté juridique n'empêcha pas le législateur d'interdire le droit de grève aux contrôleurs aériens ; mais il le faisait dans des conditions similaires à celles qui permettent au pouvoir réglementaire d'interdire le droit de grève aux chefs de service des services préfectoraux, comme l'y autorise l'arrêt *Dehaene* bien connu⁶⁸⁸.

D'ailleurs le professeur René Capitant, député de la majorité et rapporteur pour avis sur le projet de loi présenté en 1963, reprend à son compte devant la représentation nationale les propos tenus treize ans plus tôt par le commissaire du gouvernement François Gazier dans l'affaire *Dehaene*⁶⁸⁹. René Capitant en déduit que le problème des limites à apporter au droit de grève est déjà tranché. Pour lui, la question fondamentale n'est pas de savoir quelles limites apporter à ce droit constitutionnel, mais qui – quelle

⁶⁸⁸ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *Rec.* p. 426 ; *R.D.P.* 1950, p. 691, concl. François GAZIER, note Marcel WALINE ; *Rev. adm.* 1950, p. 366, note Georges LIET-VEAUX ; *D.* 1950, p. 538, note André GERVAIS ; *Dr. soc.* 1950, concl. François GAZIER ; *S.* 1950.3.109, note J.D.V. ; *J.C.P.* 1950.II.5681, concl. François GAZIER ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 2001, 13^{ème} éd., n°68, p. 423.

⁶⁸⁹ GAZIER (François), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *R.D.P.* 1950, pp. 702-708.

autorité – apporte ces limites. Ainsi s'exclame-t-il : « *Ce qu'il nous reste à faire, c'est de mettre fin aux errements déplorables et inconstitutionnels que nous avons hérités de la IV^e République et qui consistent pour le Parlement à abandonner au pouvoir réglementaire une mission qui lui appartient en propre. Le législateur doit assumer sa mission. C'est précisément ce que le Gouvernement nous invite à faire en déposant sur le bureau des Assemblées un projet de loi, qui, cette fois, sera voté par la majorité* »⁶⁹⁰. Le gouvernement et la majorité de l'époque se situent dans la droite ligne tracée par le Conseil d'État, notamment en ce qui concerne les fondements d'une réglementation du droit de grève. Certes, il dispose de la compétence d'intervenir pour ce faire, mais sur quelle base juridique ?

Le législateur pas plus que le gouvernement n'ont en effet l'intention de prendre un quelconque risque juridique. La matière est sensible, le romantisme qui entoure le droit de grève est palpable. De plus, la grève des mineurs en mars 1963 s'est bien mal terminée pour le gouvernement. Heurter de front les masses laborieuses des services publics est une entreprise à haut risque. Autant éviter d'invoquer un principe dont personne ne peut dire s'il est valable ou non pour régler même a minima le droit de grève. Il est moins dangereux de s'en tenir aux fondements utilisés par le juge administratif pour justifier l'intervention, en substitut de la loi, du pouvoir réglementaire autonome. Dès lors, puisque le juge administratif refuse de se référer explicitement à la notion de continuité du service, pourtant sous-jacente dans sa jurisprudence, et bien le législateur en fera de même. Il n'y a aucune référence explicite à la continuité qui ne figure dans la loi de 1963, ni même dans la loi de 1964. Dans une vision positiviste du droit, cela s'expliquait fort bien : aucun texte solide n'étant à la source du principe de continuité, celui-ci apparaît nécessairement évanescent, voire inexistant. Le législateur s'en tient donc au strict nécessaire, à savoir le maintien de l'ordre public. C'est son objectif affiché.

452. – La plume est servie, la parole est libre. – Au fond, le législateur ne faisait référence au principe de continuité que discrètement, compte tenu du discrédit juridique qui pesait alors sur ce principe général du droit public. Nous comprenons mieux maintenant pourquoi le ministre du travail Louis Joxe pouvait se permettre d'évoquer, même faiblement, le principe de continuité dans son discours général de présentation du projet de loi déposé par lui au nom du gouvernement Pompidou, et le fait que l'exposé

⁶⁹⁰ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, pp. 4196, 2^{ème} col.

des motifs n'en fasse nullement mention. Ne peut être écrit que ce qui n'encourt pas la censure, la parole est pour sa part plus libre, plus éphémère.

§ 2.- Une référence au principe de continuité aujourd'hui affichée

453. – Si de nos jours, la législateur n'hésite plus à afficher le principe de continuité du service public, pour justifier sa législation sur le droit de grève, c'est que le contexte juridique est devenu au fil du temps favorable à ce principe (A.-). Mais, il faut se garder ici de toute vision absolue des choses. Car, il demeure malgré tout un véritable écart entre la référence au principe et sa mise en œuvre concrète dans la législation et dans les faits (B.-).

A.- Un contexte juridique favorable

454. – **La dépréciation du droit de grève.** – Dans ce contexte du début de la V^e République, la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radio et à la télévision détonnait. À l'article 26 de celle-ci, il était précisé qu' « *en cas de cessation concertée du travail, la continuité des éléments du service nécessaire à l'accomplissement des missions définies à l'article 1^{er} doit être assurée...* »⁶⁹¹. Cette soudaine absence de scrupule de la part du législateur à se référer expressément à la continuité du service public, s'explique peut-être par la conception émoullie de la valeur juridique du droit de grève, qui avait cours dans les années 1970, et que nous avons déjà évoquée. Comme si les quelques lois visant à réglementer le droit de grève dans les services publics avaient été des coups de boutoir assénés au droit de grève, comme si la grève générale de juin 1968 avait été le dernier coup d'éclat d'un droit devenu inutile à l'heure de la prospérité économique et donc sociale⁶⁹². Dès lors, puisqu'on se prenait à douter de la valeur constitutionnelle du droit de grève, le principe de continuité pouvait bien guider le législateur pour en

⁶⁹¹ Loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision, *J.O.R.F.* du 8 août 1974, p. 8357.

⁶⁹² La crise économique liée au premier choc pétrolier d'octobre 1973 n'avait pas encore produit tous ses effets, et n'avait pas encore mis un terme définitif aux « trente glorieuses ». Cf. : FOURASTIÉ (Jean), *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979, 300 pp. (Rééd. Paris, Hachette, Coll. « Pluriel », n° 8363).

tracer les limites. C'est ce que fit, cinq ans plus tard, le rapporteur Francisque Perrut lors de l'examen d'une loi modificatrice en 1979⁶⁹³.

455. – La prise de position du Conseil constitutionnel. – Par sa décision 79-105 DC du 26 juillet 1979⁶⁹⁴, le Conseil constitutionnel fit davantage que donner son « imprimatur » à l'argumentaire du législateur d'alors. En effet, au lieu de rabaisser la position du droit de grève dans la hiérarchie des normes – ce qui aurait été de toute évidence difficile à défendre, compte tenu notamment de sa décision du 16 juillet 1971, il rehaussa la valeur juridique du principe de continuité. Ainsi en constitutionnalisant ce principe, il en fit un argument recevable pour légiférer sur le droit de grève dans les services publics. Ce fut un « feu vert » pour le législateur qui avait alors toute latitude pour se référer à ce principe pour réglementer le droit de grève. Dès lors, l'invocation du principe de continuité par les lois de 1974 et 1979 ne resta pas isolée. En 1984, lorsqu'il envisage de légiférer pour organiser un service minimum dans la navigation aérienne, le législateur s'appuie clairement dans ses motivations sur le principe de continuité⁶⁹⁵. C'est aussi, bien entendu, le cas de la loi du 21 août 2007 dont l'intitulé mentionne la continuité du service public⁶⁹⁶.

B.- L'écart persistant entre la référence au principe et son application concrète

456. – Eviter une référence au principe de continuité sans suite. – Se référer au principe de continuité ne suffit pas pour constituer une législation sur le droit de grève. Or souvent, les propositions de loi en la matière, ont fait résonner le principe comme une évidence qu'il fallait préserver, sans que cela n'aboutisse à rien de concret. Ces propositions sont généralement et explicitement fondées sur l'exigence de la continuité,

⁶⁹³ Ass. nat., Rapport sur la proposition de loi tendant à modifier les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives au droit de grève au sein du service public de la radiodiffusion-télévision française, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, par M. Francisque Perrut, député, Annexe 990, Séance du 19 avril 1979, spéc. p. 13.

⁶⁹⁴ Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Examen de la loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail.*

⁶⁹⁵ 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, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

⁶⁹⁶ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

et incluent même parfois cette notion dans leurs intitulés⁶⁹⁷. Pour autant, nous savons que cela n'a jamais abouti à un texte définitif. La politique ici, a souvent été davantage l'affaire de mots que d'actions. Or pour réglementer le droit de grève dans les services publics, il est indispensable d'avoir une volonté politique forte, compte tenu du « romantisme » entourant le droit de grève en France.

457. – Une mise en œuvre du principe de continuité à parfaire. – Par rapport à la loi de 1963, les deux lois votées en 1984 et 2007 s'avèrent plus en capacité de mettre en œuvre le principe de continuité sur lequel elles s'appuient. En outre, nous pouvons noter qu'entre 1984 et 2007, un saut qualitatif – si l'on peut dire – a été effectué. D'une part la référence au principe de continuité est beaucoup plus nette. En effet, en plus de son intitulé mentionnant « la continuité du service public », la loi de 2007 comporte un titre III consacré à l'« *organisation de la continuité du service public en cas de grève ou autre perturbation prévisible du trafic* »⁶⁹⁸. D'autre part cette même loi se veut beaucoup plus précise dans les objectifs de continuité du service à atteindre que la loi de 1984. Dans les deux cas la mise en œuvre concrète de la loi suppose l'intervention d'autres textes, réglementaires et aussi conventionnels en ce qui concerne la loi de 2007.

458. – Un principe de continuité encore malmené dans les faits. – Reste que dans un cas comme dans l'autre, une forte mobilisation de grévistes rend la continuité du service plus théorique que pratique. La coercition n'est pas au rendez-vous des textes. Le principe de continuité est certes mieux pris en considération aujourd'hui, mais il n'est pas complètement effectif dans les services publics. Sa conciliation avec le droit de grève n'est donc que partielle.

Section 2.- La conciliation partielle du droit de grève avec la continuité du service public

459. – Les trois dispositifs législatifs relatifs au droit de grève applicables dans les services publics en réseaux ou certains d'entre eux, ont tous pour objet d'opérer une

⁶⁹⁷ Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti destiné à maintenir la continuité des services publics en cas de grève*, présentée par M. Robert Lecou, député, n° 1401, séance du 4 février 2004. – Ass. Nat., Proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat, *visant à prévenir les conflits collectifs du travail et à garantir le principe de continuité dans les services publics*, n° 84, séance du 17 juillet 2002.

⁶⁹⁸ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

conciliation entre le principe de continuité du service public et le droit de grève. Cependant, cette conciliation n'a pas la même ampleur selon les cas, en termes de champ d'application et en termes de degré de conciliation.

Ainsi, il convient en premier lieu de noter que la loi du 31 décembre 1984⁶⁹⁹ concernant les agents du contrôle aérien ne s'applique qu'à une catégorie spécifique d'agents publics, tout comme la loi du 21 août 2007 qui ne s'applique qu'au personnel des entreprises de transport public terrestre de voyageurs, alors que la loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics est une loi générale qui s'applique à quasiment tous les agents des services publics administratifs et industriels ou commerciaux⁷⁰⁰. En second lieu, il apparaît que ces dispositifs concilient de façon très différente le droit de grève avec les exigences liées à la continuité du service public. À cet égard, le dispositif issu de la loi du 21 août 2007 est sans aucun doute celui qui, à l'heure actuelle, place le curseur entre droit de grève et respect de la continuité du service public à un niveau médian permettant une conciliation effective entre ces deux principes antagonistes. Il est vrai que cela ne peut se vérifier que dans certaines conditions ; il suffirait d'un taux de grévistes élevé pour que seul le droit de grève soit effectif, la continuité passant alors au second plan. Cette loi marque sans conteste un progrès, comparée à la loi du 31 juillet 1963 qui propose une conciliation beaucoup moins aboutie, sans doute même insuffisante pour que l'on puisse parler de véritable conciliation. Quant au dispositif actuel applicable aux agents de la navigation aérienne, il est le fruit d'une longue maturation de près de vingt ans. En effet, la loi du 31 décembre 1984 imprime de profondes modifications au dispositif existant depuis la loi de 1964 ; la conciliation opérée passe alors d'une interdiction pure et simple du droit de grève instaurée en 1964 à l'organisation d'un service minimum en 1984.

En définitive, la loi de 2007 est le résultat d'une maturation lente du droit français d'après-guerre pour aboutir à une conciliation effective entre le droit de grève et la continuité du service public. Bien sûr, elle ne constitue pas un aboutissement en soi. Il est possible d'imaginer d'autres textes sectoriels, voire des textes à portée plus générale, qui opéreraient d'autres formes de conciliations entre droit de grève et principe

⁶⁹⁹ 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*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

⁷⁰⁰ Selon l'article L. 2512-1 du Code du travail actuel, reprenant les dispositions de la loi de 1963, les dispositions régissant le droit de grève dans les services publics s'appliquent « *aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants* », et « *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* ».

de continuité encore plus abouties et plus effectives. Malgré l'apport majeur de la loi de 2007 à notre réflexion, il est néanmoins utile de revenir sur la loi de 1963 et celle de 1984.

460. – La progressivité de la conciliation recoupe la chronologie législative, si bien que nous présenterons ces trois régimes législatifs dans l'ordre chronologique, en fonction du degré de conciliation réalisé entre droit de grève et continuité du service public. Ainsi, dans un premier temps nous présenterons la loi du 31 juillet 1963 (§1.-), dans un second temps le régime législatif concernant la navigation aérienne (§2.-), et pour terminer la loi du 21 août 2007 (§3.-).

§ 1.- Conciliation minimale : la loi du 31 juillet 1963

461. – La loi du 31 juillet 1963 qui reste la pièce maîtresse de l'encadrement législatif du droit de grève dans les services publics est une loi qui en réalité est minimaliste dans ses objectifs et son contenu (A.-), et par conséquent une loi fraîchement accueillie par la doctrine juridique qui attendait plus et mieux de la part du législateur et du gouvernement à l'initiative de la loi (B.-).

A.- Une loi minimaliste

462. – ***Une loi votée avec célérité.*** – L'encadrement législatif du droit de grève dans les grands services publics en réseaux résulte, pour l'essentiel, de la loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics. Il n'est pas utile de revenir sur le contexte général qui a présidé l'adoption de cette loi, à savoir grève des mineurs en mars 1963 et grèves gravement perturbante à la RATP en juin 1963. Du moins, doit-on constater la rapidité avec laquelle elle fut votée. Seize jours ont été nécessaires à son adoption. Ceci ne reflète en rien un consensus ni des différents partis, ni des deux assemblées parlementaires. Le Sénat a systématiquement rejeté le texte du gouvernement adopté à chaque fois par l'Assemblée nationale. Mais la procédure était maîtrisée de bout en bout par le gouvernement. Celui-ci déclara en effet l'urgence dès la première lecture à l'Assemblée nationale. Le gouvernement utilisa la procédure du vote bloqué, par application de l'article 44 de la Constitution, lors de la première lecture devant le Sénat puis lors de la deuxième lecture par les députés et par les sénateurs. La

commission mixte paritaire réunie le 25 juillet avait néanmoins abouti à une position commune. Sauf que l'Assemblée nationale, au lieu de valider le texte de la commission mixte paritaire, adopta le texte qu'elle avait initialement voté. La journée du 26 juillet, fut celle des « navettes éclairs » entre les deux assemblées⁷⁰¹. Le matin, le Sénat rejetait le texte de la commission mixte paritaire. En début d'après-midi, l'Assemblée adoptait le texte initial en deuxième lecture ; en fin d'après-midi le Sénat rejetait le même texte en deuxième lecture ; et dans la soirée, l'Assemblée adoptait en dernière lecture le texte présenté par le gouvernement. Cette procédure est singulièrement rapide pour une loi portant sur un sujet si essentiel pour la société française, mais aussi très sensible...

463. – Le contenu de la loi. – Seize jours de débats sur un sujet aussi important, et qui détermine l'avenir depuis plus de quarante ans, c'est peu. D'un point de vue démocratique on peut s'interroger sur ce manque de débat de fond présidant à l'adoption d'une loi. Quoi qu'il en soit, les dispositions de cette loi sont pour l'essentiel toujours en vigueur, et sont d'ailleurs codifiées aux articles L.2512-1 à L.2512-5 du code du travail⁷⁰².

Sans entrer dans le détail de ces dispositions, qui feront l'objet de développement plus approfondis ultérieurement, un rapide survol permettra de mieux saisir le sens de cette loi. La disposition phare de la loi du 31 juillet 1963 figure dans son article 3, codifiée à l'article L.2512-2 du Code du travail⁷⁰³ et concerne le préavis. En vertu de ce texte, les personnels des services publics doivent déposer un préavis avant toute grève. Ce préavis doit émaner des organisations syndicales représentatives, il doit préciser les motifs du recours à la grève, le lieu, la date et les heures de début de la grève et sa durée illimitée ou non. Ce préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève. Depuis 1982⁷⁰⁴, une modification du dernier alinéa du texte dispose que durant cette période de préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier. L'article 4 de la loi, c'est-à-dire l'actuel article L.2512-3⁷⁰⁵ du Code du travail interdit dans les services publics le recours à certains types de grève, comme la grève tournante ou la grève perlée. Afin de mieux garantir les restrictions au droit de grève

⁷⁰¹ Le sénateur Antoine Courrière, regrettait « *la hâte que met le Gouvernement à nous faire voter ce projet de loi. On ne nous a distribué aucun rapport. Nous ne connaissons pas le texte voté par l'Assemblée nationale et l'on nous demande maintenant, verbalement, de nous prononcer. Nous sommes en quelque sorte obligés de faire confiance au ministre qui arrive en courant de l'Assemblée nationale pour nous demander de voter ce projet de loi. Il s'agit d'une procédure assez singulière.* » Cf. : Sénat, 2^{ème} Séance du vendredi 26 juillet 1963, *J.O. Déb. (Sén.)*, 1963, p. 1973.

⁷⁰² Anciens articles L. 521-2 à L. 521-6 du code du travail.

⁷⁰³ Ancien article L.521-3 du Code du travail.

⁷⁰⁴ Article 4 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982.

⁷⁰⁵ Ancien article L.521-4 du Code du travail.

posées par cette loi, son article 5, codifié à l'article L.2512-4 du Code du travail⁷⁰⁶, prévoit que des sanctions pourront être prononcées, en cas de non-respect desdites restrictions. Enfin l'article 6, aujourd'hui codifié à l'article L.2512-5 du Code du travail⁷⁰⁷, modifié en 1982⁷⁰⁸, autorise la retenue sur la rémunération en cas de grève.

464. – L'incomplétude de la loi. – Ceci étant dit, le caractère incomplet de la loi résulte moins de la rapidité de son élaboration qui aurait pu engendrer certaines lacunes, que d'un choix délibéré du gouvernement. À cet égard, trois remarques peuvent être formulées.

Première remarque, comme le pensent certains auteurs, cette loi est incomplète⁷⁰⁹, en ce qu'elle n'a pas résolu toutes les questions relatives à l'exercice du droit de grève⁷¹⁰. Ceci n'est pas étonnant compte tenu de son objectif limité affiché par le gouvernement dès le début de la procédure. En effet, l'exposé des motifs indique qu'« *il convient de souligner que les dispositions du présent projet de loi ne réglementent pas l'ensemble des conditions d'exercice du droit de grève dans les services publics, mais définissent seulement certaines règles applicables aux conditions de recours à la grève et à certaines modalités d'interruption du travail.* »⁷¹¹ D'ailleurs l'intitulé de la loi est éloquent sur ce point, puisque celle-ci est « *relative à certaines modalités de la grève dans les services publics* »⁷¹².

Or, deuxième remarque, ce choix d'une loi ne traitant que de quelques aspects de la grève dans les services publics, s'explique semble-t-il par deux raisons. D'une part, si un projet de loi a pu être proposé si rapidement, dans le contexte que l'on sait, c'est qu'il était déjà présent d'une manière ou d'une autre dans les « tiroirs » du gouvernement. Le sujet avait suffisamment été envisagé depuis 1946, pour que les services du gouvernement disposent de projets officiels dans ce domaine. D'autre part, le projet du gouvernement n'innove guère, puisqu'il s'inspire très largement de la réglementation existante qui avait été adoptée depuis le début des années 1950.

⁷⁰⁶ Ancien article L. 521-5 du Code du travail.

⁷⁰⁷ Ancien article L. 521-6 du Code du travail.

⁷⁰⁸ Article 3 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982.

⁷⁰⁹ MATHIOT (André), « La loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 1963, pp. 595-601.

⁷¹⁰ TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, p. 20.

⁷¹¹ Ass. Nat., Projet de loi relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, présenté au nom de M. Georges Pompidou, premier ministre, par M. Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative, annexe n° 433, séance du 10 juillet 1963, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, p. 709.

⁷¹² Nous soulignons.

Enfin, troisième remarque, en s'en tenant à des modalités d'exercice du droit grève déjà largement mises en œuvre par le pouvoir réglementaire et déjà projetées plus d'une fois sur le plan législatif, le gouvernement n'explorait aucun terrain inconnu, ce qui rendait plus facile et plus rapide l'adoption du texte.

B.- Une loi fraîchement accueillie

465. – Un accueil mitigé en doctrine. – Dans l'ensemble, cette loi a été accueillie fraîchement par la doctrine. Outre son caractère nécessairement incomplet, André Mathiot considère que la loi ne modifiait pas fondamentalement la situation juridique de la grève dans les services publics⁷¹³. Cet avis est partagé par Jean Touscoz qui estime que « *La loi du 31 juillet n'a pas profondément bouleversé l'état du droit positif relatif à la grève dans les services publics.* »⁷¹⁴ Comme beaucoup d'autres auteurs, André Mathiot reproche à la loi de ne pas traiter le problème de fond, c'est-à-dire de ne pas traiter les causes sociales des grèves dans les services publics⁷¹⁵. Quelques années plus tard, le commissaire du gouvernement Louis Bertrand, estimait que la seule « *réglementation de portée utile* » figurant dans la loi de 1963 est l'obligation de préavis⁷¹⁶. Mais, quand bien même la loi du 31 juillet 1963 est d'un apport limité, au regard des réglementations préexistantes, son importance n'est toutefois pas négligeable, puisqu'elle généralise ces règles à tous les services publics. Au fond, c'est cette généralisation des règles d'encadrement du droit de grève qui est importante ici. L'article 1^{er} de la loi, figurant aujourd'hui à l'article L. 2512-1 du Code du travail⁷¹⁷ dispose

⁷¹³ MATHIOT (André), « La loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 1963, p. 601.

⁷¹⁴ TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, p. 31.

⁷¹⁵ André Mathiot cite Léo Hamon qui écrivait dans *Notre République* [journal proche de l'UNR au pouvoir] du 16 juillet 1963 : « La réglementation du droit de grève dans certains services n'est, en réalité, qu'un épisode ; il n'est, par lui-même, pas intrinsèquement scandaleux, mais, isolé, il est parfaitement insuffisant. Réglementer le droit de grève est, pour le pouvoir, une action légitime ; elle peut lui donner un instrument nécessaire, mais ce n'est qu'un instrument et non une fin. Car la fin, en matière sociale, c'est une juste répartition des revenus, une plus grande prospérité, un climat où soient mieux satisfaites les exigences de la dignité des travailleurs, une société où leurs responsabilités d'hommes soient consacrées. » ; cité par : MATHIOT (André), « La loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 1963, p. 596.

⁷¹⁶ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques Paul et Longin*, et sur CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *R.D.P.* 1966, p. 328.

⁷¹⁷ Ancien article L. 521-2 du Code du travail.

que tous les services publics, et donc a fortiori, tous les services publics en réseaux sont concernés, par les dispositions de cette loi.

§ 2.- De la restriction à l'encadrement : la conciliation réalisée dans la navigation aérienne

466. – L'exemple de la navigation aérienne est intéressant à étudier ici, car il concentre un très riche éventail de mesures de conciliation entre droit de grève et principe de continuité du service et une pluralité de justifications de ces mesures. Ceux que l'on appelle les contrôleurs aériens ou plus communément les « aiguilleurs du ciel » représentent une catégorie à la fois restreinte de personnels, puisqu'ils ne représentent que quelques milliers de personnes, mais une catégorie stratégique pour le fonctionnement global du transport aérien. C'est en effet l'ensemble du réseau aérien national qui risque d'être paralysé s'ils cessent le travail. De plus, en pareille hypothèse, le réseau européen sera également perturbé, le ciel français étant une véritable plaque tournante dans l'Union européenne. Or la conciliation opérée dans ce secteur a connu une profonde évolution en l'espace d'un peu plus d'une vingtaine d'années.

En effet, entre 1964 et 1987 le législateur a adopté quatre lois dans ce secteur⁷¹⁸. Deux d'entre elles sont particulièrement importantes : la loi du 2 juillet 1964 qui interdit le droit de grève (A.-), et la loi du 31 décembre 1984 qui rétablit le droit de grève mais instaure un service minimum (B.-).

A.- Les « aiguilleurs du ciel » privés du droit de grève

467. – ***Une interdiction qui ne dit pas son nom.*** – La loi du 2 juillet 1964, tout d'abord, comportait un article 2 dont l'alinéa 2 interdisait le droit de grève. En réalité, cette interdiction n'est pas frontale, directe et explicite, mais elle résulte des

⁷¹⁸ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 *relative à certains personnels de la navigation aérienne*, J.O.R.F. du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au J.O.R.F. du 7 juillet 1964, p. 5979. – Loi n° 71-458 du 17 juin 1971 *relative à certains personnels de l'aviation civile*, J.O.R.F. du 18 juin 1971, p. 5851. – 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*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1985, p. 9. – Loi n° 87-1014 du 18 décembre 1987 *relative au corps des officiers contrôleurs en chef de la circulation aérienne*, J.O.R.F. du 19 décembre 1987, p. 14800.

conséquences lourdes qui s'attachent à la cessation du travail. En effet, la loi dispose que « *toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des officiers contrôleurs de la circulation aérienne et des électroniciens de la sécurité aérienne pourra être sanctionné en dehors des garanties disciplinaires.* » Toutefois, selon l'alinéa 3 issu d'un amendement de Monsieur Jean Delachenal⁷¹⁹, « *la révocation ne pourra être prononcée que dans les formes prévues par le statut général des fonctionnaires.* » Au fond, à travers cette disposition l'interdiction du droit de grève n'est pas prononcée, elle est induite⁷²⁰. D'ailleurs, le législateur pouvait-il interdire un droit constitutionnel ? On sait bien qu'à l'époque le doute était permis. Mais en ne s'attachant qu'aux conséquences de l'exercice de ce droit, le législateur dissuadait les fonctionnaires concernés d'en faire usage. Et il faut bien admettre que c'est-là jouer sur les mots, car l'effet est au final le même : la grève se trouve prohibée.

468. – La garantie du droit syndical. – Cette interdiction du droit de grève était précédée dans le texte de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1964, par un 1^{er} alinéa qui garantissait l'exercice du droit syndical. Ceci n'est pas sans rappeler les dispositions de la loi du 28 septembre 1948 concernant les policiers⁷²¹. Comme en 1948, l'opposition n'avait pas manqué de souligner l'incohérence selon elle qu'il y avait à reconnaître la liberté syndicale d'un côté et d'interdire l'exercice du droit de grève de l'autre. La majorité de 1964, dénie toute pertinence à ce lien entre l'exercice de ces deux droits, mais sans véritablement argumenter sa position. Elle aurait pu faire appel aux arguments qu'avait développés en 1948 le professeur Léo Hamon, conseiller de la République, lors de la discussion du projet de loi relatif au statut des policiers. Voici ce qu'il affirmait à l'époque : « *Or, je lis dans le préambule de la Constitution : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale ou adhérer au syndicat de son choix". Point à la ligne. "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". Il s'agit donc de deux questions différentes, traitées par la Constitution dans des paragraphes différents et non seulement la disposition typographique différencie les objets, mais encore le texte montre qu'un traitement différent leur est réservé. Le droit syndical, lui,*

⁷¹⁹ M. Delachenal défendait cet amendement en affirmant qu'à s'en tenir à l'alinéa 2, « *c'est soumettre au risque de l'arbitraire ce corps de fonctionnaires, que la loi doit protéger contre l'injustice ou l'erreur. C'est pourquoi nous demandons que, pour les sanctions les plus sévères, celles qui affectent non seulement les intéressés, mais encore leurs familles... les garanties accordées par la procédure disciplinaire... soient maintenues...* ». Cf. : Ass. Nat., 2^{ème} séance du 9 juin 1964, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 1737, 2^{ème} col.

⁷²⁰ Marc Jacquet, le ministre des Transports de l'époque dit lui-même à l'Assemblée nationale qu'il s'agit d' « *une sorte de périphrase puisque la suppression du droit de grève n'y est pas mentionnée.* » Cf. : Ass. Nat., 2^{ème} séance du 9 juin 1964, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 1738.

⁷²¹ Article 2 de la loi n°48-1504 du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des personnels de police, *J.O.R.F.* du 29 septembre 1948, p. 9532.

est reconnu avec une portée absolue. Cela méritait d'être dit, car, jusqu'en 1940, la jurisprudence refusait le droit syndical aux fonctionnaires... Par contre... la Constitution...emploi, pour le droit de grève, des formules plus nuancées, puisque le droit de grève "s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". Or, les lois qui réglementent le droit de grève doivent tenir compte des conditions particulières aux services considérés. Elles doivent notamment tenir compte d'une nécessité-loi non écrite qui peut s'imposer à tel service particulier, et qui est la loi non écrite de la continuité. »⁷²²

On ne peut être plus clair, selon nous, sur la distinction constitutionnelle entre l'exercice du droit syndical et l'exercice du droit de grève.

469. – Une interdiction disproportionnée ? – Mais ce qui était valable pour les policiers l'est-il aussi pour les contrôleurs aériens ? Rien n'est moins sûr, compte tenu des missions remplies par chacun de ces services publics concernés. En effet, si les policiers sont directement chargés d'assurer l'ordre public, et sont au sein de la société civile le bras armé du gouvernement, ce n'est pas le cas des contrôleurs aériens qui ont une mission essentielle en matière de sécurité aérienne, mais celle-ci n'est pas vitale du point de vue de l'action gouvernementale. Si la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service est évidemment nécessaire, elle doit se traduire par l'organisation d'un service minimum, et non par une interdiction pure et simple du droit de grève. Celle-ci semble disproportionnée par rapport à l'importance des missions remplies. À l'époque, le législateur ne semblait pas vouloir intervenir autrement que pour interdire la grève dans les services publics sensibles. Mais ce qu'il est nécessaire de rappeler, c'est que cette loi du 2 juillet 1964 est intervenue à la suite d'un conflit social des contrôleurs aériens. Dès lors, cette loi avait un parfum de mesures de rétorsion de la part du gouvernement et de sa majorité, un peu comme en 1963 avec la loi du 26 juillet.

470. – Une interdiction assortie de compensations statutaires. – Toutefois, pour mieux faire passer la mesure d'interdiction du droit de grève, le législateur a fait précéder cette interdiction d'un article 1^{er} qui prévoit que ces personnels sont régis par des statuts spéciaux fixés par décret, dérogoratoires du droit commun de la fonction publique, à laquelle pourtant ils continuent d'appartenir. Ce statut spécial avait pour objectif de faire bénéficier ces personnels de conditions de carrière et indiciaires plus avantageuses que s'ils étaient restés dans le cadre général de la fonction publique. Ainsi, ces dispositions étaient sensée prendre en considération les causes du malaise social éprouvé dans cette profession au tournant des années 1960, mais adossé à l'interdiction du droit de

⁷²² Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O. Déb. (C.R.)*, p. 3313, 2^{ème} col.

grève, cela sonne comme une monnaie d'échange à cette interdiction. Au fond, à bien y réfléchir on retrouve ici la philosophie qui fondait à l'origine l'adoption des statuts du personnel dans la fonction publique et dans les concessions de service public : un statut qui protège l'agent et qui lui impose des obligations et des sujétions ; un statut qui concilie différents intérêts en présence.

471. – Une interdiction étendue. – Ce système statutaire va donc perdurer une vingtaine d'années, malgré quelques soubresauts en 1968. La loi du 17 juin 1971⁷²³ vient harmoniser le statut des ingénieurs de l'aviation civile avec celui des techniciens, officiers contrôleurs et électroniciens en créant le corps des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile, et soumet ce nouveau corps à l'interdiction du droit de grève en application de l'article 2 de la loi de 1964. Il s'agit donc d'une simple extension de la loi de 1964.

B.- Les « aiguilleurs du ciel » astreints à un service minimum

472. – L'instauration du service minimum – C'est en 1984 qu'intervient une profonde révision de ce « compromis » imposé en 1964. En effet, à l'initiative du gouvernement, le législateur rétablit l'exercice du droit de grève au profit des personnels du service public de la navigation aérienne, à travers la loi du 31 décembre 1984⁷²⁴ dont l'article 1^{er} abroge les dispositions des lois de 1964 et 1971 relatives à l'interdiction du droit de grève. Cependant, comme le reconnaissait Monsieur Charles Fiterman, ministre des transports, le contrôle aérien est une activité particulière qui nécessite dès lors un traitement particulier pour tenir compte de la continuité de ses missions essentielles⁷²⁵. Par conséquent, la loi a instauré un service minimum obligatoire en cas de grève dans ce service public. Si l'exposé des motifs justifie bien, entre autres, ce service minimum par la continuité du service public, les dispositions de la loi n'en touchent mot. Celle-ci

⁷²³ Loi n° 71-458 du 17 juin 1971 *relative à certains personnels de l'aviation civile*, J.O.R.F. du 18 juin 1971, p. 5851.

⁷²⁴ 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*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

⁷²⁵ Lors de la discussion générale à l'Assemblée nationale, le 25 avril 1984, il affirmait à propos de l'exercice du droit de grève : « A cet égard, il faut bien constater que nous sommes dans un secteur dont la spécificité est évidente. Cela tient peut-être d'abord à des raisons historiques. Mais, surtout, le transport aérien s'est développé au point de devenir un élément fondamental de la vie de pays comme le nôtre, ce qui impose la continuité de certaines de ses missions essentielles. » Cf. : Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 25 avril 1984, J.O. Déb. (A.N.), 1984, p. 1934, 1^{ère} col.

se contente simplement de lister, dans l'article 2, les missions essentielles devant faire l'objet du service minimum. Il s'agit : 1°/ de la continuité de l'action gouvernementale et l'exécution des missions de la défense nationale, 2°/ de la préservation des intérêts ou besoins vitaux de la France et le respect de ses engagements internationaux, notamment le droit de survol du territoire, 3°/ des missions nécessaires à la sauvegarde des personnes et des biens, 4°/ du maintien de liaisons destinées à éviter l'isolement de la Corse, des départements et territoires d'outre-mer et de la collectivité territoriale de Mayotte, 5°/ de la sauvegarde des installations et du matériel de ces services. Comme prévu par la loi, le décret pris en Conseil d'État en date du 17 décembre 1985⁷²⁶ détermine les modalités d'application de ces dispositions. Ce nouvel équilibre entre continuité du service public et droit de grève a été préservé par la loi de 1987⁷²⁷ qui vient créer un nouveau corps de fonctionnaires dans ce service : celui des officiers contrôleurs en chef de la circulation aérienne, qui permet concrètement d'offrir des perspectives de carrières aux officiers contrôleurs. L'article 2 de cette dernière loi étend le service minimum prévu par la loi de 1984 au personnel intégrant ce nouveau corps de fonctionnaires.

473. – Une loi restée isolée. – Il est remarquable que dans un même service public, on passe en l'espace de vingt ans, de l'interdiction du droit de grève au service minimum, en prenant à chaque fois appui sur des considérations identiques en matière d'objectifs à assurer dont les trois principaux sont la sécurité opérationnelle du transport aérien, la défense nationale et le respect des engagements internationaux. Ceci atteste, s'il en est besoin, qu'il existe plusieurs façons d'envisager la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public. C'est un point sur lequel on reviendra ultérieurement. Mais, à l'occasion de ce détour sectoriel, il est intéressant de constater, que la voie choisie en 1984 pour le personnel de la navigation aérienne, c'est-à-dire celle d'une loi définissant par elle-même le cadre d'un service minimum n'a pas été généralisée à d'autres secteurs de réseaux. La loi du 21 août 2007 applicable dans le secteur des transports publics terrestres de voyageurs s'avère à la fois plus complexe et plus souple que la loi du 31 décembre 1984 concernant la navigation aérienne. Il s'agit en effet d'une

⁷²⁶ Décret n° 85-1332 du 17 décembre 1985 *portant application de la 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*, J.O.R.F. du 18 décembre 1985, p. 14735. – On note que ce décret a été partiellement censuré par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 12 mai 1989, rendu aux conclusions du commissaire du gouvernement Patrick Frydman : Cf. : CE, 12 mai 1989, *UCCEGA*, Rec. T. p. 750 ; *Dr. soc.* 1989, p. 669, concl. Patrick FRYDMAN.

⁷²⁷ Loi n° 87-1014 du 18 décembre 1987 *relative au corps des officiers contrôleurs en chef de la circulation aérienne*, J.O.R.F. du 19 décembre 1987, p. 14800.

loi-cadre laissant une très large place à la négociation collective. Supplétive et s'appliquant à des secteurs marqués par la décentralisation, la loi de 2007 est de ce fait bien éloignée d'une loi impérative d'essence jacobine telle la loi de 1984 qui s'applique à un service public étatique.

§ 3.- Vers la conciliation négociée : la loi du 21 août 2007

474. – Une loi votée rapidement. – La période estivale semble convenir idéalement à l'adoption des lois « sociales » réglementant le droit de grève. La loi du 21 août 2007, adoptée en dernière lecture à l'Assemblée nationale le 2 août 2007, s'inscrit ainsi dans la continuité de sa grande devancière du 31 juillet 1963. Les syndicats étant en veille, faute de militants disponibles – les français ont alors des préoccupations saisonnières plus personnelles –, le Parlement sous la houlette du gouvernement peut légiférer sur cette matière sensible. Mais à la différence des autres lois, celle de 2007 ne constitue pas une mesure de rétorsion ; du moins pas directement au regard de faits précis d'actualité. Elle est la concrétisation d'une promesse électorale du Président de la République élu en mai 2007. Elle a été adoptée en un mois à peine, puisque le projet de loi a été déposé le 4 juillet 2007. Bien que soumise à la procédure d'urgence prévue à l'article 45 de la Constitution dans sa rédaction alors en vigueur, les deux chambres acquises au gouvernement ont discuté du projet de façon constructive, avec au final la réunion d'une commission mixte paritaire dont l'ensemble des propositions ont été validées par les deux assemblées.

475. – Une loi préparée en amont. – Comme le suggère son intitulé officiel, l'ambition de cette loi est double : assurer la continuité du service public par l'amélioration du dialogue social. Le ministre du travail Xavier Bertrand indiquait lors de la discussion générale en première lecture au Sénat, « *ce texte repose sur l'idée qu'en renforçant le dialogue social dans les entreprises de transport, les grèves pourront être, pour une large part, évitées. Et si jamais une grève se produit, il fixe le cadre dans lequel le service de transport public doit être organisé, afin de garantir aux usagers un service, certes réduit, mais prévisible, en cas de grève ou de forte perturbation.* »⁷²⁸ En soi le gouvernement n'a rien inventé. Le terrain avait été largement éclairé par l'expérimentation de l'alarme sociale à la RATP depuis 1996 et de la concertation immédiate à la SNCF depuis 2003. Il avait été préparé, également, par le rapport de la

⁷²⁸ Sénat, séance du mardi 17 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)*, 18 juillet 2007, p. 2364, 2^{ème} col.

commission présidée par président Dieudonné Mandelkern⁷²⁹. Sans compter les nombreuses propositions de lois en la matière, et les nombreux rapports d'information parlementaires, dont le rapport du député de l'Hérault Robert Lecou remis en décembre 2003⁷³⁰. Fort de cette riche expérience, le projet de loi s'en inspire en respectant les quatre principes directeurs suivants : la prévention des conflits par l'amélioration des conditions du dialogue social, la prévisibilité du service en définissant les dessertes prioritaires ou de substitution, l'action des collectivités locales autorités organisatrices des transports, et la responsabilité du service garanti incombant à l'entreprise de transport elle-même. Sans entrer dans le détail du texte, pour lequel nous renvoyons aux études doctrinales qui commentent cette loi⁷³¹, nous allons nous attacher à identifier parmi ses dispositions celles qui participent à la conciliation négociée entre le droit de grève et la continuité du service.

476. – Nous pourrions constater en premier lieu que la négociation collective est privilégiée pour prévenir les conflits collectifs (A.-), et pour mettre en œuvre de façon concrète un service garanti (B.-).

A.- La négociation en prévention des conflits collectifs

477. – ***Une loi cherchant à prévenir les grèves.*** – Le premier moyen d'assurer la continuité du service public, c'est d'éviter la grève. C'est là une vieille idée qui renaît avec la loi du 21 août 2007. La loi systématise et organise la négociation préalable à toute grève. Mais elle privilégie la négociation des règles de négociation préalable. Autrement dit, non seulement la loi tend à renforcer la négociation au sein des

⁷²⁹ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports*, Paris, juillet 2004, 117 pp.

⁷³⁰ Ass. Nat., Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le service minimum dans les services publics en Europe, et présenté par M. Robert LECOUC, député, Annexe n° 1274, Séance du 4 décembre 2003, 105 pp.

⁷³¹ MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *A.J.D.A.* 2007, pp. 1752-1755. – RAY (Jean-Emmanuel), « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.* 2007, pp. 1205-1220. – TERNEYRE (Philippe), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : laboratoire d'une ambition plus vaste ou expérience isolée ? », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, décembre 2007, Etude 4, pp. 391-398. – VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (Loi n° 2007-1224, 21 août 2007) », *J.C.P. éd. Social* n° 38 du 18 septembre 2007, Etude 1692, pp. 9-18.

entreprises de transport, mais elle cherche à le faire par la négociation et non de façon unilatérale.

478. – Une loi-cadre. – À cet égard, il est tout d'abord remarquable que la loi du 21 août 2007 est une loi-cadre ; quand bien même cela ne figure pas dans l'intitulé de la loi, c'est la volonté exprimée par le gouvernement. D'entrée de jeu lors de la discussion générale en première lecture au Sénat, le ministre du travail Xavier Bertrand affirme que « nous avons fait, avec Dominique Bussereau, le choix d'une loi-cadre, afin de dire avec ambition ce que nous voulons et pour préciser le plus possible les modalités de ce service minimum [...] Il ne s'agit pas pour nous de renvoyer le dossier aux acteurs locaux après le vote de cette loi-cadre en leur disant "débrouillez-vous" ; au contraire, notre volonté, est, [...] de permettre à ces acteurs de faire du "sur-mesure" [...] »⁷³². La loi renvoie en effet au décret et à la convention collective le soin de régler dans le détail les principes d'exercice du droit de grève. Sans développer de façon précise la problématique juridique relative à l'articulation entre la loi et la convention collective, chose que nous réservons pour la suite de notre étude⁷³³, il convient d'indiquer dès à présent que la loi-cadre assigne à la convention collective le rôle majeur de son application concrète. À cet effet, la loi organise une relation de subsidiarité à deux niveaux, entre les divers types de convention collective et le règlement.

479. – La négociation des accords-cadres. – Fondamentalement, l'application de la loi doit résulter d'un accord-cadre d'entreprise. Un tel accord, doit être obligatoirement négocié dans les entreprises de transport terrestre régulier de voyageurs. Son objet est de définir une procédure de prévention des conflits. Ainsi, il organise les conditions de la négociation des futurs accords intervenant avant le dépôt d'un préavis de grève ; la négociation devient donc obligatoire avant tout déclenchement de grève. Au fond, l'accord cadre d'entreprise est un accord de méthode, dans la mesure où il organise une procédure à suivre pour négocier et aboutir à d'autres accords. De plus, cet accord cadre d'entreprise doit aussi avoir pour objet de déterminer les conditions d'un développement du dialogue social au sein de l'entreprise de transport. On cherche donc à favoriser la rénovation du dialogue social dans l'entreprise, afin de limiter le plus possible les blocages et par conséquent les risques de conflits collectifs. Mais concrètement sur ce dernier point, la loi ne précise rien ; elle n'oblige donc à rien de précis. On sait que l'expérience menée en la matière à la RATP est pourtant significative du bien-fondé

⁷³² Sénat, séance du mardi 17 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)*, 18 juillet 2007, p. 2363, 2^{ème} col.

⁷³³ Cf. : *Infra*, Partie 2.

d'une telle démarche. Il s'agit notamment de mettre en œuvre de façon circonstanciée à chaque entreprise, les modalités d'exercice du droit syndical, en termes de moyens mis à disposition, d'information diffusée entre direction et syndicats et d'organisation des échanges permanents entre direction et représentants du personnel. C'est donc une culture du dialogue permanent que doit introduire dans ces entreprises l'accord-cadre négocié. Enfin, la portée de cet accord-cadre est importante ; il doit être respecté par tout syndicat envisageant de déposer un préavis de grève, alors même qu'il ne serait pas signataire de cet accord-cadre. Celui-ci tire sa force obligatoire et sa portée « réglementaire » de la loi qui le rend obligatoire. Pour ce qui est des accords existants, à la RATP et à la SNCF notamment, la loi indique qu'ils devront être mis en conformité avec le dispositif législatif.

480. – La négociation tout azimut. – Les dispositifs conventionnels, accords-cadres d'entreprise et accord de branche, ainsi que le dispositif réglementaire, doivent, selon la loi, contenir certaines règles propres à favoriser la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public. Ce sont ces règles qu'il convient d'examiner dans les grandes lignes, le détail étant réservé pour la suite de notre étude. La continuité du service public est en premier lieu conservée par un ensemble de règles favorisant la négociation au sein de l'entreprise avant tout déclenchement d'une grève. On retrouve là une idée ancienne, que la loi de 1963 avait tenté de régler à travers le préavis de cinq jours, et que la loi de 1982 avait renforcé en inscrivant en toute lettre l'obligation de négocier durant ce préavis. Mais la négociation ne se décrète pas. Elle suppose un climat de confiance, des conditions, et des procédures aptes à la favoriser. La loi du 21 août 2007 demande aux partenaires sociaux dans l'entreprise, de fixer dans l'accord-cadre d'entreprise la procédure de négociation préalable à tout déclenchement de grève. Dans cette perspective, l'accord-cadre doit prévoir non seulement les modalités de déroulement de la négociation préalable, mais aussi les informations préparatoires à la négociation qui seront mises à la disposition des parties. De même, l'accord-cadre devra prévoir les modalités d'élaboration des relevés de conclusions de fin de négociation, qui peut prendre la forme d'un procès-verbal de désaccord.

481. – Les niveaux complémentaires de réglementation. – Au-delà de l'accord-cadre d'entreprise, la loi prévoit deux autres niveaux de réglementation, afin de suppléer une éventuelle défaillance de la négociation d'entreprise. Ces deux niveaux sont la branche professionnelle et le décret.

Tout d'abord donc, la loi oblige à la négociation d'un accord de branche parmi celles concernées par le champ d'application de la loi, principalement celle des transports publics urbains. Cet accord ne sera appliqué que subsidiairement dans les entreprises où aucun accord-cadre n'a été signé. Les deux niveaux d'accords collectifs n'ont pas vocation à se compléter. Vraisemblablement, cet accord de branche s'appliquera aussi aux entreprises dont l'accord-cadre aura été dénoncé ou annulé. La loi ne le précise pourtant pas. Mais nous rejoignons ici Raymonde Vatinet qui estime que l'accord de branche « *est là pour combler tout vide conventionnel au niveau de l'entreprise.* »⁷³⁴ Quant au vide conventionnel que créerait l'absence d'accord de branche, il a lui aussi été prévu par le législateur.

La loi prévoit en effet qu'un décret en Conseil d'État suppléera l'absence conjuguée d'accord-cadre et d'accord de branche dans une entreprise. Il a pour objet de fixer les règles d'organisation et de déroulement de la négociation collective précédant le déclenchement du préavis de grève. L'application de ce décret est elle aussi subsidiaire. Il s'efface dès qu'un accord collectif, d'un niveau ou de l'autre, est valablement appliqué dans l'entreprise.

B.- La mise en œuvre négociée d'un service garanti

482. – Un service garanti normalement négocié. – Le législateur aurait-il pu imposer aux agents des transports publics terrestres de voyageurs un service minimum défini par lui ? Assurément non, et ceci pour plusieurs raisons. D'une part, une loi autoritaire aurait incontestablement été mal reçue par les protagonistes. Quand bien même l'opinion publique était – dit-on – en majorité favorable à une telle loi, inversement les agents, eux, ne l'étaient pas. D'autre part, chaque service ayant ses spécificités, on voit mal le législateur s'affairer à régler dans le détail un service minimum qu'il aurait imposé tant aux agents et à leur employeur qu'aux nombreuses autorités locales organisatrices des transports. Une telle loi aurait été inapplicable. Le législateur a donc fait le choix de privilégier la mise en œuvre des principes qu'il fixait aux acteurs du terrain. La négociation des dispositifs de conciliation s'imposait donc.

⁷³⁴ VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (Loi n° 2007-1224, 21 août 2007) », *J.C.P. éd. Social* n° 38 du 18 septembre 2007, Etude 1692, p. 13.

483. – Un « plan de transport » négocié. – Selon les termes de la loi, l'entreprise de transport doit élaborer unilatéralement un plan de transport adapté aux priorités de dessertes et aux niveaux de service tels qu'ils ont été préalablement définis par l'autorité organisatrice de transport. Parallèlement, l'entreprise doit élaborer un plan d'information des usagers conforme aux prévisions de transport. Ces plans ont ensuite vocation à être intégrés aux conventions d'exploitation dès qu'ils sont approuvés par l'autorité organisatrice des transports. Ces plans de transport et d'information vont servir de base pour la négociation d'un accord de prévisibilité au sein de l'entreprise. La loi réserve seulement en cas d'absence d'un tel accord, la possibilité pour l'employeur d'adopter un plan unilatéral de prévisibilité. Le premier volet de ce plan recensera par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualification, les catégories d'agents et leurs effectifs ainsi que les moyens matériels indispensables à l'exécution des niveaux de service prévus. Le second volet du plan doit prévoir les conditions de réaffectation des personnels disponibles pour assurer le plan de prévisibilité. Les personnels disponibles ne peuvent être que les personnels non-grévistes. C'est là qu'apparaît clairement le fait que le respect du plan de transport va dépendre de l'ampleur du mouvement de grève. Plus il y aura de grévistes, moins le plan de transport pourra être respecté et moins le service sera garanti. Sur ce point, comme sur d'autres, la loi n'est pas impérative, mais simplement facultative.

484. – Propos conclusif du Chapitre 8 – Si la continuité du service public s'est révélée être un fondement souvent implicite dans les premières législations relatives au droit de grève, il n'en est plus de même aujourd'hui. Le législateur s'est pleinement approprié le contenu de la décision n°79-105 DC du Conseil constitutionnel. Il n'hésite plus à faire explicitement référence au principe de continuité.

Conclusion du Sous-titre 3.-

485. – Au-delà donc des difficultés réelles rencontrées par le législateur et le pouvoir réglementaire pour s'approprier le principe de continuité du service public, il existe un régime juridique polymorphe applicable à certains des agents des grands services en réseaux, dont la finalité est de permettre une continuation du service, y compris autant que possible en cas de grève. Mais cela ne vaut que pour les agents qui au sein de ses grands services en réseaux peuvent être considérés comme des agents du service public. On voit tout de suite la difficulté d'identifier ces agents dans des entreprises qui ne sont plus totalement vouées au service public. On perçoit la difficulté d'application d'un régime juridique fondée sur une notion – le service public – qui ne couvre que partiellement les services en réseaux d'aujourd'hui. La réalité est cependant complexe, puisqu'on constate l'existence d'une interprétation extensive de ce champ d'application qui permet de gommer un peu ces difficultés, mais qui en réalité en crée de bien plus grandes. Il est donc nécessaire de sonder les limites exactes de cette interprétation extensive des modalités d'application du régime juridique relatif au droit de grève dans les service publics, tel qu'elles le sont dans les grands services en réseaux (Sous-Titre 4.-).

Sous-titre 4.- Les limites d'une application extensive dans les services en réseaux de la législation et de la réglementation du droit de grève dans les services publics

486. – En théorie la législation et la réglementation autonome relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics, ne devraient s'appliquer qu'au sein des entreprises chargées d'une mission de service public. Telles avaient-elles été conçues à l'origine. Ceci est logique puisqu'à l'époque, le service public était constitutif de missions à part entière. Les phénomènes de sous-traitance et d'externalisation n'étaient pas véritablement théorisés et donc pas intégrés dans le processus de mise en œuvre du service public. De même que l'ouverture à la concurrence des « services publics » et la réduction du champ du service public qui s'ensuit, n'existaient pas à l'époque. Le juge administratif n'avait sans doute pas imaginé en 1950 de pareilles évolutions dans la manière de rendre le service public à la population. Le législateur n'avait pas davantage pris imaginé ou pris en compte ces réalités lors du vote de la loi de 1963 et plus récemment lors de l'adoption de la loi de 2007.

487. – Pourtant, il faut bien constater qu'aujourd'hui ces dispositifs juridiques s'appliquent à ces réalités, certes de façon plus ou moins importante selon l'interprétation donnée des critères d'application qu'ils connaissent. C'est donc cette interprétation toute jurisprudentielle des critères d'application de la législation ou de la réglementation autonome qu'il convient de comprendre (Chapitre 9.-). Pourrait-on en effet imaginer que ces dispositifs puissent être imposés à tous les agents des services en réseaux libéralisés ? Il demeure d'incontestables limites juridiques à un tel développement qu'il est nécessaire d'analyser (Chapitre 10.-).

- **Chapitre 9.- Une logique d'extension à l'œuvre dès l'origine**
- **Chapitre 10.- Critique d'une logique extensive poussée à l'extrême**

Chapitre 9.- Une logique d'extension à l'œuvre dès l'origine

« Le droit n'a pas pour fonction de satisfaire l'esprit de géométrie mais de répondre aux besoins des hommes. »

Benoît JEANNEAU⁷³⁵

488. – *Propos introductif du Chapitre 9* – Les différents régimes juridiques relatifs au droit de grève dans les services publics reposent sur des critères d'application que la jurisprudence administrative n'a eu de cesse d'interpréter largement. La problématique est différente selon qu'il s'agisse d'étendre le pouvoir réglementaire autonome ou d'appliquer extensivement la législation de 1963. Mais au final, l'effet est le même : assujettir les personnels des services d'intérêt général jugés les plus importants à des exigences et des contraintes liées au service public. Ainsi, l'extension des régimes juridiques législatifs et réglementaires repose essentiellement sur une interprétation extensive du champ du service public dans les services en réseaux qu'il convient d'analyser. Toutefois, dans la mesure où de grandes différences existent entre les dispositifs réglementaires et législatifs en la matière, nous les examineront séparément.

489. – Seront donc analysés en premier lieu l'extension du champ d'application du pouvoir réglementaire autonome dans les services en réseaux (Section 1.-), puis en second lieu, l'extension de l'application de la législation sur le droit de grève dans les services en réseaux (Section 2.-).

⁷³⁵ JEANNEAU (Benoît), « L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges Savatier, Paris, PUF, 1992, p. 243. – spéc. 266.

Section 1.- La logique d'extension du champ d'application du pouvoir réglementaire autonome dans les services publics en réseaux

490. – L'arrêt *Dehaene*, il faut le rappeler, reconnaît au gouvernement l'exercice d'un pouvoir réglementaire autonome en vue de réglementer le droit de grève. L'analyse de la jurisprudence administrative postérieure à l'arrêt *Dehaene*, permet d'identifier trois étapes majeures dans le processus d'extension du pouvoir réglementaire autonome. Tout d'abord, en 1958, dans l'arrêt *Lépouse*⁷³⁶, le Conseil d'État reconnaît l'exercice du pouvoir réglementaire autonome aux ministres pris individuellement, et non plus au gouvernement dans son ensemble. Puis, en 1962, par l'arrêt *Bernardet*⁷³⁷, le Conseil d'État admet que ce même pouvoir peut également être exercé par les chefs de services au sein de l'administration. Enfin, en 1977, avec l'arrêt *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*⁷³⁸, le Conseil d'État reconnaît ce même pouvoir aux dirigeants des établissements publics et plus généralement des entreprises publiques chargées d'un service public, qui en sont les détenteurs exclusifs.

491. – On explique généralement l'extension du pouvoir réglementaire autonome aux organes dirigeants des services publics personnalisés, par le principe posé dans l'arrêt *Jamart* en 1936⁷³⁹ ; principe selon lequel, « *même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité* ». On retrouve effectivement une formulation très proche dans la jurisprudence *Dehaene*, selon laquelle, en l'absence de la législation prévue par le Préambule de 1946, « *il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue desdites limites pour les agents desdits services* ». Le point de rencontre entre la jurisprudence *Dehaene* et la jurisprudence *Jamart*, se situant dans l'idée de « bon fonctionnement », soit de

⁷³⁶ CE, 28 novembre 1958, *Lépouse*, R.D.P. 1959, p. 306, note Marcel WALINE ; D. 1959, p. 263, note Jean-Louis QUERMONNE ; A.J.D.A. 1958, I, p. 128, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

⁷³⁷ CE, Sect., 19 janvier 1962, req. n° 51.716, *Sieur Bernardet et autres*, Rec. p. 49 ; D. 1962, p. 202, note LECLERCQ.

⁷³⁸ CE, 14 octobre 1977, req. n° 98.807, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, Rec. p. 383.

⁷³⁹ CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, Rec. p. 172 ; S. 1937. 3. 113, note Jean RIVERO ; GAJA, 2003, 14^e éd., Paris, Dalloz, n°51, p. 313.

l'administration (arrêt *Jamart*), soit du service public (arrêt *Dehaene*). La distinction ici faite entre l'« administration » et le « service public » est certes d'apparence mineure, mais n'est pas dépourvue de toute pertinence⁷⁴⁰. Car, à s'en tenir au bon fonctionnement de l'administration, seuls les services publics administratifs seraient concernés par le pouvoir réglementaire autonome. Alors que le « bon fonctionnement des services publics », expression utilisée par l'arrêt *Dehaene*, permet d'envisager le pouvoir réglementaire autonome aussi bien dans les services publics administratifs (c'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *Dehaene*) que dans les services publics industriels et commerciaux.

492. – Pour comprendre les fondements de l'extension du champ d'application du pouvoir réglementaire autonome dans les services en réseaux, il est nécessaire de revenir à l'origine de ce pouvoir réglementaire accordé aux gestionnaires des services publics en réseaux et sur ses propres fondements (§1.-). Nous constaterons alors que le pouvoir réglementaire autonome est aujourd'hui très largement reconnu dans les services en réseaux (§2.-).

§1.- L'origine du pouvoir réglementaire autonome dans les services en réseaux

493. – Incontestablement, l'origine du pouvoir réglementaire autonome, se situe bien dans le droit prétorien de l'arrêt *Jamart* de 1936, et son application au cas particulier de la réglementation du droit de grève trouve son fondement dans l'arrêt *Dehaene*. Mais en ce qui concerne plus précisément le caractère exclusif du pouvoir réglementaire autonome accordé aux organes dirigeants des services publics personnalisés, aucun argument précis n'est en général avancé. Toutefois, il demeure relativement simple à

⁷⁴⁰ Certains auteurs n'insistent pas sur cette légère différence. Ainsi, un auteur écrit que « *c'est en effet sur un même principe, à savoir le bon fonctionnement du service public et en particulier sa continuité, que reposent à la fois le pouvoir de réglementer le droit de grève reconnu au gouvernement par l'arrêt Dehaene et celui, conféré au ministre comme à tout chef de service, par l'arrêt Jamart, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité.* » (Cf. : F.H., note sous CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, req. n° 3.012, et sous CE, 4 février 1976, *Section syndicale du Centre psychothérapique de Thuir*, req. n° 97.685, *A.J.D.A.* 1978, p. 51). Au fond, cet auteur considère que la jurisprudence *Dehaene* n'est qu'un cas particulier de la jurisprudence *Jamart*.

justifier par la combinaison de deux éléments : l'autonomie de gestion et les statuts du personnel.

494. – En premier lieu, l'origine du pouvoir réglementaire autonome accordé aux dirigeants des services publics personnalisés se comprend en réalité par l'autonomie de gestion accordée aux services publics personnalisés (A.-). En second lieu, cette origine s'explique également par la présence de statuts du personnel dans ces services publics (B.-).

A.- L'autonomie de gestion, première justification du Pouvoir réglementaire autonome

495. – **Le pouvoir de tutelle.** – La notion de tutelle bien comprise à travers le prisme de l'autonomie de gestion des services publics personnalisés, peut justifier l'exclusivité du pouvoir réglementaire autonome. En effet, l'autonomie de gestion des services publics personnalisés a été mise en avant au milieu des années 1960, principalement dans le rapport présenté par l'inspecteur général des finances Simon Nora au premier ministre Georges Pompidou⁷⁴¹. Ce rapport s'était notamment attaché à délimiter le partage des responsabilités entre la direction de l'entreprise publique et sa tutelle ministérielle. L'idée était de promouvoir le renforcement des pouvoirs et le renforcement de l'autonomie des entreprises, ainsi que de recentrer la tutelle sur des fonctions d'encadrement et d'orientation générale. Selon le rapport « *il importe [...] que l'intervention des tutelles laisse aux entreprises publiques une marge de choix suffisante pour qu'elles puissent, sous leur responsabilité personnelle, poursuivre leurs objectifs propres d'équilibre et d'expansion, bref, faire leur métier d'entreprise.* »⁷⁴² L'autonomie de gestion, mise en avant ici, est d'abord et avant tout de nature économique et financière. Mais elle induit aussi une autonomie de gestion sur le plan juridique. Dès lors, il revient aux organes dirigeants de ces services publics personnalisés d'assurer, notamment, la gestion de leurs personnels. Ce qu'au demeurant, elles faisaient déjà, avant même la publication du rapport Nora.

La tutelle, exercée par le ministre compétent ne peut donc pas justifier une intervention directe dans les affaires de ces entreprises. C'est ce qu'exprime Jean-

⁷⁴¹ Groupe de travail du Comité interministériel des Entreprises publiques, présidé par Simon NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à M. Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La Documentation française, 131 pp.

⁷⁴² *Idem*, p. 90.

Michel Bollé lorsqu'il écrit que « *La tutelle, et c'est la différence essentielle avec le pouvoir hiérarchique, exclut le pouvoir d'instruction* »⁷⁴³ ; encore qu'il faille nuancer ce propos, car, même si la gestion du service est autonome, sa direction est nécessairement influencée par l'autorité organisatrice du service, laquelle autorité est l'administration de tutelle. En définitive, si l'autonomie de gestion existait bien avant l'intervention du rapport Nora, elle est depuis considérée comme un principe fondamental (bien qu'appliqué de façon aléatoire) du fonctionnement des entreprises publiques chargées d'un service public. L'autonomie de gestion d'un service public personnalisé empêche donc le gouvernement, ou le ministre de tutelle, de déterminer lui-même les mesures relatives à la gestion de ce service. Selon le Conseil d'État, il ne le peut que si un texte spécial le lui permet⁷⁴⁴.

496. – Le refus d'accorder un pouvoir réglementaire autonome au ministre de tutelle. – Le Conseil d'État a rejeté la thèse avancée par le commissaire du gouvernement Louis Bertrand dans l'affaire *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots* du 23 octobre 1964, thèse qui consistait à substituer le rapport de dépendance au rapport d'autorité pour justifier l'exercice du pouvoir réglementaire autonome par le ministre à l'égard d'un service public personnalisé. Si Louis Bertrand reconnaissait qu'en vertu du principe d'autonomie de gestion, le ministre de tutelle ne disposait effectivement pas d'un pouvoir réglementaire autonome pour régler le droit de grève dans l'entreprise⁷⁴⁵, il estimait cependant qu'il devait pouvoir réglementer l'exercice d'un droit aussi important que le droit de grève dans ces services personnalisés. Il convient alors de « *donner au pouvoir ministériel de réglementation de*

⁷⁴³ BOLLE (Jean-Michel), « Le droit de grève dans les services publics », note sous CE, 20 janvier 1975, *Syndicat national de Radiodiffusion et de Télévision et autres, Syndicat national des journalistes et autres*, req. n° 89.515 et 89.516, *Dr. soc.* 1976, p. 64.

⁷⁴⁴ Ainsi par exemple, en matière ferroviaire, le Conseil d'État préfère se fonder sur la loi du 11 juillet 1842 sur la police spéciale des chemins de fer, qui pourtant ne concerne a priori en rien l'exercice du droit de grève. Déjà dans un arrêt ancien du 6 décembre 1907, le Conseil d'État avait jugé que « *les dispositions relatives [...] au travail de ceux des agents qui sont nécessaires à la sûreté de l'exploitation rentrent [...] dans les mesures intéressant la sécurité des voyageurs* », et qu'elles peuvent être prises en conséquence par règlement d'administration publique en application de l'article 9 de ladite loi. Cf. : CE, 6 décembre 1907, *Chemin de fer de l'Est, du Midi, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*, *Rec.* p. 913, concl. Jacques TARDIEU ; *D.* 1909.3.57 concl. Jacques TARDIEU ; *R.D.P.* 1908, p. 38, note Gaston JÈZE ; *S.* 1908, III, p. 1, concl. Jacques TARDIEU et note Maurice HAURIOU ; *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, MDD, Réédition, 2000, t. I, pp. 16-30 ; GAJA, 2005, 15^{ème} éd., n°19, p. 115-121.

⁷⁴⁵ Pour Louis Bertrand, « *le service des transports par chemin de fer est géré par une personne morale distincte de l'Etat, en l'occurrence une société d'économie mixte, dont le personnel est soumis à un statut de droit privé. Les pouvoirs du Ministre ne sont donc pas ici ceux d'un chef de service.* » Cf. : BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *R.D.P.* 1964, p. 1215.

l'exercice du droit de grève une base qui soit valable pour tous les services publics personnalisés »⁷⁴⁶. Cette base il l'identifiait d'une part, dans le fait que le ministre est autorité concédante et bénéficie à ce titre des pouvoirs définis au cahier des charges annexé à l'acte de concession du 31 août 1937 ; d'autre part, selon lui, le ministre détient aussi un pouvoir de police spéciale sur la base des lois des 11 juin 1842 et 15 juillet 1845⁷⁴⁷. Ainsi, il envisageait de substituer le rapport de dépendance au rapport d'autorité. De ce fait, il admettait donc que le pouvoir de tutelle, n'est pas un pouvoir d'autorité ; néanmoins, puisque le pouvoir de tutelle exprime un rapport de dépendance, il doit être accompagné d'un pouvoir réglementaire autonome.

497. – Les raisons d'un refus. – L'idée développée par Louis Bertrand était intéressante car elle aurait permis de donner au seul gouvernement la capacité de réglementer l'exercice du droit de grève qui est un droit fondamental. Après tout, le Préambule de 1946 faisait appel à la loi, c'est-à-dire à un acte de puissance publique extérieur à l'entreprise, pour réglementer ce droit. L'arrêt *Dehaene* justifiait l'intervention du gouvernement pour suppléer à la carence du législateur. On aurait pu en rester là, en acceptant l'idée de Louis Bertrand.

Plusieurs raisons peuvent expliquer son rejet par la haute juridiction administrative. D'une part, l'évolution de la jurisprudence *Dehaene* dans les années 1950 et tout début des années 1960 avait déjà déroulé le fil de la hiérarchie administrative pour donner aux chefs de services les plus près du terrain la possibilité de réglementer le droit de grève, pourquoi alors en aurait-il été autrement pour des services extérieurs à l'administration ? D'autre part, l'idée de tutelle était suffisamment forte pour que le Conseil d'État la distingue de l'interventionnisme gouvernemental ; les conclusions de Louis Bertrand le démontrent *a contrario*. Voilà pourquoi le Conseil d'État a plutôt cherché à rattacher systématiquement lorsqu'il le pouvait, le pouvoir ministériel à un texte même interprété de façon peu orthodoxe. Ainsi, en matière ferroviaire, le Conseil d'État considère que « *dans le cadre de ces prérogatives gouvernementales, le Ministre des Travaux publics et des Transports chargé par la loi du 15 juillet 1845 et le décret du 22 mars 1842, auxquels se réfère l'article 40 de la Convention conclue entre l'État et la Société nationale des Chemins de fer français le 31 août 1937, de la police des chemins de fer, pouvait, dans les limites ci-dessus précisées, légalement prendre des mesures interdisant ou réglementant par avance l'exercice du droit de grève par le*

⁷⁴⁶ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, R.D.P. 1964, p. 1216.

⁷⁴⁷ *Idem*, p. 1215.

personnel de la Société nationale des Chemins de fer français »⁷⁴⁸. Le Conseil d'État laisse le pouvoir réglementaire autonome aux dirigeants de la SNCF et n'attribue un pouvoir réglementaire au ministre que sur le fondement d'une base légale définie par des textes applicables à l'activité en cause.

B.- Les statuts du personnel, deuxième justification du pouvoir réglementaire autonome

498. – La présence de statuts réglementaires du personnel. – L'autre argument qui explique le caractère en principe exclusif du pouvoir réglementaire autonome confié aux organes dirigeants des services publics personnalisés est lié à la présence de statuts réglementaires du personnel dans les entreprises publiques de service public en réseaux. C'était le cas des établissements publics EDF et GDF, de la société Air France, de la société nationale puis établissement public SNCF, où le personnel bénéficie de ce type de statut réglementaire ; enfin, dans les administrations des postes et télécommunications devenues les entreprises La Poste et France Télécom (Orange), on trouve du personnel bénéficiant du statut de fonctionnaire.

499. – L'articulation avec l'autonomie de gestion. – L'autonomie de gestion, évoquée précédemment explique aussi que les dirigeants des services publics personnalisés disposent d'un pouvoir réglementaire autonome pour déterminer non seulement l'organisation du service public⁷⁴⁹, mais aussi les conditions de travail des agents de ces services⁷⁵⁰. Dès lors nombreux sont les auteurs qui estiment que puisque les dirigeants des services publics personnalisés disposent d'un tel pouvoir pour réglementer les conditions de travail, il n'est pas aberrant qu'ils puissent également réglementer les conditions de la cessation temporaire du travail. Ainsi pour les chroniqueurs avertis du Palais royal qu'étaient Jean-Louis Dewost et Renaud Denoix-de-Saint-Marc, « *le pouvoir de réglementer les conditions de travail comporte celui de*

⁷⁴⁸ CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, R.D.P. 1964, p. 1221, concl. Louis BERTRAND.

⁷⁴⁹ CE, 10 novembre 1961, *Sieur Missa et Association « Les résistants de la radiodiffusion française »*, Rec. p. 636 ; A.J.D.A. 1962, p. 40, concl. Pierre ORDONNEAU. – TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c./ Epoux Barbier*, Rec. p. 790, concl. Jean KAHN ; Dr. soc. 1969, p. 51, note Jean SAVATIER.

⁷⁵⁰ CE, Ass., 13 janvier 1967, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, Rec. p. 10 ; A.J.D.A. 1967, p. 270, chron. Jean-Philippe LECAT et Jean MASSOT.

réglementer les conditions de sa cessation »⁷⁵¹. C'est ici une raison sérieuse qui explique l'extension du pouvoir autonome pour réglementer le droit de grève dans les services publics personnalisés ainsi que son extension, et son application dans des entreprises telles EDF et GDF qui ont désormais la forme de sociétés anonymes, ainsi que l'illustrent les ordonnances de référé du Conseil d'État de juillet 2009⁷⁵² et plus encore l'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013⁷⁵³.

§2.- Un pouvoir réglementaire largement reconnu dans les services en réseaux

500. – Alors que les arrêts *Lépouse* et *Bernardet* ne concernaient que les chefs des services publics administratifs, il devenait nécessaire d'étendre le bénéfice du pouvoir réglementaire autonome aux dirigeants des services publics industriels et commerciaux. Ainsi, dans les services en réseaux, le pouvoir réglementaire autonome a été étendu assez logiquement aux dirigeants des services publics personnalisé (A.-). C'était en effet rester dans une certaine mesure au sein de la sphère « administrative » ; il n'y avait pas d'effort important à réaliser pour l'admettre, d'autant plus que ce pouvoir contribue au bon fonctionnement du service rendu. En revanche, plus étonnante est l'extension de ce même pouvoir réglementaire autonome aux dirigeants des entreprises privées chargées de missions de service public, alors que le lien avec le service public est distendu (B.-).

⁷⁵¹ Chronique générale de jurisprudence administrative française à l'*A.J.D.A.* de l'année 1968, p. 572, par MM. Jean-Louis Dewost et Renaud Denoix-de-Saint-Marc. Ce que Joël-Yves Plouvin (Cf. : PLOUVIN (Joël-Yves), « La résistible ascension du service minimum dans le service national de la radiodiffusion et de la télévision...et ailleurs », *Dr. soc.* 1977, p. 246) et un autre auteur (Cf. : F.H., note sous CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, req. n° 3.012, et sous CE, 4 février 1976, *Section syndicale du Centre psychothérapique de Thuir*, req. n° 97.685, *A.J.D.A.* 1978, p. 51) admettent également quelques années plus tard.

⁷⁵² CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY. – CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁷⁵³ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

A.- L'exclusivité du pouvoir réglementaire étendu aux dirigeants des services publics personnalisés

501. – L'exclusivité du pouvoir réglementaire autonome dans les services publics personnalisés. – Dans l'arrêt *Onesto* du 8 mars 2006 rendu sur les conclusions de Rémy Keller, le Conseil d'État considère « *que si, en l'état de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et l'étendue de ces limites pour les services placés sous son autorité, seuls les organes dirigeants d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer ces limitations pour les services publics dont ils sont chargés* »⁷⁵⁴. L'exclusivité du pouvoir réglementaire autonome des organes dirigeants d'un établissement public, en l'occurrence la RATP, est ici radicalement posée. Le Conseil d'État exclut par principe l'intervention en ce domaine du gouvernement, à qui il reconnaît par ailleurs un pouvoir réglementaire autonome pour régler le droit de grève, mais uniquement dans les services placés sous son autorité. Autrement dit, la juridiction administrative place sur un même plan le pouvoir réglementaire autonome du gouvernement et celui des organes dirigeants d'un établissement public, chacun dans sa sphère, sans interférence, sauf si un texte le prévoit expressément.

502. – Une jurisprudence ancienne. – Cette solution n'est cependant pas nouvelle, puisque dès le milieu des années 1970, le Conseil d'État avait déjà jugé en ce sens par certains arrêts. L'arrêt du 7 janvier 1976 *Centre hospitalier régional d'Orléans*⁷⁵⁵ reconnaissait au directeur d'un établissement public hospitalier un pouvoir de réglementation en cas de grève. Dans cette affaire était en cause une note de service du directeur de l'établissement public hospitalier qui interdisait l'exercice du droit de grève à un certain nombre d'agents, uniquement pour le jour où une grève avait été annoncée par les syndicats. Le Conseil d'État ne discute pas la compétence du directeur de l'établissement pour prendre cette note de service ; cette compétence semble évidente pour la Haute juridiction. D'ailleurs la formulation de cet arrêt se distingue de la jurisprudence habituelle en la matière, puisqu'elle ne comporte aucun considérant construit sur le modèle de la jurisprudence *Dehaene*. Il n'y est donc pas fait mention ni du Préambule de 1946, ni de la carence du législateur et ni même de la nécessité

⁷⁵⁴ CE, 8 mars 2006, req. n° 278.999, *MM. Onesto et autres c./RATP*, A.J.F.P. 2006, p. 206, concl. Rémy KELLER.

⁷⁵⁵ CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, *Rec.* p. 10 ; A.J.D.A. 1976, p. 576, obs. S.S.

d'accorder un pouvoir réglementaire en la matière au gouvernement. L'arrêt considère d'emblée qu'« *il appartenait au directeur du Centre hospitalier régional d'Orléans de prendre les mesures nécessités par le fonctionnement de ceux des services qui ne peuvent en aucun cas être interrompus...* »⁷⁵⁶ Cet arrêt constitue la première reconnaissance explicite du pouvoir réglementaire autonome des dirigeants d'établissements publics à réglementer le droit de grève. Toutefois, les mesures qui étaient en cause n'étaient ni générales ni absolues, mais étaient relatives à une grève donnée et s'adressaient à des agents précisément déterminés. Cette jurisprudence n'avait donc pas l'éclat nécessaire pour constituer un pivot à partir duquel on pouvait construire une nouvelle branche de la jurisprudence *Dehaene*. Elle en constituait simplement un signe précurseur.

503. – Une solution constamment réaffirmée. – Cette jurisprudence a été réaffirmée et élargie par la suite. Ainsi en est-il, par exemple, avec l'arrêt du 14 octobre 1977, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, par lequel le Conseil d'État considère, à propos d'une réglementation du droit de grève dans les établissements publics d'hospitalisation prise par les ministres du Travail et de la Santé, que ces derniers « *ont ainsi exercé, à l'égard des établissements publics qui ne sont pas placés sous leur autorité mais seulement sous leur tutelle des compétences qui n'appartiennent qu'aux organes dirigeants de ces établissements* »⁷⁵⁷. Le Conseil d'État avait alors censuré la circulaire ministérielle du 29 novembre 1974 en tant qu'elle incluait dans son champ d'application les établissements publics simplement placés sous la tutelle des ministres. Plus récemment, l'arrêt Hotz de 1997 juge que « *les organes chargés de la direction d'un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité... déterminent les limitations apportées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* »⁷⁵⁸ ; ceci permettait alors au Conseil d'État de valider la décision du 12 décembre 1988

⁷⁵⁶ CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, *Rec.* p. 10 ; *A.J.D.A.* 1976, p. 576, obs. S.S.

⁷⁵⁷ CE, 14 octobre 1977, req. n° 98.807, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, *Rec.* p. 383.

⁷⁵⁸ CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, req. n° 160.684, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. Denis COMBREXELLE ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY. – Voir aussi : CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, req. n° 123.912, *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.

émanant du directeur de la production d'EDF et fixant les modalités de retenue sur salaire en cas de grève des agents de conduite des centrales thermiques ou nucléaires.

B.- La clarification du pouvoir réglementaire autonome reconnu aux dirigeants des services publics personnalisés

504. – Une jurisprudence clarifiée. – Le mérite incontestable de l'arrêt *Onesto* rendu le 8 mars 2006 est de clarifier une ligne jurisprudentielle qui avait tendance à se brouiller, toujours davantage, car prisonnière de la construction logique de l'arrêt *Dehaene*. Celle-ci faisait du gouvernement le responsable du bon fonctionnement des services publics, et partant, elle en faisait aussi l'autorité compétente en principe pour réglementer le droit de grève. Dès lors, toute intervention d'une autre autorité administrative que le Gouvernement pour réglementer le droit de grève, constituait une exception à ce principe. Ainsi, les arrêts *Hublin* de 1956, *Lépouse* de 1958 et *Syndicat unifié des techniciens de la RTF* de 1966 opèrent un lien étroit entre le pouvoir de réglementer le droit de grève qui revient normalement au gouvernement, et le pouvoir qui est reconnu à d'autres autorités comme les ministres pris individuellement. Dans l'arrêt *Hublin*, par exemple, comme dans l'arrêt *Syndicat unifié des techniciens de la RTF* de 1966, le ministre chargé de l'Information est reconnu compétent pour réglementer le droit de grève « dans le cadre de ces prérogatives gouvernementales »⁷⁵⁹ et ⁷⁶⁰. De même, dans l'arrêt *Lépouse*, le ministre des Postes, Télégraphes et Téléphones peut réglementer le droit de grève « dans le cadre des prérogatives qui appartiennent en la matière au Gouvernement »⁷⁶¹. En revanche, il est vrai que dans l'arrêt *Bernardet* de 1962, le Conseil d'État n'opère aucun lien précis et explicite entre la compétence de principe reconnue au gouvernement dans le deuxième considérant et la validation par le troisième considérant de la réglementation édictée par le directeur général de la météorologie nationale, qui était alors une administration à part entière de l'État. Mais néanmoins, ce lien était manifestement sous-entendu, puisqu'on se situait au sein de la même administration, le ministre étant alors supérieur hiérarchique.

⁷⁵⁹ CE, 14 mars 1956, req. n° 9.331, *Hublin et autres*, *Rec.* p. 117 ; *A.J.D.A.* 1956, II, p. 222, chron. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT.

⁷⁶⁰ CE, Ass., 4 février 1966, req. n° 63.050 et n° 63.181, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *Rec.* p. 81 ; *J.C.P.* 1966.II.14802, note Charles DEBBASCH ; *R.D.P.* 1966, p. 324 concl. Louis BERTRAND ; *Dr. soc.* 1966, p. 566, note COURVOISIER ; *D.* 1966, pp. 721, note Jean-Paul GILLI.

⁷⁶¹ CE, 28 novembre 1958, *Lépouse*, *R.D.P.* 1959, p. 306, note Marcel WALINE ; *D.* 1959, p. 263, note Jean-Louis QUERMONNE ; *A.J.D.A.* 1958, I, p. 128, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

505. – Une clarification en forme de rupture théorique. – La solution était évidemment plus délicate, et donc plus réservée, avec les organes dirigeants des services publics personnalisés. La compétence exercée par les dirigeants des établissements publics pour réglementer le droit de grève s’inscrivait-elle dans le cadre des prérogatives gouvernementales, constituait-elle une exception au principe du primat gouvernemental ? Or c’est bien dans cette logique que s’inscrivait la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Onesto* de 2006. Rappelons ainsi que dans l’arrêt précité du 14 octobre 1977, après un premier considérant consacré à la portée du Préambule de 1946, un second considérant indique qu’« *il appartient au Gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir, en ce qui concerne ces services, la nature et l’étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève...* »⁷⁶². Puis au début du troisième considérant, le Conseil d’État précise dans la lignée de l’arrêt *Hublin* de 1956, que « *dans le cadre de leurs prérogatives gouvernementales* » les ministres, du Travail et de la Santé, pouvaient réglementer le droit de grève dans les services relevant de leur autorité. Enfin, toujours dans ce même troisième considérant, le juge impose une limite à ce pouvoir ministériel : dans les établissements publics, il ne revient pas aux membres du gouvernement de réglementer le droit de grève, mais aux organes dirigeants de ces établissements. Cette rédaction s’avérait en réalité maladroite, car elle semblait faire du pouvoir réglementaire des organes dirigeants des établissements publics, une exception au principe selon lequel le pouvoir de réglementer le droit de grève dans les établissements publics, et plus largement dans les services publics personnalisés, revient d’abord au gouvernement.

Pour sa part, l’arrêt *Hotz* de 1997 confirme vingt ans plus tard et avec éclat cette approche hasardeuse. En effet, ses deux premiers considérants sont rédigés dans la même lignée que l’arrêt *Dehaene*, à savoir un considérant relatif à la portée du Préambule de 1946 et un autre considérant précisant qu’il revient au gouvernement d’apporter des limitations au droit de grève dans les services publics. Puis dans un troisième considérant, le Conseil d’État y affirme que « **les principes rappelés ci-dessus ne font pas obstacle à ce que les organes chargés de la direction d’un établissement public, agissant en vertu des pouvoirs généraux d’organisation des services placés sous leur autorité** » réglementent le droit de grève dans les services publics personnalisés, en

⁷⁶² CE, 14 octobre 1977, req. n° 98.807, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, Rec. p. 383.

l'occurrence EDF⁷⁶³. Très clairement, cet arrêt ne fait pas du pouvoir réglementaire des organes dirigeants des établissements publics une exclusivité, mais plutôt une exception au principe selon lequel ce pouvoir est d'abord celui du gouvernement. Dès lors on comprend bien en quoi l'arrêt *Onesto* marque une sorte de rupture théorique dans le raisonnement avec la jurisprudence qui le précédait. En pratique, il est vrai qu'il n'y a pas de changement notable, puisque la réglementation est validée. Mais il est vrai que le gouvernement ne pourra plus intervenir.

506. – Une clarification entamée dès les années 1970. – Cependant, dès le milieu des années 1970, quand bien même la formulation employée par les arrêts est hasardeuse, il semble clair pour le Conseil d'État, que les organes dirigeants des services publics personnalisés, disposent exclusivement, sauf exception, du pouvoir réglementaire autonome pour régler le droit de grève des agents placés sous leur autorité. Afin d'exclure toute intervention du gouvernement dans les services publics personnalisés, le Conseil d'État fait la distinction entre les services publics placés sous l'autorité du gouvernement et les services publics placés sous la tutelle de celui-ci. Un service public est placé sous l'autorité du gouvernement lorsque celui-ci a la responsabilité de la gestion de ce service ; un service public est sous la tutelle du gouvernement lorsque celui-ci contrôle les actes relatifs à la gestion de ce service pris par les organes dirigeants de ce service. Cette distinction, permet alors au juge de considérer que le gouvernement est juridiquement en droit d'exercer son pouvoir réglementaire autonome pour limiter l'exercice du droit de grève des agents d'un service public qui est placé sous son autorité. En revanche, dès lors qu'un service public est sous tutelle d'un ministère, le ministre qui voudrait intervenir en vertu de la jurisprudence *Lépouse*, ne le peut pas, en principe. C'est ainsi, par exemple, que l'arrêt précité du 14 octobre 1977 *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, refuse de reconnaître la possibilité aux ministres du Travail et de la Santé d'exercer ce pouvoir réglementaire au motif que les établissements publics hospitaliers concernés par leurs mesures sont placés « *seulement sous leur tutelle* » et non « *sous leur autorité* »⁷⁶⁴. Par ailleurs, dans un

⁷⁶³ CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, req. n° 160.684, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. Denis COMBREXELLE ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY. – Voir aussi : CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, req. n° 123.912, *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.

⁷⁶⁴ CE, 14 octobre 1977, req. n° 98.807, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, *Rec.* p. 383.

premier arrêt *Onesto* du 1^{er} décembre 2004 le Conseil d'État juge que s'« *il appartient aux ministres responsables du bon fonctionnement des services publics placés sous leur autorité, de fixer eux-mêmes...la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève...* » ; en revanche, « *il ne leur appartient pas de préciser les modalités d'exercice du droit de grève dans les établissements publics placés sous leur tutelle ;* »⁷⁶⁵.

Les exceptions à ce principe existent, dès lors qu'un texte l'autorise. Dans un tel cas de figure, le pouvoir de tutelle des ministres sur un service public personnalisé s'accompagne du pouvoir de réglementer le droit de grève dans ces services sous leur tutelle. C'est le cas notamment dans l'arrêt du 23 octobre 1964 concernant le personnel de la SNCF⁷⁶⁶, alors société commerciale nationalisée, et par un arrêt du 13 juillet 1968 concernant le personnel de l'ORTF⁷⁶⁷. Dans les deux cas, ce pouvoir n'est reconnu qu'en vertu de textes spéciaux qui donnent cette compétence au ministre de tutelle. D'ailleurs, dans ses conclusions sur un arrêt du 12 novembre 1976 concernant les personnels des sociétés de radio et télédiffusion⁷⁶⁸, le président Jean Massot indique, à l'adresse du Conseil d'État : « *plus que sur les pouvoirs généraux de tutelle qui ne suffiraient d'ailleurs pas, dans la mesure où ils ne comportent pas le pouvoir de donner des instructions, vous vous fondez sur un texte particulier* »⁷⁶⁹. Ceci nous ramène au débat engagé dès 1964 par le commissaire du gouvernement Louis Bertrand à propos de l'affaire *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ CE, 1^{er} décembre 2004, *MM. Onesto et autres c./ RATP et Ministre des Transports*, *Rec.* p. 447 ; *A.J.D.A.* 2004, p. 2367, obs. Marie-Christine DE MONTECLER ; *Dr. adm.* février 2005, p. 22, note Martine LOMBARD.

⁷⁶⁶ CE, Ass., 23 octobre 1964, req. n° 56.194, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET.

⁷⁶⁷ CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Rec.* p. 444 ; *R.D.P.* 1968, p. 1094, concl. Louis BERTRAND ; *A.J.D.A.* 1968, p. 271, chron. Jean-Louis DEWOST et Renaud DENOIX de SAINT-MARC.

⁷⁶⁸ CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de Radio et de Télévision CFDT*, *Dr. soc.* 1977, p. 261, concl. Jean MASSOT.

⁷⁶⁹ MASSOT (Jean), « La grève à l'ORTF et la notion de programme minimum », concl. sur CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de Radio et de Télévision CFDT*, *Dr. soc.* 1977, p. 256.

⁷⁷⁰ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *R.D.P.* 1964, p. 1215.

C.- La spécificité de l'extension du pouvoir réglementaire aux dirigeants des entreprises privées chargées de missions de service public

507. – Un ultime prolongement de la jurisprudence ? – Dans quelle mesure la jurisprudence *Jamart-Dehaene* peut-elle connaître un ultime prolongement à travers la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome aux organes dirigeants d'une société privée chargée d'un service public ? Si comme on a pu le constater, le fondement même de l'extension jurisprudentielle de ce pouvoir aux diverses autorités administratives autres que le gouvernement, est le bon fonctionnement du service public, pourquoi celui-ci ne justifierait-il pas l'attribution d'un tel pouvoir aux organes dirigeants d'une société commerciale chargée d'un tel service ? Des éléments de réponses à ces interrogations existent déjà dans la jurisprudence administrative, à commencer par le très récent arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013, par lequel le Conseil d'État reconnaît aux organes dirigeants de la société anonyme EDF le pouvoir de réglementer le droit de grève des agents des centrales nucléaires⁷⁷¹. Reste, qu'avant d'évoquer le cas précis de cet arrêt, il convient de préciser l'évolution antérieure de la jurisprudence.

508. – Cas des sociétés à capitaux publics. – On rappellera en premier lieu que la jurisprudence admet, depuis l'arrêt *Epoux Barbier c./ Compagnie nationale Air France*⁷⁷², qu'une société commerciale à capitaux publics, chargée d'un service public industriel et commercial, puisse prendre des décisions de nature administratives, et par là, exercer un pouvoir réglementaire. Cependant, il est vrai que cette jurisprudence n'a eu à connaître que des cas où le pouvoir réglementaire était dévolu par des textes spéciaux aux organes dirigeants de ces sociétés commerciales publiques. Il ne s'agissait donc pas d'un pouvoir réglementaire autonome. Mais on sait que la doctrine, jusque parmi les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives, ont toujours considéré que la reconnaissance du pouvoir réglementaire aux organes dirigeants des établissements publics valait aussi pour les organes dirigeants des sociétés publiques chargées d'une mission de service public. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal

⁷⁷¹ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, JurisData n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

⁷⁷² TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c./ Epoux Barbier*, *Rec.* p. 790, concl. Jean KAHN ; *D.* 1969, note Jean-Marie AUBY ; *R.D.P.* 1968, p. 893, note Marcel WALINE ; *R.D.P.* 1969, p. 142, concl. Jean KAHN ; *A.J.D.A.* 1968, p. 225, chron. Jean MASSOT et Jean-Louis DEWOST ; *Dr. ouvr.* 1969, p. 177, concl. Jean KAHN et note BOITEL ; *Dr. soc.* 1969, p. 51, note Jean SAVATIER ; *C.J.E.G.* 1969, p. 525, note A. C.

des conflits du 15 janvier 1968 *Époux Barbier*, Jean Kahn expliquait que « *sur le plan des principes, le conseil d'administration d'un établissement public se trouve exactement dans la même situation que celui d'une société nationale : il ne dispose comme tel, d'aucun pouvoir réglementaire et, s'il exerce des prérogatives de puissance publique, ce ne peut- être qu'en vertu de la loi ou de "l'acte de concession" »*⁷⁷³. Quant au motif principal de l'extension de ce pouvoir, il réside dans la notion de bon fonctionnement du service public.

509. – Cas des sociétés à capitaux privés. – En revanche, la situation est plus complexe pour les sociétés commerciales à capitaux privés chargées de missions de service public. D'une façon générale, la jurisprudence admet qu'un acte, adopté par un organisme de droit privé, peut être qualifié d'administratif dès lors qu'il cumule deux conditions : un acte pris pour l'exercice d'une mission de service public et un acte pris en vertu de prérogative de puissance publique⁷⁷⁴. Il s'agit-là des développements de la jurisprudence *Monpeurt* de 1942⁷⁷⁵. En ce qui concerne plus particulièrement la dévolution d'un pouvoir réglementaire autonome à une personne morale de droit privé chargé d'une mission de service public, le Conseil d'État admet depuis plus de vingt ans, depuis l'arrêt *Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine*⁷⁷⁶, qu'une personne privée chargée d'un service public dispose d'un pouvoir réglementaire d'organisation du service en dehors de toute habilitation textuelle. Il s'agit donc bien d'un pouvoir réglementaire autonome reconnu aux organes dirigeants d'un organisme de droit privé. Peu importe en l'occurrence que ce soit une association, car cet élément ne semble pas avoir été précisément déterminant pour le juge ; autrement dit, le juge aurait adopté une solution identique si l'organisme de droit privé avait été une société commerciale. Par ailleurs, la nature administrative du service public n'est pas non plus déterminante dans l'arrêt *Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine*⁷⁷⁷ ; puisque si le service public est de nature industrielle et commerciale, l'acte qui est relatif à l'organisation de

⁷⁷³ KAHN (Jean), concl. sur TC, 15 janvier 1968, *Compagnie nationale Air France c./Epoux Barbier*, *Rec.* p. 798.

⁷⁷⁴ TC, 13 décembre 2004, *Société Guibor EURL c./ Société Euronext Paris*, *Rec.* p. 520 ; *J.C.P. éd. E.* 2005, n° 783, note TEBOUL. – TC, 24 septembre 2001, *Bouchot-Plainchant c./ Fédération départementale des chasseurs de l'Allier*, *Rec.* p. 746.

⁷⁷⁵ CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Rec.* p. 239 ; *D.* 1942, III, p. 138, concl. André SÉGALAT, note P. C. ; *J.C.P. éd. G.* 1942. II. 2046, concl. André SÉGALAT, note Pierre LAROQUE ; *R.D.P.* 1943, p. 57, concl. André SÉGALAT, note Roger BONNARD ; *S.* 1942. III. 37, concl. André SÉGALAT ; *GAJA* 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 54, p. 332.

⁷⁷⁶ CE, 4 mars 1983, *Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine*, *J.C.P. éd. G.* 1984, II, 20211, note DEBOUY.

⁷⁷⁷ *Idem.*

ce service, sera également un acte administratif. Autrement dit, tout acte d'organisation d'un service public, que celui-ci soit administratif ou industriel et commercial, est un acte administratif. La seule restriction apportée par cette jurisprudence réside dans le fait que le pouvoir réglementaire de l'association s'exerce « *dans le cadre des conditions générales fixées par arrêté préfectoral pour l'organisation et le fonctionnement de ce service* »⁷⁷⁸. Mais, le professeur Laurent Richer n'y voit rien d'autre que le « *rappel des règles habituelles* »⁷⁷⁹ selon lesquelles le chef de service peut seulement compléter ou préciser les dispositions législatives ou décrétales.

510. – L'impossible réglementation du droit de grève. – Alors même qu'il est possible de reconnaître, aux personnes morales de droit privé gérant un service public, un pouvoir réglementaire autonome, ce pouvoir ne pourra *a priori* pas avoir pour objet de réglementer le droit de grève. C'est du moins ce qui ressort d'un avis du Conseil d'État en date du 22 juin 1978 à propos des sociétés concessionnaires d'autoroutes⁷⁸⁰. Le Conseil y rappelle que « *sauf disposition législative particulière, l'autorité compétente pour fixer ces limitations [au droit de grève] est celle qui a le pouvoir de réglementer l'organisation du service en vue d'en assurer le fonctionnement régulier* ». Mais, le Conseil ajoute ensuite : « *lorsque ce service est concédé, comme c'est le cas pour les autoroutes, à une entreprise privée, ce pouvoir appartient, sauf texte particulier, à l'autorité concédante* ». Contrairement à ce que laisse penser l'avis, ce n'est pas l'existence d'une concession en elle-même qui prive le concessionnaire du pouvoir réglementaire autonome de réglementer le droit de grève. C'est parce que l'acte de concession ne donne au concessionnaire aucun pouvoir d'organiser le service public. De plus, il semblerait en effet que si les sociétés d'autoroutes avaient eu un pouvoir réglementaire pour déterminer les statuts de leurs personnels, alors le Conseil d'État leur aurait reconnu un pouvoir de réglementer le droit de grève de leurs personnels. On en revient alors à l'idée précédemment exprimée, selon laquelle le pouvoir de déterminer les conditions de travail justifie en corollaire le pouvoir de déterminer les conditions de cessation de ce travail. Par conséquent, dans les sociétés commerciales chargées d'une mission de service public, le pouvoir réglementaire autonome n'est pas exclu, mais il n'existe qu'en complément d'un pouvoir réglementaire dévolu par les textes relatifs à la

⁷⁷⁸ CE, 4 mars 1983, *Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine*, J.C.P. éd. G. 1984, II, 20211, note DEBOUY

⁷⁷⁹ RICHER (Laurent), « Remarques sur les entreprises privées de service public », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, p. 110.

⁷⁸⁰ CE, Section des Travaux publics et Section sociale réunies, Avis du 22 juin 1978, n° 322.931, *Ministre des Transports*, GACE, Paris, 2002, 2^e éd., n° 10, p. 135, obs. Christian VIGOUROUX et Didier CASAS.

délégation de service public, ou par des textes donnant le pouvoir de déterminer le statut des personnels.

511. – Le précédent « Air Inter ». – Un exemple historique corrobore cette idée : la direction de la compagnie aérienne Air Inter n'a jamais adopté un acte réglementaire relatif au droit de grève. Juridiquement, elle n'en avait en effet pas le droit. Il s'agissait d'une société commerciale à part entière, dont les capitaux étaient indirectement publics, puisque l'État n'en était pas l'actionnaire direct. Elle était chargée d'une mission de service public aérien domestique, bénéficiant d'un monopole sur les lignes qu'elle exploitait. Mais son personnel était soumis à une convention collective. N'ayant pas de pouvoir réglementaire pour organiser le service du point de vue de la gestion de son personnel, la direction de l'entreprise ne pouvait pas invoquer un quelconque pouvoir réglementaire autonome pour déterminer les modalités de la cession du travail de ses personnels grévistes. Seuls l'État, en tant qu'autorité concédante du service public, aurait pu arguer d'un tel pouvoir ; ce qui semble-t-il, il n'a pas été fait, même lors des grèves dures du début des années 1980.

512. – Le pouvoir de réglementation du droit de grève accordé aux organes dirigeants de la société EDF – Toutefois, selon l'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013, « dans [le cas] d'un organisme de droit privé responsable d'un service public, seuls leurs organes dirigeants, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, sont, sauf dispositions contraires, compétents pour déterminer les limitations à l'exercice du droit de grève »⁷⁸¹. Par cet arrêt, le Conseil d'État étend considérablement le pouvoir de réglementer le droit de grève. En effet, ce ne sont plus seulement les autorités publiques responsables d'un service public – y compris les établissements publics – qui disposent de cette compétence, mais aussi les organes de direction d'un organisme de droit privé responsable d'un service public. Il faut néanmoins tempérer l'analyse de cet arrêt, qui au fond n'est peut-être pas si novateur que cela, dans la mesure où il ne remet pas en question ce que nous venons d'expliquer précédemment. En effet, cet arrêt se situe dans la ligne de l'arrêt *Époux Barbier* de 1968 précité comme le souligne le rapporteur public Frédéric Aldjidi⁷⁸². C'est bien le fait que la société EDF

⁷⁸¹ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, JurisData n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.* 2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

⁷⁸² ALADJIDI (Frédéric), concl. sur CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *R.F.D.A.* 2013, p. 637.

soit considérée comme responsable du service public dont elle a la charge qui justifie comme pour l'arrêt *Barbier* l'existence au profit de ses dirigeants d'un pouvoir réglementaire. De plus, contrairement à Air Inter, la société EDF est encore majoritairement détenue par l'État qui dispose de 70% de son capital, ce que le Conseil d'État ne manque pas de rappeler au soutien de sa décision.

Section 2.- La logique d'extension de l'application de la législation sur le droit de grève dans les services publics en réseaux

513. – La législation relative à l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux est composite. Elle repose sur trois textes, l'un – la loi du 31 juillet 1963⁷⁸³ – à vocation générale, qui concerne *a priori* tous les agents des services en réseaux, et deux textes sectoriels visant à assurer un certain niveau de continuité du service, dans les services publics de transport terrestre et régulier de voyageurs par la loi du 21 août 2007⁷⁸⁴ et dans les services de la navigation aérienne par la loi du 31 décembre 1984⁷⁸⁵. C'est en réalité sur les dispositions issues de la loi de 1963, que nous allons concentrer notre analyse dans les pages qui suivent. Car c'est elle qui a donné lieu à une jurisprudence fournie, et dont les critères d'application ont dès l'origine suscité des interrogations et des marges d'interprétation. Les deux autres lois ne seront évoquées que brièvement.

Dans un premier paragraphe, sera étudié le champ d'application initial du cadre législatif relatif au droit de grève applicable dans les services en réseaux (§1.-) et dans un second paragraphe, sera examiné plus spécifiquement le potentiel d'extension que recèlent les dispositions de la loi de 1963 (§2.-).

⁷⁸³ Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

⁷⁸⁴ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

⁷⁸⁵ 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, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

§1.- Le champ d’application initial du cadre législatif de la réglementation du droit de grève

514. – Le cadre législatif de la réglementation du droit de grève dans les services en réseaux est aujourd’hui essentiellement constitué des dispositions du code du travail issues de la loi de 1963, qui est d’application générale, ainsi que des dispositions issues de la loi du 21 août 2007 codifiées dans le code des transports, mais aussi des dispositions de la loi du 31 décembre 1984 relative à l’exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne⁷⁸⁶. Notre propos se concentrera surtout sur les critères d’application des dispositions générales issues de la loi de 1963 (A.-), mais nous examinerons rapidement les critères d’application des dispositions législatives plus sectorielles (B.-).

A.- Le champ d’application initial des dispositions issues de la loi de 1963

515. – Le champ d’application des dispositions du code du travail issues de la loi du 31 juillet 1963 est fonction de deux critères d’application de ces dispositions. Leur présentation et analyse (1.-) permettra d’identifier les personnels initialement soumis à ces dispositions (2.-).

1.- Les deux critères d’application de la loi de 1963

516. – **Les critères de l’employeur et du service public.** – Selon l’article L. 2512-1 du code du travail issu de l’article 1^{er} modifié⁷⁸⁷ de la loi du 31 juillet 1963, « Les

⁷⁸⁶ 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, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

⁷⁸⁷ L’article 1^{er} original de la loi du 31 juillet 1963 était rédigé comme suit : « Les dispositions de la présente section s’appliquent aux personnels civils de l’Etat, 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. Ces dispositions s’appliquent notamment aux personnels des entreprises mentionnées par le décret prévu à l’alinéa 2 de l’article 31-o du livre 1^{er} du code du travail. » - A noter que la loi n°73-4 du 2 janvier 1973 (*J.O.R.F.* du 3 janvier 1973) avait recodifié le code du travail et avait modifié la fin de l’article L. 521-2 du code du travail en renumérotant « l’article 31-o du livre 1^{er} du code du travail » par « l’article L. 134-1 ».

dispositions de la présente section s'appliquent aux personnels de l'État, des régions⁷⁸⁸, des départements et des communes comptant plus de 10.000 habitants⁷⁸⁹ 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. Ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels des entreprises mentionnées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 134-1. » Deux critères sont donc réunis dans ce texte. Le premier critère est celui de l'employeur, dès lors qu'il est énuméré directement ou indirectement par le texte. Ainsi en est-il de l'État, des départements, des régions et des communes de plus de 10.000 habitants, ainsi que des entreprises mentionnées au décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 134-1. Le second critère est celui du service public, puisque dès lors qu'une entreprise, qu'un organisme ou qu'un établissement, qu'il soit public ou privé, est chargé d'un service public, les dispositions du texte s'appliquent à son personnel.

517. – Le service public, critère prépondérant. – Ces dispositions relatives au champ d'application de la loi, sont toutes issues du projet gouvernemental, sans avoir subi une seule modification au cours des débats. Ceci n'est pas étonnant, puisque ces débats ont été des plus brefs ; seule la première lecture à l'Assemblée nationale mérite véritablement l'appellation de débat, car le reste de la procédure a été complètement verrouillé par le gouvernement. Or celui-ci avait fait le choix d'ouvrir un champ d'application très vaste, et pourtant, à ses dires, clairement limité. Cette précision ne résulte d'ailleurs pas de l'exposé des motifs du projet de loi – lequel est muet sur ce point précis –, mais des indications fournies lors de la discussion générale par le ministre, Monsieur Louis Joxe. Celui-ci a en effet beaucoup insisté sur le fait que le critère du service public, qu'il semble vouloir présenter comme exclusif, éviterait « *toute définition discrétionnaire du champ d'application de la loi* »⁷⁹⁰. L'intitulé même de la loi reflète cette prépondérance donnée au critère du service public. Dans la pensée du gouvernement, si toute les administrations sont concernées, c'est bien parce qu'elles mettent en œuvre le service public. Dans ce cas en effet, on peut considérer que pour les administrations, le critère de l'employeur se révèle être équivalent au critère du service public, puisqu'il y

⁷⁸⁸ A noter que la référence aux régions est issue d'une modification de l'article L. 521-2 du code du travail opérée par l'article 56 de la loi n°87-529 du 13 juillet 1987 (*J.O.R.F.* du 16 juillet 1987).

⁷⁸⁹ L'exclusion des agents des communes de moins de 10.000 habitants, était justifiée par le gouvernement au motif que « *c'est essentiellement à partir d'une telle importance que les grèves des services publics peuvent avoir des répercussions graves sur les usagers.* » Cf. : Explications de M. Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative, lors de la discussion générale. Cf. : Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4199, 1^{ère} col.

⁷⁹⁰ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4199, 1^{ère} col.

a conjonction entre service public et administration. Par ailleurs, selon le gouvernement, il semble qu'il en aille de même pour les entreprises mentionnées par le décret susvisé de 1950. Or, dans ce cas, ce n'est pas exact. Car certaines entreprises mentionnées dans ce décret ne gèrent aucun service public, telles par exemple les houillères de bassin. Par conséquent, si ces entreprises se voient appliquer les dispositions de la loi, ce ne peut pas être en fonction du critère du service public, mais uniquement en fonction du critère de l'employeur. Les personnels de ces entreprises publiques qui ne gèrent pas un service public, sont soumis à la loi du 31 juillet 1963, non pas en raison du critère du service public, mais parce que leur employeur est inclus dans le champ d'application de la loi. On peut d'ailleurs se demander si, sur ce point, le gouvernement et les parlementaires de la majorité n'ont pas opéré une confusion des critères employés pour déterminer le champ d'application de la loi. Enfin, il est bien clair, et cela ressort des termes mêmes de la loi, que le critère du service public, est le seul à pouvoir jouer dans l'hypothèse des entreprises, organisme ou établissement, qui quelle que soit leur forme, gèrent un service public. Dans ce cas précis, la loi opère en réalité une combinaison entre le critère de l'employeur et celui du service public : sont soumis à la loi les agents dont l'employeur figure dans la catégorie des entreprises gérant un service public. Mais il est évident que le critère du service public est prépondérant.

2.- Les agents initialement soumis aux dispositions de la loi de juillet 1963

518. – L'application à tous les agents des services en réseaux. – La loi s'applique dès l'origine à tous les personnels des grands services publics en réseaux. Ceci en vertu des deux critères pris alternativement. Soit on considère que ces personnels relèvent d'entreprises qui, quelle que soit leur forme, gèrent un service public : c'est le critère du service public. Soit on considère que ces personnels sont concernés par la loi parce qu'ils relèvent d'un statut particulier ; c'est le critère de l'employeur. Sur ce dernier point, l'ancien article L. 521-2 du code du travail faisait référence au décret prévu à l'alinéa 2 de l'ancien article L. 134-1 du code du travail. Or ce décret n'est autre que le décret n° 50-635 du 1^{er} juin 1950⁷⁹¹, codifié ensuite à l'ancien article D. 134-1 du code du travail

⁷⁹¹ Décret n°50-635, portant application de l'article 31-o de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *J.O.R.F.* du 7 juin 1950, p. 6095.

(abrogé par décret du 8 juin 1983⁷⁹²). Ce décret du 1^{er} juin 1950 comportait une liste assez vaste d'entreprises publiques dont le personnel est régi par un statut particulier. La liste de ces entreprises dépassait très largement le strict cadre des entreprises de service public, puisqu'on y trouvait aussi bien Air France, EDF-GDF, la SNCF et ADP, mais aussi les houillères qui n'ont jamais été considérées comme un service public, malgré leur appartenance partielle à la sphère publique.

519. – L'application aux agents des postes et télécommunications. – Bien évidemment, la loi s'applique aux agents de La Poste et de France Télécom. En effet, tout d'abord, l'application de la loi de 1963 concerne les différentes administrations de l'État ; ce qu'ont été ces deux entités jusqu'en 1990. C'étaient alors tous les agents travaillant pour celles-ci – qu'ils soient fonctionnaires titulaires ou stagiaires, auxiliaires, contractuels –, qui se voyaient appliquer ces dispositions. Cette interprétation très large du texte a été confirmée lors du débat relatif à son adoption à l'Assemblée nationale par le ministre d'État chargé de la réforme administrative, Monsieur Louis Joxe, en réponse à une question de Monsieur René Pleven⁷⁹³. Dès lors, la loi s'appliquait naturellement à tous les agents de l'administration des postes et télécommunications. Elle continue de s'appliquer à ce titre à tous les agents qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels des deux entreprises La Poste et France Télécom, dans la mesure où comme nous le savons bien⁷⁹⁴, celles-ci sont chargées d'un service public.

B.- Le champ d'application des dispositions issues des lois sectorielles

520. – Il convient d'évoquer rapidement le champ d'application des dispositions législatives issues des lois sectorielles de 1984 relative à la navigation aérienne (1.-) et surtout celle de 2007 concernant les transports terrestres de voyageurs (2.-).

⁷⁹² Décret n° 83-469 du 8 juin 1983, portant modification de la 3^{ème} partie du Code du travail pour l'application de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (Art. 10, 38), J.O.R.F. du 11 juin 1983.

⁷⁹³ M. René Pleven : « Quand vous dites "les agents de l'État", vous comprenez bien les titulaires, les contractuels et les auxiliaires ? » - Réponse de M. Louis Joxe : « Exactement. La définition correspond à cette énumération. ». Cf. : Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, J.O. Déb. (A.N.), p. 4242, 2^{ème} col.

⁷⁹⁴ Cf. : *Supra*, Titre 1.

1.- Le champ d'application de la loi de 1984

521. – Les fonctionnaires de la DSNA. – La loi du 31 décembre 1984⁷⁹⁵ régit le droit de grève dans les services de la navigation aérienne. L'article 2 – toujours en vigueur – de cette loi indique explicitement les « services de la navigation aérienne », comme champ d'application des dispositions qu'elle contient. Les agents concernés par ces dispositions sont donc tous ceux qui travaillent dans les services de la navigation aérienne, c'est-à-dire ceux que l'on nomme habituellement contrôleurs aériens ou « aiguilleurs du ciel ». En France, ils sont fonctionnaires de l'État et relèvent de la direction des services de la navigation aérienne (DSNA) qui est une des directions opérationnelles de la direction générale de l'aviation civile (DGAC) au sein du ministère chargé des Transports et de l'Équipement. L'ensemble de ces agents, qu'ils soient affectés au contrôle en route, au contrôle d'approche ou encore au contrôle d'aéroport (qui sont les trois types de contrôles qui existent au sein de la DSNA), sont soumis aux dispositions de cette loi.

2.- Le champ d'application de la loi de 2007

522. – Le champ d'application défini par la loi de 2007. – Selon l'article L.1222-1 du code des transports, le champ d'application des dispositions issues de la loi du 21 août 2007⁷⁹⁶ « sont applicables aux services publics de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique, hors transport fluvial »⁷⁹⁷. L'article 1^{er} de la loi du 21 août 2007 précisait que « Pour l'application de la présente loi, on entend par : 1° "Entreprise de transport" : toute entreprise ou toute régie, chargée d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique ; 2° "Autorité organisatrice de transport" : toute collectivité publique, groupement de collectivités publiques ou établissement public compétent, directement ou par délégation, pour l'institution et l'organisation d'un service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique »⁷⁹⁸. Ce champ d'application est donc précis. Sont concernés toutes les entreprises assurant une mission de service public de

⁷⁹⁵ Loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 *op. cit.*

⁷⁹⁶ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

⁷⁹⁷ Article L. 1222-1 du code du travail.

⁷⁹⁸ Article 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139. Cet article a été abrogé suite à la codification de la loi dans le code des transports, sans toutefois être inclus dans la partie législative de ce code.

transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique. Plusieurs précisions sont nécessaires : il s'agit de transport de personnes, et non de transport de marchandises ; il s'agit de transport terrestre, et non de transport aérien ou de transport maritime (la loi précise aussi l'exclusion du transport fluvial) ; ce transport doit être régulier, autrement dit le transport à la demande – le charter – n'est pas concerné par les dispositions de la loi ; enfin les transports à vocation touristiques, tel par exemple le funiculaire de Montmartre. Bien évidemment, comme l'indique la loi, un tel transport n'est concerné par la loi que s'il constitue une mission de service public, assurée soit par une convention de délégation, soit en régie par la collectivité publique organisatrice de ce transport.

523. – L'application au secteur du transport ferroviaire. – En ce qui concerne notre étude, seuls est concerné le transport ferroviaire (hors transport urbain). Toute entreprise ferroviaire assurant sur le sol français une mission de service public de transport régulier de personnes selon les précisions évoquées ci-dessus, sera soumise aux dispositions issues de la loi du 21 août 2007 codifiées aux articles L.1222-1 et suivants du code des transports. Sont exclus les services internationaux et le cabotage non soumis aux obligations de service public. En réalité dans l'immédiat, seule la SNCF est concernée par ces dispositions. Toute la SNCF ? Evidemment, seuls les services qu'elle effectue et qui correspondent à la définition de l'article L.2512-1 du code des transports sont ici concernés. Les services internationaux et le cabotage n'y sont pas soumis s'ils se situent en dehors du champ d'application des obligations de service public. En revanche, le transport express régional y est inclus, ainsi que les trains dits « d'équilibre du territoire » définis par la convention du 13 décembre 2010. Reste le cas problématique du TGV, dont l'inclusion dans le service public, n'est pas si évidente au regard des critères du droit de l'Union européenne en la matière. Reste que dans l'immédiat il bénéficie en France d'une sorte de présomption de service public au regard du droit national applicable.

§2.- Le champ d'application étendu de la loi de 1963 dans les services en réseaux

524. – L'extension du champ d'application du cadre législatif concerne en réalité les seules dispositions issues de la loi du 31 juillet 1963. En ce qui concerne les lois sectorielles de 1984 et de 2007, il n'existe pas de processus d'extension, car les critères

d'application desdites lois sont tels, que la marge d'interprétation est inexistante dans le cas de la loi de 1984 et très limitée dans le cas de la loi de 2007.

Dans les services en réseaux, le champ d'application de la loi de 1963 a été très rapidement élargi non seulement du fait d'une conception étendue des critères d'application de la loi, notamment et surtout celui du service public (A.-), mais encore du fait d'une application de la loi dans les entreprises publiques à statuts, au-delà de la référence au service public (B.-).

A.- Les origines d'une conception étendue des critères d'application de la loi de 1963

525. – La volonté parlementaire de limiter le champ d'application de la loi. – Aux deux critères du service public et de l'employeur, Monsieur René Pleven, député, souhaitait que soit substitué le critère de la « nécessaire continuité du service public ». Il avait déposé un amendement en ce sens à l'Assemblée nationale, tendant à rédiger comme suit l'article 1^{er} de la loi : « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnels civils des seuls services publics de l'État, des départements et des communes, des établissements publics et des entreprises nationales ou concessionnaires de services publics, dont le fonctionnement continu est nécessaire à la collectivité ou à la sécurité des usagers.* »⁷⁹⁹ Il défendait cet amendement en affirmant qu'« *il y a des distinctions à faire entre les divers services publics parce qu'il est évident que certains d'entre eux ne peuvent subir sans inconvénient majeur des interruptions temporaires et que la continuité du fonctionnement de certains autres secteurs est nécessaire. C'est parce que cette continuité est une condition utile à la vie de la nation que l'on peut faire accepter par le personnel des services publics certaines modalités de leur droit de grève.* »⁸⁰⁰ Il précisait également que l'amendement défendu est l'équivalent d'une disposition de loi-cadre, qui fixe le principe essentiel de « *fonctionnement continu du service public indispensable dans l'intérêt de la collectivité.* »⁸⁰¹ Il appartiendrait ensuite au gouvernement de fixer par décret la liste des services concernés, sous le contrôle du juge.

526. – La volonté gouvernementale d'élargir à la base le champ d'application de la loi. – Mais, le gouvernement a refusé cet amendement, qui avait été pourtant accepté

⁷⁹⁹ Ass. nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4242, 1^{ère} col.

⁸⁰⁰ Ass. nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4242, 2^{ème} col.

⁸⁰¹ *Idem.*

en commission, au motif que même si, du fait de l'importance du champ d'application qu'il envisage, on impose la loi à des agents employés dans des services dont la continuité n'est pas indispensable à la collectivité, leur imposer un préavis de cinq jours n'a rien d'une « *entreprise folle* »⁸⁰² expliquait le ministre d'État Louis Joxe. Autrement dit, pour le gouvernement de l'époque, il était possible de porter atteinte au droit de grève sans qu'existât une justification fondée sur un intérêt public précis. Cette position pouvait s'expliquer à l'époque par une conception encore peu assurée de la portée constitutionnelle du droit de grève. On n'imaginait pas à l'époque un réel contrôle de constitutionnalité venant protéger le droit constitutionnel de grève. Peu importait donc de définir avec précision et de façon justifiée les atteintes au droit de grève. Après tout, le politique avait une marge de manœuvre. Ce qui était d'intérêt public pour le gouvernement, c'était de limiter les perturbations dans les services publics, cette fin pouvait bien justifier un champ d'application un peu plus large que le strict nécessaire. C'est en tout cas ce qui explique la position exprimée par le Gouvernement de l'époque.

B.- Une application de la loi de 1963 au-delà du critère du service public

527. – L'équivoque de la loi de 1963. – Dès lors, en imposant le respect des « *modalités d'exercice du droit de grève dans les services publics* » à des entreprises qui ne sont nullement chargées d'un service public, la loi du 31 juillet entretient incontestablement une ambiguïté. Celle-ci résulte clairement de la rédaction de l'article 1^{er} de la loi par la suite codifié à l'article L. 521-2 du code du travail. Cet article commence en effet par indiquer, dans une première phrase, que le texte s'applique aux administrations et aux entreprises chargées d'un service public. Ensuite, la seconde phrase de l'article 1^{er} précise que « *ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels visés par le décret...* ». Le notamment semble vouloir indiquer une illustration non exhaustive de ce qui précède. On pourrait donc comprendre le texte comme voulant en réalité indiquer que la loi s'adresse aux personnels des entreprises de service public, notamment celles mentionnées par le décret en question. Cela aurait permis de faire le tri au sein de ce décret entre les entreprises de service public, auxquelles la loi s'applique, et les autres qui ne sont pas concernées par la loi, bien que mentionnées au décret, telles les houillères.

⁸⁰² *Idem.*

528. – Une équivoque entretenue par le Gouvernement de l'époque. – En réalité cette équivoque n'a nullement été levée lors des débats. Monsieur Louis Joxe, ministre chargé de soutenir le projet gouvernemental devant le Parlement avait ainsi affirmé que « *la loi s'appliquera aux grandes entreprises gérant un service public. Une liste des plus importantes de ces entreprises a déjà été dressée par application de certaines dispositions du code du travail.* »⁸⁰³ Au fond, le gouvernement fait pire que maintenir l'équivoque : il assimile toutes les entreprises figurant dans le décret de 1950 à des entreprises de service public. Toujours est-il que la jurisprudence a toujours respecté à la lettre le texte de la loi, appliquant le dispositif à toutes les entreprises mentionnées au décret, quand bien même elles ne géraient dans les faits aucun service public⁸⁰⁴. Figurant au décret de 1950, Air France, la SNCF, EDF et GDF, ADP sont donc des entreprises concernées à ce titre par l'application de la loi.

529. – Une équivoque persistante de 1983 à 2008. – Néanmoins, depuis 1983, le juge est parfaitement en droit de remettre en cause l'application de ce décret.

En effet, dès 1982, le législateur avait modifié l'article L.134-1 du code du travail, lequel n'évoquait plus désormais, l'intervention d'un décret (en l'occurrence, celui de 1950). On se trouvait alors dès cette époque devant une incohérence juridique en ce que l'article L.521-2 du code du travail faisait référence au décret pris en application d'un article (L.134-1) alors que ce texte législatif ne faisait plus appel à un décret pour sa mise en œuvre. Toutefois, le décret, bien que n'étant plus prévu par le texte législatif qui l'avait commandé, restait en vigueur. Ainsi, l'article D.134-1 figurait toujours dans le code du travail. En dépassant la lettre de la loi pour se contenter de son esprit, il était possible de considérer que l'article L.521-2 du code du travail faisait directement référence à l'article D.134-1. Bien que contestable, c'est une interprétation qui pouvait donc être admise durant cette période intermédiaire.

Mais cette interprétation n'est plus valable depuis que l'article 4 du décret en date du 8 juin 1983⁸⁰⁵ a abrogé l'article D.134-1 du Code du travail. En effet, depuis cette date, l'article L.521-2 du code du travail n'était plus valable dans sa dernière partie. Il faisait référence à un texte qui juridiquement n'existait plus, à moins de considérer que le décret de 1983 avait abrogé la codification tout en maintenant en vie le décret de 1950.

⁸⁰³ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4199, 1^{ère} col.

⁸⁰⁴ Pour les houillères de bassin, Cf. : Cass. soc., 7 décembre 1978, *Martinez c./ Houillères du bassin du Centre et du Midi*, *Bull. civ.*, V, n° 841, p. 632.

⁸⁰⁵ Décret n° 83-469 du 8 juin 1983 *portant modification de la troisième partie du code du travail pour l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel*, *J.O.R.F.* du 11 juin 1983, p. 1762.

Toutefois, cela n'a jamais été avancé en doctrine dans la mesure où le décret de 1983 n'envisageait à aucun moment la survie dans un autre cadre des dispositions qu'il abrogeait. On est donc fondé à considérer que le décret de 1950 a été abrogé en même temps que disparaissait sa codification à l'article D.134-1 du code du travail. Le plus étonnant, c'est qu'en 1987, le législateur a opéré un toilettage et un réajustement de l'article L.521-2 du code du travail. Il a inclus les régions dans l'énumération des collectivités locales dont le personnel est assujéti à la loi, et il a enlevé l'adjectif « civils » après le mot « personnels » des différentes administrations. Il aurait donc pu par la même occasion, supprimer son dernier alinéa. Chose que non seulement il n'a pas faite, mais qu'il semble n'avoir même pas envisagé.

En définitive, nous considérons que le dernier alinéa de l'article L.521-2 du code du travail issu de la loi du 31 juillet 1963 n'est donc plus applicable en l'état depuis 1983. Depuis cette date, seul le critère du service public, aurait dû être retenu comme condition d'application de ces dispositions aux personnels des entreprises publiques.

530. – Une équivoque levée en 2008. – La recodification du code du travail entrée en vigueur au 1^{er} mai 2008 a permis de réaliser le toilettage de la législation. Désormais, l'article L.2512-1 du code du travail, qui reprend en substance l'article L.521-2 de l'ancienne codification ne fait plus référence aux entreprises qui étaient mentionnées au décret de 1950. Ainsi le codificateur a-t-il pris acte du changement d'époque qu'avait annoncé l'abrogation de l'article D.134-1 du Code du travail par le décret du 8 juin 1983 et qui se vérifie de nos jours par la disparition ou la profonde mutation des entreprises publiques de l'État.

531. – Propos conclusif du Chapitre 9 – En définitive, le champ d'application de la loi du 31 juillet 1963 s'est révélé dès l'origine être des plus larges. Et contrairement à ce qu'avait affirmé à l'époque le gouvernement, le critère du service public a été une source d'extension non négligeable de ce champ d'application. De plus, au-delà d'avoir largement soumis les salariés à la loi, ce même critère a été utilisé par le juge administratif pour soumettre davantage de salariés à la réglementation du droit de grève dans les services publics. La logique d'extension tant du champ d'application de la loi que de la réglementation autonome relative à l'exercice du droit de grève dans les services publics a donc été poussée à l'extrême par la suite, ceci au risque de dénaturer

et de fragiliser ce cadre juridique. C'est ce qu'il convient d'analyser maintenant (Cf. : Chapitre 10.-).

Chapitre 10.- Critique d'une logique extensive poussée à l'extrême

« Les juges ne raisonnent pas : ils sont aux prises avec un dossier qui agit sur eux, qui les presse, qui les force, qui leur fait faire quelque chose. Rien qui donne plus l'impression d'une résistance, d'une chose, d'une cause. Rien de plus matériel, de plus réel. Mais, en même temps, cette matière possède une plasticité bien particulière puisque chaque agent – requérant, avocat, rapporteur, réviseur, commissaire, formation de jugement, chroniqueur, universitaire – modifie la forme que prennent les arguments, la saillances des textes, traçant sur le “corps sans organe” du droit administratif des chemins divergents ; mobilisant, comme en autant de guerres microcholines, des clans opposés de de faits, de précédents, de bon sens, d'opportunité, de morale publique jetés à la gorge les uns des autres et précipités dans la fournaise des débats. Quand cela s'arrête enfin, ce n'est jamais parce que le droit pur a triomphé, mais parce que de l'intérieur même de ces rapports de force, de ces conflits de multitudes hétérogènes, une évaluation a été faite, par les acteurs eux-mêmes, que certains objets de valeur ont bien été transférés, que les conditions de félicité ont bien été remplies. »

Bruno LATOUR⁸⁰⁶

532. – Propos introductif du Chapitre 10 – Nous avons vu dans les développements qui précèdent⁸⁰⁷ qu'à l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la loi du 31 juillet 1963, une approche extensive de l'application de cette loi était souhaitée par le Gouvernement. Le Parlement lui emboîta le pas. Puis lorsqu'il revint au juge d'en assurer le respect, il s'assura une application large de la loi. L'objectif était que les effets de la loi puissent atteindre l'ensemble des ramifications du service public, tous secteurs d'activité confondus. De plus, si on tient compte de l'assujettissement des personnels des charbonnages et des personnels non affectés aux activités de service public des entreprises qui en étaient les délégataires, nous constatons que ce sont les personnels des activités présentant un intérêt général quelconque, sans pour autant relever du

⁸⁰⁶ LATOUR (Bruno), *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La découverte, 2004, pp. 200-201.

⁸⁰⁷ Cf. : *Supra*, Chapitre 9.

service public, qui étaient aussi visés par cette application. Tout ceci était contenu dans la loi et ne pouvait être fondamentalement critiqué.

533. – Cette logique extensive de l'application de la loi de 1963 fut davantage développée par le juge. Celui-ci chercha en effet à soumettre à cette loi des agents dont le rattachement au service public n'avait rien d'une évidence. Ce faisant il a créé des précédents jurisprudentiels qui permettent d'envisager l'application des dispositions issues de la loi de 1963 à des agents qui ne relèvent pas du service public, mais dont l'activité contribue à ce que l'entreprise chargée du service public puisse remplir sa mission d'intérêt général. Le législateur de 1963 n'avait pas légiféré en ce sens. Le juge n'a-t-il dès lors pas abusé de son pouvoir d'interprétation des critères d'application de la loi de 1963 ? De la même façon, le juge a étendu le champ de la réglementation autonome relative au droit de grève dans les services publics. Sa jurisprudence a reconnu au fil du temps ce pouvoir réglementaire à toutes les autorités chargées d'un service public industriel et commercial. Ceci, y compris dans certains cas où cette autorité s'avérait être une personne privée, ou encore dans des hypothèses où la réalité du service public n'est pas évidente, voire contraire à l'esprit des lois d'ouverture à la concurrence des secteurs en réseaux.

534. – Tout ceci nous donne l'impression d'une jurisprudence devenue quelque peu incontrôlable, adoptée par un juge qui face à un intérêt général de plus en plus complexe à maîtriser, tente de se raccrocher aux branches du droit existant. Dans ce contexte, en même temps qu'il nous revient d'expliquer les mécanismes exacts de cette application extensive tant des dispositions législatives que de la reconnaissance du pouvoir réglementaire autonome relative au droit de grève, nous devons comprendre les motivations du juge.

535. – Aussi dans une Section 1, il sera abordé l'application des dispositifs législatifs et réglementaires à des activités de réseaux non-qualifiées de service public, puis dans une Section 2 nous tenterons de démontrer pourquoi nous considérons qu'il s'agit là d'une extension illégale desservant l'objectif de continuité du service.

Section 1.- L'application des dispositifs législatifs et réglementaires à des activités de réseaux non-qualifiées de service public

536. – Les dispositifs législatifs et réglementaires relatifs à l'exercice du droit de grève dans les services publics se trouvent aujourd'hui étendus dans leur application jusqu'à des activités de réseaux qui ne sont pas du ressort du service public. Il s'agit en effet d'activités qui ne sont pas définies et qualifiées par la loi comme appartenant à la sphère du service public. De plus ce sont des activités qui ne sont pas l'objet de délégation de service public sous quelque forme que ce soit, alors même qu'elles sont gérées par des entreprises ayant un statut de société de droit privé. Ces activités n'ont donc aucun lien direct avec le service public.

537. – Or, nous avons analysé précédemment⁸⁰⁸ que l'application de ces dispositifs reposaient essentiellement sur le critère du service public. Comment dans ces conditions, est-il possible qu'ils s'appliquent à des activités qui ne ressortent pas du champ du service public ? Bien sûr, c'est le juge qui en décide ainsi. Le pouvoir créatif de la jurisprudence est bien évidemment prépondérant ici. C'est par une interprétation extensive des liens indirects entre les activités en cause et le service public que le juge, quel qu'il soit, judiciaire ou administratif, parvient à ses fins, à savoir le rattachement au service public et l'application des dispositifs *ad hoc* sur l'exercice du droit de grève dans les services publics. Ces liens indirects avec le service public suffisent donc semble-t-il à soumettre les agents des entreprises gestionnaires aux règles spécifiques d'exercice du droit de grève dans les services publics. Il convient donc d'analyser ce que recouvrent précisément ces liens indirects avec le service public.

538. – Nous expliquerons en premier lieu comment la législation sur le droit de grève est imposée aux agents d'entreprises privées non délégataires de service public (§2.-). Puis en second lieu, nous expliquerons comment la réglementation autonome du droit de grève est imposée aux agents d'entreprises privées non délégataires de service public (§2.-).

⁸⁰⁸ Cf. : *Supra*, Chapitre 9.

§1.- La législation sur le droit de grève, imposée aux agents d'entreprises privées non délégataires de service public

539. – Lorsque la loi de 1963 codifiée aux articles L.2512-1 et suivants du code du travail, prévoit que sont concernés par la réglementation du droit de grève, les « *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* »⁸⁰⁹, le législateur a pris en compte la réalité des concessions de service public, à commencer à l'époque par celle dévolue à la SNCF, entreprise nationale certes, mais concessionnaire de service public avant tout. Cependant, les services publics ne sont pas uniquement gérés par l'administration ou les entreprises nationales mais aussi par une multitude d'entreprises privées concessionnaires. De plus, le législateur avait ménagé-là une sorte de clause d'adaptation du champ d'application de la loi. C'est ainsi que sur le fondement de ce critère de la gestion d'un service public, la jurisprudence a appliqué les dispositions de la loi du 31 juillet 1963 aux personnels de la compagnie Air Inter⁸¹⁰, des établissements publics tels que les ports autonomes⁸¹¹, des centres de formation professionnelle⁸¹², du commissariat à l'énergie atomique⁸¹³ (CEA). Or les personnels de ces entreprises sont par ailleurs soumis au droit commun du travail. Ils ne bénéficient pas de statuts réglementaires du personnel.

540. – Dans tous ces cas de figure, il faut bien voir que c'est l'ensemble d'une activité, qualifiée de service public, qui détermine l'application de la loi de 1963. Mais la loi n'avait sans doute pas envisagé le cas plus précis, et d'une approche plus complexe, des externalisations au sein des services publics. Le juge a trouvé dans le dispositif législatif de 1963, particulièrement dans le critère de la gestion du service public, les outils nécessaires pour faire face à ce phénomène. Interprétant ce critère avec beaucoup de souplesse, la jurisprudence a *de facto* contribué à élargir le champ d'application de la loi de 1963, soulevant par là même de nouvelles questions relatives à ce champ d'application. D'une part ont été soumis aux dispositions de la loi de 1963 les agents des

⁸⁰⁹ Article L.2512-1, 2°, du Code du Travail.

⁸¹⁰ Cass. soc., 6 février 1985, *SNPNC c./ Air Inter*, req. n° 82-16.447, *Bull. civ. V*, n°82, p. 61 ; *J.C.P.* éd. E 1986, I, 15146, n°16, obs. Bernard TEYSSIÉ.

⁸¹¹ Cass. soc., 16 juillet 1997, *Le Port autonome de Bordeaux c./ Syndicat CGT des personnels du Port autonome de Bordeaux*, *Bull. civ. V*, n° 269 ; *R.J.S.* 1997, p. 702, n°1130 ; *C.S.B.* 1997, p. 294, S. 165.

⁸¹² Cass. soc., 25 juin 1987, *Mme Devière et autre c./Association pour la formation professionnelle dans le bâtiment et les travaux publics du département de l'Aisne (AFOBAT)*, req. n° 84-42.829, *Bull. civ. V*, n° 433, p. 275.

⁸¹³ Cass. soc., 5 juillet 1984, *Commissariat à l'énergie atomique c./Mme Doyen et autres*, req. n° 81-41.323, *Bull. civ. V*, n°297, p. 224. ; *Dr. soc.* 1985, p. 45, note Jean-François LACHAUME.

filiales d'entreprises publiques participant à la gestion du service public dévolu à l'entreprise mère (A.-). D'autre part, l'application de la loi de 1963 a été étendue à certains personnels d'entreprises prestataires de services d'une entreprise chargée d'une mission de service public (B.-). Enfin, l'application de la loi de 1963 a été également étendue aux personnels d'entreprises dont l'activité – non-qualifiée de service public – contribue néanmoins à la mission de service public dévolue à une autre entreprise (C.-).

A.- L'application de la loi de 1963 aux agents des filiales participant à la gestion de la mission de service public de l'entreprise mère

541. – Le cas de la COGEMA – Lorsqu'une entreprise chargée d'une mission de service public filiale ou sous-traite une partie de ses activités liées à l'exercice de sa mission de service public, les personnels de l'entreprise filiale ou sous-traitante sont-ils soumis au respect de la loi du 31 juillet 1963 ? Dans la mesure où ce sont par ailleurs des personnels soumis au droit commun du travail, en cas de conflit collectif du travail, on leur appliquerait volontiers le droit commun de la grève issu des développements de la jurisprudence judiciaire. Mais, on le sait, la présence du service public peut modifier la donne. La jurisprudence a donc parfois rattaché ces personnels au service public, afin de leur appliquer la loi de 1963.

542. – En ce qui concerne les filiales des services publics, la Cour de cassation l'a jugé à propos de la COGEMA par un arrêt du 5 juillet 1984⁸¹⁴. A l'époque des faits, la COGEMA⁸¹⁵ était une société filiale à 100 % du CEA. La Cour de cassation constate que d'une part, les statuts de la COGEMA avait été approuvés par un décret du 4 mars 1976 ; et que d'autre part, son objet est, selon ces statuts, d'exercer toutes les activités de nature industrielle et commerciale qui se rapportent aux cycles des matières nucléaires, telles qu'elles sont définies à l'article 2 du décret n° 70-878 du 29 septembre 1970 relatif au CEA⁸¹⁶. La Cour de cassation en conclut que la COGEMA participe à la gestion du service public dont est chargé le CEA. L'idée de « participation à la gestion du service

⁸¹⁴ Cass. soc., 5 juillet 1984, *Société anonyme COGEMA c./M. Breniaux et autres*, req. n° 81-41.302, *op. cit.*

⁸¹⁵ COGEMA est le sigle pour désigner la **Compagnie générale des matières nucléaires**. L'entreprise a été fusionnée en septembre 2001 avec Framatome et CEA Industrie, pour donner naissance au groupe public AREVA détenu à près de 75% par le CEA.

⁸¹⁶ La COGEMA reprend l'essentiel des activités de la Direction des Productions du CEA, soit : l'exploitation minière, l'enrichissement de l'uranium et le traitement des combustibles usés.

public » est ici déterminante. Pourtant, comme le fait remarquer Jean-François Lachaume dans son commentaire⁸¹⁷ de cette décision et de celle du même jour relative au CEA⁸¹⁸, la Cour de cassation ne semble pas attacher beaucoup d'importance à la distinction entre organismes privés gérant un service public (comme le CEA) et organismes privés participant à la gestion du service public assurée par un autre organisme (comme la COGEMA). Pour la Cour, les conséquences juridiques sont les mêmes, à savoir en l'occurrence, l'application de sujétions propres au service public.

On remarque que dans le cas précis de la COGEMA, la participation au service public géré par le CEA semble particulièrement évidente, dans la mesure où la COGEMA a été créée en vue de se voir transférer une partie des missions du CEA.

B.- L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises prestataires de services d'une entreprise chargée d'une mission de service public

543. – L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises prestataires de services d'une entreprise chargée d'une mission de service public a été réalisée il y a un peu plus d'une quinzaine d'années par deux arrêts de la Cour d'appel de Paris. Ces deux arrêts respectivement rendus en 1999 et 2001 sont relatifs à l'application des dispositions du code du travail relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics au personnel d'entreprises prestataires de services des entreprises Aéroport de Paris et Air France, qui sont considérées par la Cour d'appel comme gestionnaires de service public.

544. – L'arrêt SNC Transroissy. – Le premier arrêt, en date du 26 mai 1999, concerne le personnel de la société en nom collectif Transroissy⁸¹⁹. Cette entreprise est titulaire d'un marché public consenti par Aéroports de Paris (ADP), qui la charge du transport des passagers sur l'aire de trafic de l'aéroport Charles de Gaulle. Il ne fait aucun doute à l'époque que l'établissement public ADP est chargé d'une mission de

⁸¹⁷ LACHAUME (Jean-François), « L'application des dispositions relatives à la grève dans les services publics au CEA et à la COGEMA », note sous Cass. soc., 5 juillet 1984, *Commissariat à l'énergie atomique c./Mme Doyen et autres*, req. n° 81-41.323 et sous Cass. soc., 5 juillet 1984, *Société anonyme COGEMA c./M. Breniaux et autres*, req. n° 81-41.302, *Dr. soc.* 1985, p. 49.

⁸¹⁸ Cass. soc., 5 juillet 1984, *Commissariat à l'énergie atomique c./Mme Doyen et autres*, req. n° 81-41.323, *op. cit.*

⁸¹⁹ CA Paris, 26 mai 1999, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy CDG c./SNC Transroissy*, *R.J.S.* 10/99, n°1278, p. 787.

service public par la loi, en l'occurrence l'ordonnance du 24 octobre 1945 alors applicable⁸²⁰. En effet, selon ce texte, alors codifié à l'article L.251.2 du code de l'aviation civile, la mission de cet établissement public est « *d'aménager, exploiter, développer l'ensemble des installations de transport civil aérien ayant leur centre dans la région parisienne et qui ont pour objet de faciliter l'arrivée et le départ des aéronefs, de guider la navigation, d'assurer l'embarquement et l'acheminement à terre des voyageurs* ». Or, il est vrai que l'entreprise d'autobus Transroissy achemine à terre des voyageurs pour le compte d'Aéroports de Paris ; est-elle pour autant titulaire d'une mission de service public au travers du marché public ? La Cour d'appel répond positivement en considérant que ladite société en nom collectif « *contribue ainsi à la gestion d'un service public* ». Elle précise son raisonnement en affirmant que ladite société répond « *aux deux critères de l'activité de service public, à savoir, en premier lieu, le rattachement à une personne publique, peu important le caractère administratif ou industriel et commercial de celle-ci, en l'espèce par un marché en vertu duquel l'établissement public "Aéroports de Paris" réquisitionne ses autobus et conducteurs et, en second lieu, l'exercice d'une activité en vue d'un intérêt public, en l'espèce, la mise à disposition d'autobus et d'une équipe de chauffeurs pour assurer l'embarquement et l'acheminement à terre des voyageurs, mission expressément visée à l'article L.251-2 précité* ». La cour conclut que la Société Transroissy « *doit appliquer à son personnel les dispositions relatives à la grève dans les services publics, nonobstant l'absence de précision à ce titre dans le contrat liant les parties* », peu importe qu'Aéroports de Paris « *ait conservé des prérogatives dans l'organisation de cette mission* ».

545. – L'arrêt Société Aircar. – Dans la même veine jurisprudentielle, bien que rédigé différemment, le second arrêt en date du 11 janvier 2002, concerne la société Aircar, prestataire d'Air France⁸²¹. Dans cette affaire, La société anonyme Aircar assure l'embarquement, le débarquement et l'acheminement à terre des personnels navigants de la Compagnie Air France, et ce sur un certain nombre d'aéroports. Le contentieux est né lors du dépôt, par un syndicat de personnel de cette société, d'un préavis de grève qui ne mentionne pas le lieu précis de la grève. Au regard des dispositions du code du travail sur les modalités de la grève dans les services publics, ce préavis pouvait donc être considéré comme illégal. Encore faut-il que ces dispositions soient applicables à ce personnel. Pour répondre positivement à cette question, la Cour d'appel de Paris part du postulat – fort discutable au demeurant – que la compagnie Air France est chargée

⁸²⁰ Ordonnance n°45-2488 du 24 octobre 1945 portant création d'Aéroports de Paris, *J.O.R.F.* du 25 octobre 1945, p. 6888.

⁸²¹ CA de Paris, 11 janvier 2002, *Union locale CFTC c./Sté Aircar et autre*, *R.J.S.* 2002, n°520, p. 394.

d'une mission de service public. La cour juge ensuite que la société qui assure sur des aéroports l'embarquement, le débarquement et l'acheminement à terre des personnels navigants de la compagnie aérienne, doit être considérée comme participant à la gestion d'un service public, dans la mesure où sa prestation est « indispensable » à la réalisation de la mission de service public confiée à la compagnie Air France. Dès lors, la cour en déduit que les articles L.521-2 (aujourd'hui L.2512-1) et suivants du code du travail sont applicables à la société Aircar.

C.- L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises contribuant à la gestion d'un service public

546. – L'avis du 24 octobre 1995 – L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises contribuant à la gestion d'un service public résulte notamment d'un avis de la section des Travaux publics du Conseil d'État en date du 24 octobre 1995⁸²². Le ministre de l'Industrie avait demandé au Conseil d'État si l'article L.521-2 (aujourd'hui L.2512-2) du code du travail était applicable au personnel employé dans les stockages souterrains de gaz gérés par une société de droit privé mais à capitaux partiellement publics, en l'occurrence société Elf-Aquitaine. Étant par ailleurs entendu que l'activité de stockage souterrain est comme nous le savons soumise à autorisation, mais n'est pas qualifiée de service public, y compris par la loi du 8 avril 1946⁸²³ nationalisant le transport et la distribution du gaz naturel en en confiant la gestion à l'établissement public GDF.

Le Conseil d'État rappelle que cet article prévoit son application aux entreprises privées chargées de la gestion d'un service public. Fondamentalement, la question était donc de savoir si le stockage souterrain de gaz naturel est une activité qui relève ou non du service public. Pour répondre à cette question la section des travaux publics considère que selon les textes régissant les activités gazières, seules les activités de transport et de distribution sont expressément considérées comme relevant du service public. De plus, le décret du 6 novembre 1962 réglementant l'activité de stockage souterrain de gaz combustible⁸²⁴, applicable à l'époque, était totalement silencieux quant

⁸²² CE, Section des Travaux publics, Avis du 24 octobre 1995, n° 357.203, *R.J.S.* 7/96, n°829 ; *E.D.C.E.* n° 47, 1996, pp. 458-459.

⁸²³ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

⁸²⁴ Décret n° 62-1296 du 6 novembre 1962 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 25 novembre 1958 en ce qui concerne le stockage souterrain de gaz combustible; *J.O.R.F.* du 8 novembre 1962, p. 10792.

au rattachement de ladite activité au sein du service public⁸²⁵. Autrement dit, si l'on s'en tient aux textes, l'activité de stockage souterrain n'est pas constitutive d'un service public. Le Conseil d'État aurait pu en rester là et considérer que les dispositions du code du travail relatives au droit de grève dans les services publics n'étaient pas applicables aux agents des entreprises de stockage souterrain de gaz naturel.

547. – Le critère de l'activité inséparable du service public – Néanmoins, le Conseil d'État est d'avis d'intégrer cette activité dans le giron du service public. Il opère ce rattachement en considérant, de façon prétorienne au fond, que l'activité de stockage de gaz souterrain « *est un élément indissociable des activités de transport et de distribution de gaz naturel dont elle contribue à garantir la continuité de fonctionnement* ». Il précise en effet que cette activité « *permet d'assurer l'équilibre entre la consommation de gaz, soumise à des variations saisonnières, et l'importation de ce gaz* ». Or, puisque « *les activités de transport et de distribution présentent le caractère d'activité de service public* », il apparaît clairement pour le Conseil d'État que « *le stockage souterrain de gaz, qui est inséparable de ces dernières, constitue donc, comme elles, une activité de service public* ». Par conséquent, le personnel des entreprises privées de stockage de gaz souterrain est soumis au respect des dispositions de l'article L. 521-2 du code du travail. Sans doute les agents de ces entreprises ne s'y attendaient pas, mais les voici dorénavant contraint d'appliquer les règles normalement réservées aux agents des services publics, s'ils veulent exercer valablement leur droit de grève. C'est du moins ce que préconise la formation administrative saisie pour avis du Conseil d'État.

548. – L'absence d'application contentieuse – À notre connaissance, cet avis de la section des Travaux publics du Conseil d'État n'a pas donné lieu à une application contentieuse. Mais nul doute qu'en cas de refus des personnels des stockages souterrains de gaz naturel d'appliquer les règles du préavis avant le déclenchement une grève, la juridiction administrative si elle avait été saisie aurait statué conformément à cet avis. Quant à la juridiction judiciaire, sans doute aurait-elle pu suivre aussi cette position, puisqu'avec les jurisprudences *SNC Transroissy* et *Aircar* vues précédemment, elle avait déjà franchi une étape importante en matière d'extension du champ d'application des dispositions codifiées de la loi de 1963.

⁸²⁵ Le décret précité du 6 novembre 1962 est aujourd'hui abrogé et remplacé par le décret n° 2006-648 du 2 juin 2006 *relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain* (*J.O.R.F.* n° 128 du 3 juin 2006 p. 8414, texte n° 12). Ce nouveau décret ne fait lui aussi mention d'aucune mission ou obligation particulière de service public liée à l'activité de stockage souterrain.

Plus récemment, en juillet 2009⁸²⁶, le Conseil d'État s'est appuyé sur la position adoptée par l'avis du 24 octobre 1995, non pas pour appliquer les dispositions législatives sur le droit de grève dans les services publics, mais pour valider une réglementation autonome prise par les instances dirigeantes d'EDF. Solution confirmée par l'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013⁸²⁷.

§2.- La réglementation du droit de grève des agents d'entreprises privées non délégataires de service public

549. – Lorsqu'une entreprise a une activité qui n'est pas qualifiée de service public mais qui contribue à l'exécution d'un service public, dans quelle mesure le pouvoir réglementaire autonome peut-il intervenir pour imposer des contraintes au droit de grève allant au-delà des prescriptions des dispositions du code du travail issues de la loi de 1963 ? Le juge des référés du Conseil d'État s'est retrouvé confronté à cette question à laquelle il a répondu par deux ordonnances en date des 7 et 15 juillet 2009⁸²⁸ puis par l'arrêt du 12 avril 2013⁸²⁹. Si nous avons évoqué ces ordonnances pour ce qui concerne la délimitation du service public, il convient de les expliciter maintenant davantage en ce qui concerne plus précisément l'exercice du pouvoir réglementaire autonome (A.-). Il nous reviendra ensuite d'analyser la portée exacte du raisonnement adopté par le juge à travers ces deux ordonnances (B.-).

⁸²⁶ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, et CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY

⁸²⁷ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *ibid.* p. 1052, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.* 2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

⁸²⁸ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY. – CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁸²⁹ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *ibid.* p. 1052, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.* 2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

A.- La jurisprudence récente du Conseil d'État

550. – La loi du 10 février 2000 n'intègre pas la production d'électricité dans le service public de l'électricité. Dès lors, cette activité ne devrait plus être soumise au principe de continuité et ne devrait pas être comprise ni dans le champ d'application de la loi de 1963, ni dans le champ naturel de mise en œuvre du pouvoir réglementaire autonome lorsqu'il existe. Que faire lorsque les personnels chargés de l'entretien d'un centre de production d'électricité sont en grève ?

551. – **Les ordonnances des 7 et 9 juillet 2009** – Il se trouve qu'en 2009, la direction d'EDF s'est trouvée confrontée à des mouvements de grève prolongés dans les centres nationaux de production d'électricité (CNPE), en réalité les centrales nucléaires, mises en arrêts de tranche pour entretien. Les travaux d'arrêts de tranche consistent en des prestations de maintenance et de renouvellement du combustible nucléaire usagé. Ces opérations sont minutieusement programmées de manière à s'échelonner sur la période estivale, où la baisse relative de la demande permet plus aisément de rendre temporairement indisponible certaines tranches de production (réacteurs nucléaires). Comme nous l'indique Véronique Loy, ces travaux « mobilisent un très grand nombre de salariés du site, fût-ce pour de très brèves périodes, compte-tenu de la diversité et de la spécialité des tâches à effectuer »⁸³⁰. Or, les nombreuses grèves déclenchées dès le mois d'avril 2009 ont généré du retard dans l'accomplissement des travaux. Si bien que pour éviter des délestages significatifs sur le réseau en juillet, par manque d'énergie électrique produite, le directeur général adjoint d'EDF a demandé par note interne, datée du 15 juin 2009, à deux de ses directeurs opérationnels de s'assurer que l'entreprise pourrait remplir sa mission d'approvisionnement du territoire français en électricité. Selon cette note interne, il incombait au directeur *Optimisation amont aval trading* de désigner les tranches dont le redémarrage s'avérait essentiel. Quant au directeur de la production, il était chargé d'informer les directeurs des centres nationaux de production d'électricité concernés ; il revenait alors à ceux-ci de convoquer par écrit les salariés dont la présence était nécessaire à la réalisation des travaux d'arrêt de tranche, sous peine bien évidemment de sanction disciplinaire. Ce fut le cas notamment du directeur de la centrale de Cruas-Meysses en Ardèche sur les rives du Rhône.

⁸³⁰ LOY (Véronique), « Le droit de grève peut être limité en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public », note sous CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.* et sous CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF, R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 31.

552. – Saisi en premier et dernier ressort d'une demande de suspension de la note du directeur général adjoint d'EDF, et saisi en appel de l'ordonnance de référé du Tribunal administratif de Lyon, le Conseil d'État devait se demander dans quelle mesure ces décisions émanant de la direction d'EDF et de ses centres de production étaient conformes ou non à la légalité. Concernant la note du 15 juin 2009 adoptée par le directeur général adjoint d'EDF, le Conseil d'État adopte un raisonnement en deux temps.

Tout d'abord il juge que « *Considérant que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 indique que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ; qu'en l'absence de la réglementation ainsi annoncée par la Constitution, 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'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; que les organes de direction d'une société chargée de service public, telle qu'EDF par la loi du 10 février 2000, agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services placés sous leur autorité, d'une part définissent les domaines dans lesquels la sécurité, la continuité du service public doivent être assurées en toute circonstances et déterminent les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans la société en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* »⁸³¹. Ce premier considérant très classique, s'inscrit pleinement dans la lignée de l'arrêt *Dehaene* de 1950. Il s'inscrit aussi parfaitement dans la logique extensive relatée au chapitre 9 de notre étude, dans la mesure où il admet que le pouvoir réglementaire autonome continue de s'exercer au sein de l'entreprise EDF qui a été transformée en société anonyme par la loi du 9 août 2004⁸³² et qui n'est donc plus un établissement public comme du temps de l'arrêt *Hotz* de 1997⁸³³. Toutefois à ce stade de son raisonnement, le juge n'opère pas le lien nécessaire entre le service public qu'il évoque pour justifier de façon générale le pouvoir réglementaire autonome et l'activité de production d'électricité qui selon la loi de 2000 n'est pas un service public.

⁸³¹ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁸³² Cette transformation est précisément actée par l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, *J.O.R.F.* du 11 août 2004, texte 1/94, p. 14256.

⁸³³ CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. sur COMBREXELLE, note Jean-Philippe PAPIN ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY ; *J.C.P.* éd. G. 1997, IV, 2089, obs. M.C. ROUAULT et I, 4072, chr. Jacques PETIT.

Il tente d'opérer ce lien dans un considérant suivant dont la première partie est rédigée de la façon suivante : « *Considérant qu'il doit être tenu compte de la nature du service de production d'électricité, des impératifs de sécurité qui lui sont liés et des contraintes techniques du maintien de l'interconnexion et de préservation de l'équilibre entre la demande et l'offre d'électricité dans une situation estivale où les fortes températures peuvent solliciter le système de production électrique à un moment où la production est réduite que dans ces conditions, la direction d'EDF en prenant les notes litigieuses qui ne sauraient avoir pour objet et pour effet de contraindre l'ensemble des personnels des tranches visées à remplir un service normal mais seulement de répondre de la continuité des fonctions indispensables pour assurer la remise en service des réacteurs arrêtés dans les délais et éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement électrique du pays*⁸³⁴, n'a pas porté une atteinte manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit de grève pour les salariés concernés ». Le lien ainsi opéré n'est pas très explicite, il faut en convenir. Seuls les avertis le décèleront d'emblée dans ce considérant. Pour le juge ce qui importe s'est d'assurer les « fonctions indispensables » à « la remise en service des réacteurs » pour « éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement électrique du pays ». En effet assurer une production suffisante d'électricité garantit une sécurité d'approvisionnement en électricité du pays. Or, l'approvisionnement du pays constitue depuis la loi du 10 février 2000 une mission de service public, aujourd'hui inscrite à l'article L.121-1 du code de l'énergie⁸³⁵.

553. – La deuxième ordonnance du 15 juillet 2009 reprend ces mêmes considérants avant d'analyser les ordres du directeur de la centrale de Cruas et l'ordonnance de référé du tribunal administratif de Lyon.

⁸³⁴ Nous soulignons.

⁸³⁵ Rappelons que selon l'article L.121-1 du code de l'énergie « *Le service public de l'électricité a pour objet de garantir, dans le respect de l'intérêt général, l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national. / Dans le cadre de la politique énergétique, il contribue à l'indépendance et à la sécurité d'approvisionnement, à la qualité de l'air et à la lutte contre l'effet de serre, à la gestion optimale et au développement des ressources nationales, à la maîtrise de la demande d'énergie, à la compétitivité de l'activité économique et à la maîtrise des choix technologiques d'avenir, comme à l'utilisation rationnelle de l'énergie. / Il concourt à la cohésion sociale, à la lutte contre les exclusions, au développement équilibré du territoire, dans le respect de l'environnement, à la recherche et au progrès technologique, ainsi qu'à la défense et à la sécurité publique. Matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique ».*

B.- La gêne palpable du juge administratif

554. – Le critère de la participation au service public – Dans son commentaire des deux ordonnances de juillet 2009, Véronique Loy, qui a la fonction de « chef de pôle Droit public et Environnement de la direction juridique d'EDF écrit : « *Les ordonnances commentées reconnaissent [...] que la production d'électricité quoiqu'elle ne soit plus en tant que tel un service public, participe d'un service public de l'électricité plus large visant à l'approvisionnement équilibré du territoire en électricité, dont EDF a la charge à titre principal* »⁸³⁶. Si nous sommes d'accord avec cette affirmation en tant qu'elle considère qu'en réalité la production d'électricité participe ou contribue au service public de l'électricité visant à assurer l'approvisionnement du territoire en électricité, nous considérons que tel est le sens du raisonnement du juge des référés du Conseil d'État, mais que pour autant, cela demeure implicite.

Le caractère implicite – ou du moins pas très explicite, par juxtaposition et non par justification – du rattachement opéré par le juge des référés du Conseil d'État entre le service public de l'approvisionnement et la production d'électricité nous interroge. Certes, il s'agit d'ordonnances de référés, statuant en urgence, sur la nécessité de suspendre les notes litigieuses et non pas de les annuler au fond. Toutefois ces ordonnances adoptent un raisonnement plutôt fourni et détaillé, qui va au-delà de l'examen souvent sommaire des faits qu'opère plus habituellement le juge des référés. Pourquoi ne pas avoir adopté un raisonnement plus direct comme celui de l'avis du 24 octobre 1995 concernant l'application de la loi de 1963 aux stockages souterrains de gaz naturel. Rappelons-nous que le Conseil d'État était d'avis de considérer que cette activité de stockage « *est un élément indissociable des activités de transport et de distribution de gaz naturel dont elle contribue à garantir la continuité de fonctionnement* »⁸³⁷. Par analogie on pourrait facilement admettre que la production d'électricité est un élément indissociable de l'approvisionnement.

555. – Le malaise du juge administratif – Nous pensons que l'implicite révèle non pas l'incertitude du juge, mais plutôt son réel malaise. Juridiquement il ne peut que constater que la production d'électricité n'est plus une activité de service public. Pourtant, l'approvisionnement du territoire qui est l'objectif du service public de

⁸³⁶ LOY (Véronique), « Le droit de grève peut être limité en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public », note sous CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.* et sous CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF, R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 31.

⁸³⁷ CE, Section des Travaux publics, Avis du 24 octobre 1995, n° 357.203, *R.J.S.* 7/96, n°829 ; *E.D.C.E.* n° 47, 1996, pp. 458-459.

l'électricité ne peut pas se concevoir sans production d'électricité. Autrement dit la production contribue à l'approvisionnement en ce qu'elle le garantit. Nous sommes donc ici dans un cas de figure assez inédit où une activité essentielle qui n'est pas qualifiée par la loi de service public constitue la seule garantie du fonctionnement normal du service public. Il faut quand même avouer qu'ériger un service public de l'électricité sans y inclure la production de ce bien, alors que celui-ci n'est pas ou si peu stockable, pose question. Dès lors, face à une grève dans l'activité de production, seule capable de produire ce bien – qualifié par la loi de « *produit de première nécessité* »⁸³⁸ et qui est l'objet d'un service public à part entière –, le juge se trouve démuni. Or, puisque le service public de l'électricité « *matérialis[e] le droit de tous à l'électricité* »⁸³⁹ ne pas assurer la continuité de ce service public, constitue une atteinte à ce droit des citoyens et partant, ne permet plus de garantir leur besoin en énergie électrique, ce qui peut provoquer des désordres. Comment donc assurer cette continuité du service public de l'électricité, sans assurer celle de la production d'électricité ? Pour le juge, l'objectif était de pouvoir justifier la continuité de la production. Mais face au vide juridique sur ce point, il n'avait semble-t-il qu'une seule possibilité : se raccrocher à l'existant, c'est-à-dire à la notion de continuité du service public. Et ce n'est qu'au prix de circonvolutions que le juge y parvient. Il aurait pu être plus direct, plus explicite.

556. – Incontestablement, cette jurisprudence est un pis allé. Car elle ne peut pas constituer une garantie à toute épreuve de la continuité du service de la production d'électricité. Plus largement, il apparaît clairement qu'il devient de plus en plus difficile d'assujettir les personnels des services d'intérêt général en réseaux à la législation et à la réglementation qui sont relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics.

Section 2.- Une extension illégale desservant l'objectif de continuité du service

557. – Nous sommes donc confrontés à la question de la pertinence, du point de vue juridique, de cette extension du champ d'application des dispositifs législatifs et réglementaires relatifs à l'exercice du droit de grève dans les services publics à des

⁸³⁸ Article L.121-1 du code de l'énergie.

⁸³⁹ Article L.121-1 du code de l'énergie.

agents qui ne sont pas directement liés au service public, et qui même ignoraient qu'ils pouvaient avoir un lien avec lui et donc avec ses sujétions particulières.

558. – Pour analyser la pertinence d'une telle solution jurisprudentielle nous analyserons plus précisément les limites que comporte en elle-même cette logique d'extension (§1.-), puis les risques juridiques qu'elle induit (§2.-). Nous pourrions alors affirmer que loin d'être pertinente, cette solution est un pis-aller qui n'a d'autre issue que la disparition progressive mais certaine de la continuité du service public dans les activités en réseaux (§3.-).

§1.- Les limites de la logique d'extension à l'œuvre

559. – Il convient ici d'étudier les limites que comporte en elle la logique d'extension du pouvoir réglementaire autonome (A.-), puis les limites que comporte l'extension de l'application de la législation relative au droit de grève dans les services publics (B.-).

A.- Les limites de l'extension du pouvoir réglementaire autonomes

560. – L'extension du pouvoir réglementaire dont nous avons exposé précédemment la logique qui la sous-tendait touche néanmoins aujourd'hui à ses limites. Dans ces conditions, nous doutons que les organes dirigeants des entreprises de services en réseaux détiennent de façon pérenne un tel pouvoir réglementaire. En effet, trois raisons permettent d'envisager à terme la fin du pouvoir réglementaire autonome dans les services en réseaux.

561. – ***Le rétrécissement du service public, première limite.*** – En premier lieu, le champ du service public se rétrécit. Or, le pouvoir réglementaire autonome ne trouve sa justification première que dans l'objectif d'organiser le service public, en vue d'en assurer le bon fonctionnement. Compte tenu de l'évolution actuelle des choses, soit le service public disparaît totalement, auquel cas, bien évidemment, il n'y a plus de pouvoir réglementaire autonome qui vaille, Soit, le service public se restreint pour ne devenir qu'une faible proportion de l'activité de l'organisme gérant un service en réseaux, dans ce cas, il n'y a de place pour un pouvoir réglementaire autonome que s'il est limité à la sphère elle-même restreinte du service public.

562. – La disparition des établissements publics, deuxième limite. – En second lieu, l'évolution de la forme juridique des structures gérant les services en réseaux, devient un second obstacle potentiel au maintien du pouvoir réglementaire autonome. On assiste de nos jours en effet à la disparition progressive des établissements publics, pour laisser place dans ces secteurs à des sociétés commerciales. France Télécom, EDF, GDF, ADP et La Poste, voici au moins cinq cas de transformation d'établissements publics ou assimilés en société anonyme. Et nous pesons que cette évolution touchera sans doute d'ici quelques années la SNCF. Les organes dirigeants d'une société anonyme ne sont a priori pas investis d'un pouvoir réglementaire autonome, notamment pour régler les difficultés liées à l'exercice du droit de grève de leurs salariés. La logique d'extension de la jurisprudence *Jamart-Dehaene* peut-elle dépasser le sommet atteint avec l'arrêt *Onesto* de 2006 ? En principe, nous serions tentés d'affirmer qu'il n'est plus possible dans un tel cas de figure de faire application de cette jurisprudence. Alors certes, les solutions rendues par le Conseil d'État en 2009⁸⁴⁰ et 2013⁸⁴¹, et déjà amplement citées dans notre étude⁸⁴², démentent une telle proposition. Elles reconnaissent aux organes dirigeants de la société anonyme EDF le pouvoir de réglementer le droit de grève des personnels affectés à l'entretien des centrales nucléaires, lesquelles ne relèvent pourtant plus du service public.

Pour autant, cette position jurisprudentielle du Conseil d'État ne préfigure pas nécessairement une lignée jurisprudentielle à long terme. Car son fondement paraît fragile. Si cette fragilité ne saute pas aux yeux aujourd'hui puisque la société EDF demeure encore omniprésente dans la production d'électricité, le jour où il y aura plusieurs gros producteurs pour alimenter le réseau, cette fragilité deviendra une évidence.

563. – La fin d'un palliatif. – En définitive, par la conjonction de la limitation du champ du service public et de la transformation des établissements industriels et commerciaux en sociétés commerciales, le pouvoir réglementaire autonome risque à terme de n'avoir aucune place dans l'élaboration des règles relatives au personnel des entreprises de

⁸⁴⁰ CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY. – CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.

⁸⁴¹ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *ibid.* p. 1052, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.* 2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

⁸⁴² Cf. : *Supra*, Chapitre 9.

services en réseaux. Il ne pourra donc plus être un moyen juridique palliatif permettant d'assurer un relatif respect du principe de continuité du service public.

À moins, tout d'abord, de dénaturer le pouvoir réglementaire autonome, en reconnaissant aux organes dirigeants des sociétés commerciales chargées d'une mission de service public, un tel pouvoir. Ce pouvoir réglementaire autonome ne serait pas complémentaire d'un pouvoir réglementaire prévu par les actes de concession, mais serait le pouvoir réglementaire principal car unique reconnu à ces organes. Toutefois, en l'état de la jurisprudence administrative, il semble que cette voie ne soit pas envisageable.

À moins, également, que ce pouvoir réglementaire soit exercé par l'autorité concédante ou celle qui impose des obligations de service public, en l'occurrence l'État pour des services publics d'envergure nationale. Cette hypothèse est parfaitement envisageable, car conforme à l'état actuel du droit, notamment relaté par l'avis précité du 22 juin 1978⁸⁴³. Toutefois, on s'étonnera de laisser un tel pouvoir à l'autorité administrative, alors que l'évolution de ces services en réseaux est celle d'une privatisation croissante et d'un alignement progressif sur le droit commun. On laisserait alors subsister un atoll réglementaire dans un océan privatisé. Juridiquement, cela est parfaitement possible ; politiquement, on peut se demander quel sera le gouvernement qui exercera ce pouvoir réglementaire autonome pour régler le droit de grève des agents des grands services en réseaux privatisés ? Le respect d'une continuité du service, suppose d'envisager autrement le cadre juridique applicable.

B.- Les limites de l'extension de l'application de la législation relative au droit de grève dans les services publics

564. – Participation ou contribution au service public – Le critère de la participation au service public est difficile à cerner. Il mérite toutefois d'être expliqué, car son utilisation par la jurisprudence n'est sans doute pas fortuite. S'il est vrai que du point de vue des conséquences juridiques, en matière d'exercice du droit de grève, la jurisprudence étudiée ne marque pas de différence entre les personnels d'une entreprise chargée d'une mission de service public et les personnels d'une entreprise participant à la gestion d'un service public, il est tout aussi vrai, cela relève d'un pur constat, que la

⁸⁴³ CE, Section des Travaux publics et Section sociale réunies, Avis du 22 juin 1978, n° 322.931, *Ministre des Transports*, GACE, Paris, 2002, 2^e éd., n° 10, p. 135, obs. Christian VIGOUROUX et Didier CASAS.

jurisprudence n'affirme pas que ces dernières sont chargées d'une mission de service public. Quand bien même l'effet est équivalent, il n'y a pas à proprement parler assimilation entre les deux types d'entreprises. L'emploi du verbe « participer », ou même « contribuer » car il ne semble pas y avoir de différence notable entre les deux termes dans la jurisprudence⁸⁴⁴, permet d'indiquer le lien de rattachement existant entre, d'une part, le service public auquel la loi de 1963 s'applique et, d'autre part, le personnel du prestataire de service du service public lequel se trouve soumis à cette même loi, alors même qu'il est *a priori* extérieur au service public. Il se rattache au service public parce qu'il y « participe » ou « contribue ». C'est cette réalité juridique, que la jurisprudence sus-relatée décrit et prend en compte pour l'application des articles L.521-2 et suivants du code du travail à ces personnels d'entreprises sous-traitantes ou filiales des entreprises de service public.

565. – Une parade à l'externalisation – Cette jurisprudence a le mérite de pouvoir prendre en considération le processus d'externalisation dans les services publics qui est à l'œuvre depuis plusieurs années. Souvent en prélude à l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles publics, on constate de la part des entreprises de service public un recours grandissant à la sous-traitance et à la filialisation de leur activité, parfois dans des champs très approfondis de leur mission originelle de service public (cas du CEA par exemple). De ce point de vue, le service public n'est plus intégré, mais en voie de désintégration. Toutefois, cette jurisprudence comporte trois limites fondamentales qu'il convient d'examiner.

566. – Comment déterminer le personnel concerné par la législation ? – La première de ces limites concerne la délimitation du personnel de l'entreprise prestataire concerné par la réglementation du droit de grève. Cette question s'était également posée pour les entreprises privées concessionnaires de service public. Lors des débats à l'Assemblée nationale en 1963, Monsieur Christian Poncelet, alors député, proposait un amendement tendant à modifier l'article 1^{er} de la loi, en précisant que celle-ci s'appliquerait aux personnels « *qui sont effectivement employés à cette gestion* »⁸⁴⁵. Et au soutien de son amendement, il posait au ministre Louis Joxe la question suivante : « *Quelle serait la position à prendre à l'égard d'une entreprise dont une partie du personnel serait consacrée à la gestion d'un service public ? Est-ce que la loi couvrirait l'ensemble du personnel de l'entreprise ou uniquement le personnel chargé de la gestion*

⁸⁴⁴ À comparer les deux arrêts précités de la Cour d'appel de Paris, où l'un emploie le verbe « participer » et l'autre le verbe « contribuer », la cour semble les employer comme des synonymes.

⁸⁴⁵ Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4242, 2^{ème} col.

du service public ? »⁸⁴⁶ Ce à quoi le ministre répondit que « dans une entreprise qui ne consacre pas toute son activité à un service public, seuls peuvent être visés par notre projet ceux qui consacrent leur activité au service public à l'intérieur de cette entreprise. C'est clair et, dans ces conditions, comme il s'agit d'une affaire qui est réglée depuis longtemps en droit et en jurisprudence, je crois qu'il y a tout intérêt à ne pas retenir l'amendement considéré. »⁸⁴⁷ C'est donc là une invitation à interpréter le texte en distinguant au sein du personnel, entre celui qui est affecté à la gestion du service public délégué et celui qui ne l'est pas, et pour les entreprises prestataires de service des entreprises gestionnaires du service public, entre le personnel affecté à cette prestation de service et celui qui ne l'est pas. Or, la distinction n'est jamais évidente. Tout dépend de l'organisation de l'entreprise et de l'affectation des personnels. Si le même personnel est toujours affecté au service public ou à la mission participant à la gestion de celui-ci, la solution est simple ; il sera toujours soumis au respect de la loi de 1963. En revanche, si le personnel alterne entre mission de service public et les autres missions de l'entreprise, alors tout devient compliqué.

567. – Les leçons de la jurisprudence Dame veuve Mazerand – Et cela ne va pas sans rappeler les déboires de la jurisprudence *Affortit et Vingtain*⁸⁴⁸, dont le ministre faisait pourtant implicitement référence dans ces propos comme gage de solution juridique idoine. En résumé, cette jurisprudence, relative aux agents contractuels de l'administration, adoptait le critère de la participation directe à l'exécution du service public, pour qualifier un contrat de travail en contrat de droit public. S'il n'y avait pas participation au service public, le contrat de travail était de droit privé. Mais les agents contractuels de l'administration peuvent effectuer des tâches pouvant alternativement les faire participer directement au service public, et d'autres tâches étrangères au service public. On aboutit dès la fin 1963 au raffinement ultime de cette jurisprudence avec l'arrêt, *Dame veuve Mazerand*⁸⁴⁹, selon lequel une femme de service chargée de nettoyer les locaux d'une école était considérée comme un agent privé, mais elle devenait agent public quand elle assurait aussi la garde des enfants. Ainsi les indemnités liées à la résiliation de son contrat devaient être réclamées pour une partie devant le juge judiciaire, pour une autre devant le juge administratif. Avec une telle solution jurisprudentielle, la ligne de partage ne se faisait plus uniquement entre agents, mais au

⁸⁴⁶ Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 4243, 1^{ère} col.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ CE, Sect., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, *Rec.* p. 345, concl. Jacques CHARDEAU.

⁸⁴⁹ TC, 25 novembre 1963, *Veuve Mazerand*, *Rec.* p. 792.

sein de chaque agent ! Bien que réaffirmée⁸⁵⁰, cette solution n'était plus tenable, et après quelques hésitations⁸⁵¹, le Tribunal des conflits a opéré une simplification très nette en décidant par son célèbre arrêt *Berkani* que « *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* »⁸⁵². Par analogie, on serait alors tenté de considérer que les personnels d'une entreprise chargée d'un service public, ou d'une entreprise prestataire de service d'une telle entreprise de service public, serait en tout état de cause soumis au respect de la loi de 1963 en cas de grève. Mais cela semble « *singulièrement inéquitable* » pour reprendre la formule de Jacky Chorin⁸⁵³, compte-tenu du fait que ces personnels subissent les contraintes du service public, sans en avoir les avantages sociaux.

568. – L'impossible critère d'identification des prestataires concernés – La deuxième limite est relative au critère de la « *participation à la gestion du service public* » appliquée cette fois aux entreprises prestataires de service. C'est-là un critère qui est d'une application tout aussi incertaine que lorsqu'il est appliqué aux personnels comme il vient d'être vu. En effet, sur quel fondement peut-on juger qu'une mission remplie par un prestataire de service participe à la mission de service public gérée par la société donneur d'ordre ? Pour reprendre l'exemple jurisprudentiel cité précédemment, si la société « Aircar » qui transporte le personnel navigant est considérée comme remplissant une telle mission, qu'en est-il de la société « Air BP » qui fournit le kérosène, le liquide hydraulique des trains d'atterrissage, et de la société « Michelin » qui fournit les pneumatiques. Ce sont-là autant d'éléments indispensables au bon fonctionnement des aéronefs mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public. L'externalisation de ces moyens ne fait pas disparaître leur caractère indispensable à l'exécution de la mission de service public. Cela doit-il conduire à considérer que le personnel de toute entreprise liée par un contrat de fourniture ou de service à une entreprise gestionnaire de service public est de facto soumis au respect de la loi de 1963 en matière de conflit collectif de travail ? Le critère de la participation au service public

⁸⁵⁰ Position réaffirmé en 1987 : TC, 29 juin 1987, *Bungener*, Rec. p. 492 : Un enseignant recruté par un hôpital est un agent public quand il dispense des cours aux personnels paramédicaux, mais il est agent de droit privé quand il donne des cours aux personnels de ménage car la formation de ces derniers n'entre pas dans la mission de service public hospitalier.

⁸⁵¹ TC, 26 novembre 1990, *Demoiselle Salliège*, Rec. p. 402. – TC, 22 juin 1992, *Madame Rouquier*, Rec. p. 836.

⁸⁵² TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c./Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*, A.J.D.A. 1996, p. 399, chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUVAUX.

⁸⁵³ CHORIN (Jacky), « La grève dans les services publics – Quelques questions d'actualité », *Dr. soc.* 2003, p. 570.

est vaste. Quel critère, restrictif ou large, adopter ? Il n'y a pas de réponse univoque à cette question.

569. – Le service public, un fondement devenu trop fragile – La troisième limite de cette jurisprudence est qu'elle repose sur un fondement très fragile : le service public. Evidemment, celui-ci était encore triomphant en 1963, mais aujourd'hui ? Or le problème de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, c'est qu'elle répond à une question actuelle fondamentale, celle de la continuité du service (public) en cas de recours à des sous-traitants et des prestataires de service, avec des moyens juridiques du passé. La jurisprudence Aircar précitée est de ce point de vue emblématique ; cette société est considérée par le juge comme contribuant à la gestion du service public d'Air France. C'est supposer qu'Air France gère bien un service public. Or, il devient de plus en plus critiquable de considérer qu'Air France gère un service public. Certes le Tribunal des conflits a encore estimé il y a quelques années que tel était le cas⁸⁵⁴. Mais sur quel fondement juridique reposait son affirmation ? Sur aucun texte précis, ni sur aucun argument précis. Plutôt sur une habitude, au départ fondée, mais aujourd'hui devenue sans fondement. D'ailleurs, le tribunal de grande instance de Paris ne s'y est pas trompé, et bien que simple juge de premier degré, il a considéré dès 1997⁸⁵⁵ qu'Air France ne gérait plus de service public, et il en a déduit l'inapplication à son personnel de la loi de 1963. Certes, ce jugement manque de nuance, en ne précisant pas dans quelle mesure certaines lignes desservies par Air France sont des lignes de service public, mais il n'a pas tort de considérer que la compagnie ne gère pas une mission globale de service public.

En tout état de cause, ce jugement isolé et devenu définitif, doit faire prendre conscience de l'urgence qu'il y a à repenser les fondements du champ d'application de la réglementation législative du droit de grève dans les grands services en réseaux.

§2.- Les risques juridiques de la logique d'extension à l'œuvre

570. – L'extension du champ d'application des cadres législatifs et réglementaires telle qu'elle est aujourd'hui réalisée par la jurisprudence n'est plus juridiquement sécurisée. D'une part, l'encadrement constitutionnel du droit de grève ne permet pas de

⁸⁵⁴ TC, 1^{er} juillet 2002, *M. Laroche et autres c./Société Air France*, req. n° 02-03.325, BICC 2002, n°18, p. 27.

⁸⁵⁵ TGI de Paris, 4 février 1997, *Compagnie Air-France Europe c./Syndicat des pilotes d'Air France et autres*, *Dr. ouvr.* 1997, p. 427, note FS.

porter atteinte à celui-ci sans prendre un maximum de précaution juridique. D'autre part, le contexte juridique ayant changé, du fait notamment de l'irrigation croissante de la matière par le droit de l'Union européenne, les solutions adoptées comportent des risques juridiques qu'il convient d'examiner.

Ainsi, nous devons constater en premier lieu, que la contrainte aujourd'hui exercée sur le droit de grève par une extension du champ d'application des règles spécifiques aux agents du service public est légalement contestable (A.-). En second lieu, en cherchant à préserver la continuité du service en réseaux par le truchement de l'application des règles spécifiques au service public, le juge impose de fait une obligation de continuité aux services en réseaux, laquelle doit être comprise comme une obligation de service public, ce qui immanquablement la condamne à y être imposée illégalement, compte tenu du contexte juridique actuel (B.-).

A.- La légalité contestable de la contrainte exercée sur le droit de grève

571. – L'incontournable justification constitutionnelle des contraintes – La logique d'extension à l'œuvre aboutit à ce que des agents dont le lien avec le service public est à tout le moins indirect et très éloigné au point d'être discutable, soient assujettis tant à la législation qu'à la réglementation relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics. Or, n'oublions pas que le droit de grève est avant tout devenu depuis 1946 une liberté fondamentale de tout travailleur. Certes, ce droit « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente »⁸⁵⁶, selon l'énoncé de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, dans lequel il est contenu, encore faut-il que les contraintes légales soient justifiées par la sauvegarde d'un droit ou d'un principe ayant lui-même valeur constitutionnelle.

572. – L'inexistence d'un principe de « participation » au service public – C'est ainsi que la continuité du service public, principe à valeur constitutionnel, permet de justifier la réglementation du droit de grève qui vise à assurer un certain niveau de continuité du service. Peut-on en dire de même de la continuité de l'activité qui participe ou contribue au fonctionnement du service public. Le problème que pose l'extension de l'application du cadre législatif et du cadre réglementaire de l'exercice du droit de grève dans les services publics concerne précisément le passage d'une continuité directe du

⁸⁵⁶ Alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

service public à une continuité indirecte de ce service assurée par le truchement d'une autre activité, qui elle n'est pas considérée comme relevant du service public. Nous savons que cela pose la question des limites de l'activité contribuant ou participant au service public. En quoi le transport du personnel navigant sur l'aire aéroportuaire contribue-t-il nécessairement plus au service public du transport aérien que l'entretien courant des avions ? Pourquoi faire revenir à tout prix la production d'électricité dans le giron du service public alors même que la loi du 10 février 2000 l'en a exclue ? En pratique, le critère d'extension (la participation ou la contribution au service public) est loin d'être précis. La question de sa valeur constitutionnelle ne se pose même pas, son inexistence ne fait aucun doute. Il a en effet été suffisamment délicat d'expliquer et de fonder juridiquement la position adoptée par le Conseil constitutionnel en 1979 pour ériger le principe de continuité en principe à valeur constitutionnelle. Nous imaginons mal dans ces conditions une duplication du procédé à un principe dont personne n'avait entendu parler avant l'apparition de ces jurisprudences audacieuses.

573. – La fragilité du lien avec le service public – De plus, nous ne pouvons admettre que le principe de continuité du service public suffise à lui seul à justifier une telle extension du champ d'application des dispositifs législatifs et réglementaires. Car comme nous l'avons dit plus haut, le lien entre l'activité en cause et le service public est au fond assez éloigné. Si bien qu'en raisonnant d'un point de vue constitutionnel, il est difficile d'admettre que le principe de continuité du service public puisse justifier une telle atteinte à l'exercice du droit de grève d'agents dont l'employeur n'est pas directement impliqué dans la gestion d'un service public. Certes, il est toujours possible de tenter de contorsionner les notions et les principes juridiques. Pour autant, il n'est pas certain que le résultat obtenu soit satisfaisant.

574. – Un risque certain d'illégalité – Il n'est donc pas exclu dans ces conditions que le risque d'illégalité de la contrainte exercée sur le droit de grève d'agents dont l'activité de l'employeur ne permettrait pas en elle-même l'application légale d'un tel régime juridique dérogatoire du droit commun. Autrement dit, du strict point de vue du droit de grève, la jurisprudence extensive semble lui apporter des limites qui pourraient être analysées comme illégales.

B.- L'illégalité d'une obligation de continuité imposée de facto

575. – Une obligation de service public imposée par le juge – En imposant à des entreprises et à leurs agents des contraintes particulières en matière d'exercice du droit de grève, sur la base de leur contribution apportée par leurs activités au fonctionnement du service public, le juge n'imposerait-il pas implicitement une obligation de continuité à ces activités. On sait qu'en droit communautaire, la notion d'obligation de service public tend à devenir la seule possibilité légale d'assujettir des activités à des sujétions d'intérêt général. Il est donc parfaitement imaginable, *a priori*, que la continuité de la production d'électricité, ou la continuité d'un service de transport aéroportuaire fassent chacune l'objet d'une telle obligation de service public. L'intérêt général ici en jeu pourrait le permettre. Reste qu'en vertu des textes européens, une telle obligation se doit d'être non seulement précisément délimitée, mais écrite. Il ne revient donc *a priori* pas à la jurisprudence de remplir ce rôle. Dans ses conditions, si la loi française exclut la production d'électricité du service public de l'électricité, sans la soumettre par ailleurs à une obligation spécifique de continuité, il n'est pas envisageable de penser que le juge substitue sa volonté à celle du législateur. C'est pourtant ce qu'il a fait dans l'arrêt du 12 avril 2013⁸⁵⁷.

576. – Une jurisprudence en contradiction avec le droit européen – Jusqu'où la logique d'extension du champ du service public, mise en œuvre pour l'application des dispositions de la loi du 31 juillet 1963, peut-elle être utilisée en vue de généraliser l'application du régime juridique du service public à des activités qui n'en relèvent initialement pas ? En effet, en pareille hypothèse, le juge national, appliquerait son même pouvoir d'interprétation aux activités des divers opérateurs, et jugerait que par-delà les missions de service public et les obligations de service public dévolues par les textes communautaires relayés par les textes nationaux de transposition, il existe d'autres missions de service public, d'autres obligations de service public, attribuées éventuellement à d'autres opérateurs intervenant dans les réseaux de service d'intérêt économique général. Le juge érigerait ainsi en « service public » une activité qui normalement n'en relève pas, uniquement dans le but de solutionner un litige, tel que l'application ou non d'une législation tributaire pour son domaine d'application de la notion de service public. Une telle création du juge national entrerait en contradiction avec la lettre et l'esprit du droit communautaire sectoriel.

⁸⁵⁷ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *op. cit.*

577. – *Le risque d'une dualité d'obligations de service public.* – En cherchant à tout prix à soumettre certaines activités au respect d'une législation ou d'une réglementation propres à garantir dans une certaine mesure la continuité du service, le juge se place en position de définir pour ces activités une obligation de continuité qu'il n'est légalement pas en mesure d'imposer valablement. Bien sûr, on peut tempérer cette analyse en avançant l'argument selon lequel puisqu'il n'y a pas d'enjeu de compensation financière d'une telle obligation, le respect des critères de la notion européenne d'obligation de service public pourrait ne pas être exigé. Mais on admettrait alors la coexistence de deux sphères de service public, l'une sur la base de la notion émergente en droit de l'Union européenne, l'autre en vertu de l'historique conception française du service public. Cette dualité d'obligations liées au service public ne paraît pas opportune au regard de l'enjeu actuel de clarification des cadres européens et français de service public. De plus, dans les secteurs en réseaux, l'existence même de la législation sectorielle semble épuiser très largement la compétence des États pour promouvoir un cadre national qui sortiraient des prescriptions du cadre européen.

578. – *Une marge de manœuvre inexistante.* – En définitive, la liberté du juge pour élever au rang de service public des activités qui ne le sont pas normalement en application du cadre juridique européen et national, est aujourd'hui inexistante. Le juge ne peut plus « inventer » le service public, comme on découvre un trésor caché. Le juge ne peut aujourd'hui, dans les services en réseaux que dresser le constat de l'existence ou non du service public au travers soit des textes communautaires, soit des textes nationaux pris en application de ceux-ci. À cet égard, il convient de s'interroger sur la marge de manœuvre des pouvoirs publics pour étendre le domaine du service public.

§3.- Feu la continuité du service public, dans les services en réseaux ?

579. – Doit-on se résoudre à la disparition progressive de la continuité dans les services en réseaux ? Car, au vu de tout ce qui précède, force est de constater que le cadre juridique de l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux ne permet pas d'assurer la continuité du service. Tout le régime juridique fondé sur le critère du service public se révèle de plus en plus inadapté et insécurisant sur le plan juridique. Au vu de la jurisprudence contemporaine qui tente désespérément de maintenir en l'état l'application d'un tel cadre juridique inadapté aux services en réseaux, nous pouvons

faire le constat que le service public est devenu un critère d'application moribond (A.-), quant au grand principe de continuité du service, il faut se résoudre à le voir bénéficier d'un sursis avant sa disparition peut-être lente, mais indubitablement proche (B.-).

A.- Le service public un critère moribond

580. – Les méandres d'une casuistique à haut risque. – La solution aujourd'hui pratiquée par les juridictions, consistant à élargir toujours et encore le champ du service public, est particulièrement fragile. À cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 11 janvier 2002⁸⁵⁸ – que nous avons déjà eu l'occasion d'analyser –, illustre parfaitement ce risque. En effet, il n'est pas vrai d'affirmer en 2002, et ce depuis au moins 1997, voire même avant, qu'Air France est chargé d'un service public. Sur l'ensemble de ses missions commerciales, la compagnie aérienne ne gère que quelques lignes dites de service public. Le service public étant devenu résiduel pour cette entreprise, on ne peut valablement pas la considérer dans son ensemble comme étant encore une entreprise de service public. Dès lors, son prestataire qui achemine ses navigants vers les avions, ne peut être considéré comme contribuant à la gestion de ce service public. Pour que l'arrêt précité reposât sur des bases juridiquement solides, la Cour d'appel de Paris aurait dû rechercher si les navigants transportés, étaient affectés à un vol de service public. On aperçoit alors toute la difficulté de l'exercice, consistant à identifier avec précision les contours des missions de service public et leur impact sur les missions des prestataires des organismes chargés du service public. Ceci nous rappelle les errements de la jurisprudence relative aux agents contractuels jusqu'en 1996 et l'arrêt salvateur du Tribunal des conflits dit *Berkani*⁸⁵⁹. Le juge s'était écarté de la ligne claire pour s'enfoncer dans les méandres d'une casuistique à haut risque. Il avait alors rendu sa jurisprudence inutilement complexe et incompréhensible pour les justiciables.

581. – Le service public, un critère de circonstance. – La fragilité de telles décisions juridictionnelles serait accentuée par ses conséquences juridiques néfastes. Certes, il est vrai que sur le plan du seul droit communautaire, l'impact d'une telle décision juridictionnelle serait d'effet normalement limité. Rien ne dit en effet, qu'en imposant le

⁸⁵⁸ CA Paris, 11 janvier 2002, *Union locale CFTC c./Sté Aircar et autre*, R.J.S. 2002, n°520, p. 394.

⁸⁵⁹ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c./Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*, A.J.D.A. 1996, p. 399, chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUVAUX ; R.F.D.A. 1996, p. 818, concl. Philippe MARTIN ; J.C.P. 1996, II, 22664, note MOUDOUDOU.

respect des articles L.2512-2 et suivants du code du travail, le juge impose une obligation de nature à affecter les règles de concurrence ou les échanges au sein de l'Union européenne. En revanche, gardien des libertés individuelles, le juge irait à l'encontre de sa mission souveraine à l'égard des travailleurs, pour qui le droit de grève est avant tout un droit fondamental du travail. Si le service public justifie des atteintes au droit de grève, encore faut-il qu'il y ait réellement service public. Sinon, il y a arbitraire de la part du juge, qui identifierait un service public uniquement quand cela l'arrange pour trouver une solution au litige qu'il doit trancher. Le service public deviendrait uniquement un critère de circonstance. Cela n'est guère satisfaisant pour une notion « noble » du droit public français.

582. – *Le service public, une perte de sens inéluctable.* – Car au-delà de la fragilité des solutions jurisprudentielles cherchant à préserver la continuité du service dans les services en réseaux, au prix d'une extension toujours plus importante du champ du service public, ce qui est en jeu c'est la pérennité même de la notion de service public. À trop vouloir étirer la notion, n'y a-t-il pas un risque de la voir éclater et disparaître ? C'est en tout cas, ce que nous pensons. Toute proportion gardée, cela nous rappelle d'ailleurs la crise qu'a connue la notion de service public dans les années 1950', à force d'avoir servi à recouvrir un champ d'activité des plus larges et d'avoir tenté une diversification sans lendemain avec la notion de service public social. Fondamentalement, ce qui à notre époque guette la notion de service public, c'est moins l'hypertrophie en elle-même que la perte de sens que celle-ci induit. En effet, à trop galvauder cette notion on risque tout simplement de l'affadir durablement. Plus encore, c'est l'intérêt général qu'elle est censée porter qui risque d'être fragilisé. Or, le droit de l'Union européenne n'est pas nécessairement hostile à toute prise en compte de l'intérêt général. Seulement pour ce faire, il n'utilise pas les cadres de références identiques au droit français. Au lieu de s'ingénier à créer un lien de circonstance entre les activités en réseaux et la notion service public, le juge français aurait peut-être plus à faire pour intégrer dans sa jurisprudence les notions qui comptent aujourd'hui en droit européen pour prendre en charge l'intérêt général. Au lieu de quoi la continuité devient un principe en sursis.

B.- La continuité, un principe en sursis

583. – Maintenir la continuité du service, à quel prix ? – Alors que le champ du service public se réduit de plus en plus dans les activités de réseaux, le juge tente par sa jurisprudence extensive de sauver la continuité du service, du naufrage auquel elle semble promise. La continuité étant un principe intrinsèquement rattaché à la notion de service public, nous avons pu constater précédemment que normalement sa sphère d'application correspond à celle du service public. Egalement, les règles d'origine législative ou réglementaire concernant l'exercice du droit de grève suivent le même mouvement et s'appliquent dans le champ du service public.

Nous constatons aujourd'hui que dans les activités de réseaux, il y a des cas de figure assez nombreux, où l'activité en cause n'appartient plus à la sphère du service public, mais où le juge considère qu'il est encore important de maintenir en vie le principe de continuité rattaché au service public. Si bien qu'il leur applique ces règles spécifiques relatives au droit de grève. Ainsi la continuité du service est-elle maintenue dans ces activités de réseaux, au prix d'une distorsion entre la notion de service public et la réalité qu'elle recouvre, parfois aussi au mépris de la législation sectorielle. Le cas le plus emblématique à cet égard étant le maintien du pouvoir réglementaire autonome dans le secteur de la production d'énergie électrique alors même que la loi du 10 février 2000 n'inclut pas cette activité dans le service public de l'électricité. Par ailleurs, dans tout les cas, ce maintien de la continuité du service passe par une restriction du droit de grève des agents des entreprises dont l'activité est jugée importante au regard des enjeux d'intérêt général, alors même qu'elles n'assurent pas de mission de service public.

584. – Maintenir la continuité du service, en vain ? – Certes la jurisprudence, par ce subterfuge consistant à relier plus ou moins artificiellement l'activité en cause au service public, parvient à maintenir la continuité du service. Toutefois cette jurisprudence n'est pas des plus assurées, ni vouée à un grand avenir. Nous avons évoqué précédemment les risques juridiques qu'elles comportent ainsi que les limites pratiques à son application. C'en est trop pour s'imaginer benoîtement que ce colmatage jurisprudentiel suffira à préserver de manière concrète la continuité du service dans les secteurs en réseaux. La réalité de ces secteurs est toute autre, nous le savons bien maintenant. La libéralisation a provoqué la disparition de pans entiers du service public, lequel devient résiduel dans certains secteurs (transport aérien, communications électroniques et postes). En tout état de cause, ce qui demeure dans le champ du service public est très encadré et comporte des limites bien précises. Dans ces conditions, la continuité du service public n'est plus un principe qui peut irriguer naturellement ces

activités de réseaux situées hors du service public. Bien évidemment, il n'est plus possible d'appliquer les restrictions du droit de grève prévues pour le service public, aux activités en réseaux situées en dehors du service public. Ainsi même si pour quelques cas de figure emblématiques la jurisprudence parvient encore à étendre l'application de ce régime juridique *ad hoc*, elle ne parvient à le réaliser que dans les conditions que nous savons, c'est-à-dire prêtant le flanc à la critique.

585. – La continuité en sursis dans les services en réseaux – Aussi nous devons considérer que la continuité du service dans les activités de réseaux, ne peut plus être concrètement assurée de façon pérenne par la contrainte exercée sur le droit de grève des agents, hormis quelques cas précis pour lesquels la présence du service public est incontestable. Autrement dit, il n'est pas exagéré d'affirmer que la continuité dans les activités de réseaux est un principe en sursis, voué à disparaître pour une très large partie de ces secteurs d'activités.

586. – Le nécessaire repositionnement du juge. – L'évolution de l'encadrement juridique des activités de réseaux s'impose à toute juridiction. Un juge ne peut plus raisonner aujourd'hui comme si rien n'avait changé, comme si le cadre juridique n'avait pas subi de forts mouvements de libéralisation et de « re-réglementation » à l'échelle européenne. Sous prétexte que ces activités de réseaux étaient il y a peu de temps encore, considérées en globalité comme des services publics, un juge ne peut valablement pas imposer à tout opérateur intervenant dans ces secteurs, le respect de règles juridiques spécifiques au service public. Il se doit de s'adapter et de changer de cadre de référence. Manifestement le service public, ne peut plus être la notion clef dans ce processus de recherche d'une continuité effective du service. Il faut changer de paradigme.

Conclusion du Sous-titre 4.-

587. – Le régime juridique applicable aux personnels des services publics n'est plus applicable à l'ensemble du personnel d'un opérateur de réseaux, avec l'espoir que cela garantirait le respect du principe de continuité du service. Cette perte d'efficacité de ce régime juridique est clairement liée au reflux mal anticipé du service public dans ces secteurs d'activités. Ce reflux n'a pas encore été acté par le juge. Quant au législateur, il ne paraît pas avoir pris la mesure de ses choix. Dans ces conditions, il faut se rendre à l'évidence que si dans les grands services en réseaux, le régime juridique du droit de grève paraît encore tenir debout, c'est uniquement avec des « bouts de ficelle » lesquels finiront par « lâcher ». Face à une grève, il sera de plus en plus difficile d'agir. La continuité est donc en sursis dans ces secteurs. En prendre conscience, c'est déjà réaliser un immense pas, avant même de chercher à y trouver un éventuel remède.

Titre 2.- Conclusion

588. – Le Titre 2.- qui s'achève a donc démontré que les agents des services en réseaux étaient partiellement soumis aux sujétions de continuité. Ceci s'explique par le fait que ce régime juridique s'applique via la notion de service public, alors même que nous avons démontré plus tôt dans le Titre 1.- que cette notion avait largement reflué dans les services de réseaux. C'est ce hiatus entre les larges contours des grands services en réseaux et le domaine devenu réduit en leur sein du service public qui explique la soumission partielle de leurs agents à l'exigence de continuité. Toute tentative d'application plus large du principe de continuité suppose soit de réduire cette différence de périmètre entre réseaux et service public, soit d'envisager de fonder un principe de continuité du service autrement que sur le service public.

Partie 1.- Conclusion

589. – La première partie de la thèse a mis en évidence le déclin de la continuité du service en réseaux. L'équation traditionnelle en France, selon laquelle « services en réseaux » égale « service public » égale « continuité du service par principe » n'est plus valable. Il n'est pas exagéré de parler de déclin, dans la mesure où cette continuité repose pour sa mise en œuvre sur la notion de service public, laquelle se retrouve aujourd'hui engoncée dans des limites strictement réduites. Les tentatives de contournement de cette situation juridique, par le Conseil d'État notamment, ne sont que pis-aller à l'avenir incertain et aux effets limités.

590. – C'est donc naturellement que nous nous sommes interrogés sur la possibilité de refonder juridiquement une continuité du service valable pour l'ensemble de chacun des grands services en réseaux. Or, une telle refondation est à portée de main. L'objet de la seconde partie de la thèse va être d'en apporter la démonstration.

Partie 2.- La refondation de la continuité du service en réseaux

« Tâchons de n'être pas obtus, sortons du marasme intellectuel que répandent les sciences sociales et comportementales, empêtrées à la fois dans le discours positiviste et dans une représentation étriquée de l'histoire européenne. Comprendons l'impasse contemporaine, l'enfermement scientiste, qui fait obstacle à la prise en compte de la dimension dogmatique de l'homme et des sociétés ».

Pierre LEGENDRE⁸⁶⁰

591. – Refonder la continuité du service en réseaux, c'est donner de nouvelles bases juridiques à une obligation de continuité de fonctionnement imposée à ces services. Le système hérité du temps où les services en réseaux étaient des services publics, est à bout de souffle en pratique, et vacille sur ses bases théoriques. Non seulement il ne permet pas d'assurer la continuité dans tous les services en réseaux, mais bien souvent, lorsqu'il l'assure, c'est de plus en plus imparfaitement. Mais, ce constat établi, comment refonder ce principe et quelle nouvelle base lui donner ? une possibilité serait de réutiliser la notion de service public dans les services en réseaux. Mais notre conviction est qu'une telle démarche serait vouée à l'échec. En effet, non seulement le risque de contrariété frontale avec le droit européen serait important, mais cela ne résoudrait pas tout le problème. Car, pour qu'il y ait service public, il doit encore y avoir une volonté claire de la puissance publique en ce sens. Or, c'est loin de se vérifier dans tous les services en réseaux. De nombreux services en réseaux sont prestés par des opérateurs privés sans sujétions de service public. Toute tentative de l'État d'en faire des services publics serait perçue à tort ou à raison, comme une nationalisation. C'est là, à notre avis une recette du passé. Il ne serait guère plus judicieux à notre avis de recourir à des obligations de service public spécifiques que l'État imposerait. Outre que cela pourrait soulever des critiques de nationalisation larvée de ces services, cela ne permettrait pas d'assurer une obligation de continuité à tous les intervenants sur les réseaux. À moins de multiplier ces obligations de service public ; mais dans ce cas, pourquoi ne pas revenir à l'érection

⁸⁶⁰ LEGENDRE (Pierre), « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir », Sur la question dogmatique en Occident, Paris, Fayard, 1999, p. 153.

pure et simple de vastes services publics, plutôt que de procéder à un recours répété aux obligations spéciales et circonscrites dites de service public ?

592. – Comment donc répondre à cet enjeu majeur qui est d'intégrer la dimension du réseau dans une réflexion d'ensemble sur la continuité des services en réseaux, sachant que nous ne sommes plus à l'époque glorieuse des grands services publics en réseaux et qu'il faut donc compter sans la notion de service public ? Il nous faut donc repenser la manière de soumettre le service en réseaux à un principe de continuité. Il faudrait aussi repenser la façon de soumettre les agents des services en réseaux à des contraintes dans l'exercice de leur droit de grève.

593. – Pour cela, nous avons donc considéré que la meilleure solution est de s'appuyer sur la notion de service d'intérêt économique général, et de faire émerger un principe de continuité attaché à cette notion. Celle-ci semble en capacité d'embrasser le plus largement possible les différents services en réseaux, afin de tenir compte de leur utilité d'intérêt général, sans pour autant accentuer le poids de la puissance publique dans leur gestion. Enfin, il s'agira d'édifier un régime juridique du droit de grève pour l'ensemble des personnels intervenants sur le réseau.

- **Titre 3.- L'émergence du principe de continuité du service d'intérêt économique général**
- **Titre 4.- La réinvention d'un « statut » du personnel au service de l'intérêt général**

Titre 3.- L'émergence du principe de continuité du service d'intérêt économique général

594. – Le principe de continuité du service d'intérêt économique général n'existe pas encore en droit. Cependant, tous les éléments sont réunis aujourd'hui pour son avènement prochain. D'une part, la justification d'un tel principe existe. Elle est d'ailleurs comparable à la justification du principe de continuité du service public. Cela est logique, dans la mesure où service public et service d'intérêt économique général reposent sur des valeurs communes. De plus, ce principe n'aurait guère de difficulté à émerger sur la scène juridique. Mais, il convient auparavant de s'interroger sur la notion de service d'intérêt économique général, et sur sa capacité à saisir la notion de services en réseaux.

595. – C'est la raison pour laquelle nous allons tout d'abord analyser l'aptitude que présente la notion de service d'intérêt économique général à saisir la réalité des services en réseaux (Sous-Titre 5.-). Puis nous étudierons ce qui permet de justifier en droit l'existence d'un principe de continuité du service d'intérêt économique général (Sous-Titre 6.-). Enfin, nous constaterons et analyserons les perspectives d'autonomies du principe de continuité du service d'intérêt économique général (Sous-Titre 7.-).

- **Sous-Titre 5.- Saisir les services en réseaux avec la notion de service d'intérêt économique général**
- **Sous-Titre 6.- La justification du principe de continuité du service d'intérêt économique général**
- **Sous-Titre 7.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt économique général**

Sous-titre 5.- Saisir les services en réseaux avec la notion de service d'intérêt économique général

596. – La notion de service d'intérêt économique général, telle qu'elle existe aujourd'hui en droit de l'Union européenne et telle qu'elle est utilisée par les institutions européennes, n'aurait guère d'intérêt pour la résolution de notre problématique, si elle ne présentait ce caractère inabouti et paradoxal qu'elle présente par ailleurs. Aujourd'hui en effet, cette notion est fade, et si on la compare à la notion de service public, force est de constater que telle quelle, elle n'apporte rien de plus. Pourtant, notre conviction est que son potentiel évolutif est immense. Mais, cela n'est possible qu'à la condition d'enlever les verrous qui entravent son développement. Autrement dit, son interprétation doit être renouvelée.

597. – Cette sous-section comporte un chapitre unique, le chapitre 11, qui vise à démontrer comment la notion de service d'intérêt économique général, telle qu'elle est posée par le droit et telle qu'elle est présentée par la doctrine, peut néanmoins, et sans grands efforts, être réinterprétée plus largement qu'elle ne l'est actuellement. Elle sera alors le fer de lance d'une approche renouvelée de la prise en compte de l'intérêt général dans les services en réseaux.

- **Chapitre 11.- Pour une interprétation renouvelée de la notion de « service d'intérêt économique général »**

Chapitre 11.- Pour une interprétation renouvelée de la notion de « service d'intérêt économique général »

« [La notion de service d'intérêt économique général] n'acquerra de consistance propre que si elle est clairement distinguée du concept de service public. »

Alain SUPIOT⁸⁶¹

598. – Propos introductif du Chapitre 11 – Depuis la négociation du traité d'Amsterdam qui a élevé les services d'intérêt économique général au rang des valeurs communes de la Communauté européenne il s'est déclenché au sein de l'Union européenne « *un important processus qui est loin d'être aujourd'hui abouti. Ce processus met les services d'intérêt économique général (SIEG) au cœur de la création d'un projet social européen [...]* »⁸⁶². Inabouti, ce processus l'est assurément, dans la mesure où les services d'intérêt économique général sont loin de prendre toute la place que leur réserve le concept de « valeur » dont ils sont parés. Si les services d'intérêt économique général, et plus largement les services d'intérêt général, constituent une valeur de l'Union européenne, alors ils devraient avoir une résonance beaucoup plus forte dans le droit de l'Union européenne, une résonance aussi forte que celle de la concurrence et du marché.

599. – Mais si ce processus d'expansion des services d'intérêt économique général est encore inachevée, c'est aussi et surtout, parce que la notion même de « service d'intérêt économique général » nous apparaît être elle-même inaboutie. Plus précisément, tout le potentiel que recèle cette notion nous apparaît méconnu et inexploré par la plupart des observateurs et des acteurs du droit de l'Union européenne, y compris d'ailleurs par les institutions de l'Union européenne. La position actuelle des institutions de l'Union européenne, principalement la Cour de Justice et la Commission européenne, consiste à faire de la notion de service d'intérêt économique général une exception possible mais restreinte à l'application des règles de concurrence. Avant d'être une

⁸⁶¹ SUPIOT (Alain), « Les virtualités du droit communautaire : l'avenir des métiers de services publics », C.J.E.G. 1994, p. 382.

⁸⁶² MONJAL (Pierre-Yves) et KOUAKOU-KOUASSI (Samuel), « Les services d'intérêt général (SIG) : quelles perspectives pour les services publics en Europe ? », *R.U.E.* n°570, juillet-août 2013, p. 391.

valeur proclamée, cette notion est d'abord une exception. Si bien qu'il s'agit d'une notion limitée, engoncée dans une sorte de carcan juridique.

600. – Or, la notion de service d'intérêt économique général ne devrait-elle pas être plutôt conçue comme une méta-notion qui, par son caractère englobant, pourrait articuler, d'une façon plus judicieuse qu'actuellement, les exigences de l'intérêt général et celles de la concurrence ?

601. – Cette intuition qui est la nôtre, est à contre-courant de la position juridique dominante imposée par la Cour de Justice et reprise par la Commission européenne, à une époque où le néolibéralisme économique était flamboyant dans ces institutions. Mais, le moment actuel n'est plus celui d'il y a vingt-cinq ou trente ans. L'actuelle crise économique et financière que traversent durement l'Union européenne et ses États membres, semble tempérer un peu les ardeurs néolibérales de ces institutions et surtout replacer au centre des politiques européennes l'intérêt général. Certes le marché unique demeure l'horizon principal des institutions européennes, mais comme le relate le rapport Monti de 2010, il est devenu nécessaire pour ses défenseurs d'inclure à l'objectif stratégique de l'Union « *de nombreuses politiques qui sont généralement considérées comme étrangères au marché unique* »⁸⁶³. N'y aurait-il donc pas un espace politique en Europe pour que la notion de service d'intérêt économique général devienne une notion juridiquement consistante et largement entendue ? Nous le pensons d'autant plus facilement que nous constatons un paradoxe entre ce que certaines institutions européennes disent du service d'intérêt économique général et le droit positif appliqué.

602. – Malgré ce paradoxe qu'il nous faudra démontrer, nous sommes dans une situation inconfortable, qui est celle de proposer à rebours du droit positif actuel, une nouvelle interprétation et définition de la notion de service d'intérêt économique général, et partant de la notion de service d'intérêt général. Le risque étant à chacune de nos assertions de se voir opposer un argument de droit positif pris pour vérité juridique révélée. Il est vrai, comme le disait le professeur Pierre-Yves Gauthier dans une conférence prononcée le 16 octobre 2003 en la Grand Chambre de la Cour de cassation (à propos de l'influence de la doctrine sur les juges), que pour les acteurs de la doctrine juridique dont nous faisons partie, « *notre influence ne peut-être que de conviction, nous*

⁸⁶³ MONTI (Mario), « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européenne », Rapport au président de la Commission européenne José Manuel Barroso, 9 mai 2010, p. 10.

*n'avons par définition aucun argument d'autorité à faire valoir »⁸⁶⁴. Faudrait-il alors se taire par peur de sortir des sentiers battus ? de se positionner au-delà de l'interprétation dominante du droit positif ? Mais comme l'affirme le professeur Jean-Louis Bergel, « *En droit aussi, l'innovation vaut mieux que la routine. Le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent, en général, sur le droit établi qu'ils étudient, qu'ils analysent, qu'ils interprètent, qu'ils expliquent et qu'ils appliquent. Ce sont là, déjà, des tâches ardues et souvent exaltantes, indispensables pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer. On ne peut alors se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à de nouveaux besoins. Il faut donc tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir...* »⁸⁶⁵.*

603. – La conception actuelle du service d'intérêt économique général est le résultat d'une construction intellectuelle qui s'est développée par à-coups sur des bases juridiques à la fois réduites et donc limitées, et dans un contexte idéologique très marqué par la doctrine néolibérale des années 1980 et 1990. Il en résulte une notion de service d'intérêt économique général assez limitée, qui paradoxalement et contre toute attente est comparable à la notion française de service public. Or, tant certaines des réflexions de la Commission européenne sur les services d'intérêt général, que les évolutions récentes issues du Traité de Lisbonne, permettent d'entrevoir une vision plus large de la notion de service d'intérêt économique général. Il y a donc selon nous, une forme de paradoxe – un de plus dans cette matière ! – entre la conception actuelle du service d'intérêt économique général, plutôt limitée et circonscrite, telle qu'elle résulte du droit positif et les communications de la Commission et les textes fondamentaux qui évoquent la notion de service d'intérêt économique général (traité, charte des droits fondamentaux, protocole n° 26 annexé au traité). Comme si l'Europe, prise au piège d'une conception étriquée du droit économique ne pouvait avouer que le service d'intérêt général et partant le service d'intérêt économique général est un pilier aussi fondamental d'une économie unifiée, que les règles de concurrence. Comme si ce qu'avait décidé la Cour de Justice dans les années 1980 et 1990 était aussi fondamental que ce que nous disent aujourd'hui les traités du service d'intérêt général et du service d'intérêt

⁸⁶⁴ GAUTHIER (Pierre-Yves), « L'influence de la doctrine sur les juges », *B.I.C.C.* n° 590 du 15 janvier 2004.

⁸⁶⁵ BERGEL (Jean-Louis), « À la recherche de concepts émergents en droit », *Recueil Dalloz*, 2012, n°24, p. 1567.

économique général. Or, une conception renouvelée, plus large, du service d'intérêt général et du service d'intérêt économique général est possible ; plus que souhaitable, elle est même nécessaire selon nous, quand bien même la justification de cette nécessité est plus politique que juridique.

604. – Nous exposerons tout d'abord la conception actuelle de la notion de service d'intérêt économique général (Section 1.-), puis nous analyserons les paradoxes de cette notion (Section 2.-). À l'issue de quoi, nous démontrerons comment une conception renouvelée de cette notion est possible et nécessaire (Section 3.-).

Section 1.- La conception actuelle du service d'intérêt économique général

605. – ***Une notion inscrite dans les règles de concurrence*** – La notion de « service d'intérêt économique général » figure depuis l'origine dans le traité institutif de la Communauté économique européenne, précisément à l'article 90, paragraphe 2. Aucune définition n'en est donnée dans le traité, il s'agit simplement d'une mention de la notion comme étant une exception possible à l'application des règles de concurrence. Le traité positionne donc depuis l'origine, cette notion comme une exception aux règles de concurrence. Le professeur Gérard Marcou écrit ainsi que cette notion est « *inscrite au détour d'un chapitre sur les règles de concurrence* »⁸⁶⁶... ce qui laisse penser qu'au fond, le service d'intérêt général n'était pas une préoccupation majeure des négociateurs du traité. Ce n'est pas faux. En réalité, il semble que la préoccupation majeure des négociateurs du traité de Rome était d'éviter l'abus de monopole. Toutes les règles pratiques du traité en matière de service d'intérêt économique général sont liées à la volonté d'éviter des situations de monopole public, ou à tous le moins de contrôle public excessif ou de subventionnement public ayant potentiellement pour effet de rejeter des acteurs économiques dont la présence sur tel ou tel marché de services n'aurait pas été désirée par l'autorité publique. Il en va tant de l'actuel article 106 TFUE (ex-article 90 TCEE) que de l'actuel article 93 TFUE (ex-article 77 TCEE) relatif aux aides publiques aux services de transports publics⁸⁶⁷. L'objectif politique du traité de Rome étant de créer

⁸⁶⁶ MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de “service public” », *A.J.D.A.* 2008, p. 833.

⁸⁶⁷ Article 93 TFUE : « *Sont compatibles avec les traités les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ».

une communauté économique, il convenait effectivement d'éviter des formes de protectionnisme excessif entravant les libertés économiques.

606. – Contexte historique – La généalogie de l'article 106 TFUE (ex-article 90 TCEE) retracée par Stéphane Bracq⁸⁶⁸ ne démontre ni l'existence d'une volonté initiale de créer un pilier autour du service d'intérêt général, ni au cas où une telle volonté aurait existé que celle-ci aurait dû être abandonnée dans le cadre d'une négociation difficile. Autrement dit, l'absence d'un tel pilier n'est pas le résultat de concessions importantes qui auraient dû être faites par une des parties au traité. Tout au plus, comme il le dit lui-même « *la question des services publics n'avait pas été complètement négligée par les négociateurs* »⁸⁶⁹. En effet, elle n'était pas « totalement » négligée, puisqu'elle pouvait s'insérer au détour des règles de concurrence.

Il nous semble que seule une remise en contexte est susceptible d'éclairer le fait que le traité semble « négliger », pas totalement il est vrai, mais substantiellement malgré tout, la question des « services publics ». En 1957, en France, mais aussi dans les cinq autres États négociateurs du traité sur la Communauté économique européenne, la présence de la puissance publique dans les économies nationales était très importante ; à des degrés divers il est vrai, et selon des modalités d'organisation et d'intervention variables. Par ailleurs, il était impensable d'envisager que les nombreux services publics (ou d'intérêt général) soient purement et simplement privatisés. De telles privatisations n'étaient pas à l'ordre du jour. Le traité s'est donc focalisé sur le secteur privé marchand et a négligé le secteur public. Il y a deux lectures possibles de cet état de fait. Soit les négociateurs du traité estimaient que le « service public » n'était pas négociable et ne devait donc pas être soumis aux règles du traité, celui-ci se contentant comme nous l'avons explicité précédemment d'éviter les abus de monopole public. Soit, les négociateurs du traité étaient mus par une idéologie libérale et ont consciemment mis en place des règles ayant pour effet à terme de transformer les « services publics » en services marchands concurrentiels sauf rares exceptions. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de réaliser une recherche historique sur les fondements intellectuels du traité de Rome, mais nous aurions naturellement tendance à pencher pour la première explication.

Par ailleurs les traditions nationales étant diverses en matière de prise en compte de l'intérêt général, il était délicat d'employer la seule expression « service public

⁸⁶⁸ BRACQ (Stéphane), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », *R.T.D.Eur.* 2011, pp. 517 et suiv.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

», laquelle n'avait pas vraiment de sens en République fédérale d'Allemagne. On la trouve au final à l'article 77 du traité de Rome, sans que l'on sache pourquoi elle est employée là et non à l'article 90. Ce dernier évoque la notion de « service d'intérêt économique général », qui est conçue comme plus large ; cette notion englobe d'une certaine façon les notions nationales à la fois proches mais différentes, qui existent dans les six États fondateurs.

607. – La nécessité d'un acte de puissance publique – Le service d'intérêt économique général est une activité marchande remplissant une mission d'intérêt général ; cette activité est soumise de ce fait, par les autorités compétentes dans les États membres à des obligations de service public et ce par un acte de puissance publique émanant de l'autorité compétente. Autrement dit, il n'y a service d'intérêt économique général qu'en présence d'un acte de puissance publique qui identifie précisément l'intérêt général en cause dans l'activité économique en question. Ainsi, dès 1974, dans l'arrêt *Belgische Radio en Televisie (BRT)*, la Cour de justice relève que « *si des entreprises privées peuvent relever de cette disposition [article 90 paragraphe 2 du traité CEE], elles doivent cependant être chargées de la gestion de services d'intérêt économique général par un acte de la puissance publique* »⁸⁷⁰. La Cour suit les conclusions⁸⁷¹ de son avocat général Henri Mayras – par ailleurs membre du Conseil d'État – qui se référait à la fois à la position prise par la Commission européenne dans une affaire assez comparable, l'affaire *GEMA*, par une décision du 2 juin 1971, mais aussi sur *Port de Mertert* du 14 juillet 1971⁸⁷². Concernant l'affaire *GEMA*, Henri Mayras rappelle que la Commission européenne avait considéré pour prendre sa décision, que la société allemande *GEMA* n'avait pas été investie par la loi ou par acte quelconque de la puissance publique de la mission d'intérêt général qu'elle prétendait assumer. Or, conclut Henri Mayras, « *cette manière de voir nous paraît conforme à une exacte interprétation de l'article 90, paragraphe 2* »⁸⁷³. Concernant l'affaire du *Port de Mertert* sur laquelle il prend également appui, il cite un extrait de l'arrêt de la Cour : « *peut relever de l'article 90, paragraphe 2, une entreprise qui jouit de certains privilèges pour l'exercice de la mission dont elle est légalement chargée*⁸⁷⁴ *et entretient, à cet effet, des rapports*

⁸⁷⁰ CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, Rec. pp. 314 et suiv.

⁸⁷¹ MAYRAS (Henri), conclusions sur CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, Rec. pp. 320 et suiv.

⁸⁷² CJCE, 14 juillet 1971, Aff. n° 10/71, *Hein*, Rec. p. 730.

⁸⁷³ MAYRAS (Henri), conclusions sur CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, op. cit.

⁸⁷⁴ Souligné par l'avocat général Henri Mayras dans ses conclusions précitées.

*étroits avec les pouvoirs publics [...] »⁸⁷⁵. Il ajoute : « Il s'agissait certes, en l'espèce, de l'entreprise chargée de la gestion du port fluvial de Mertert sur la Moselle, dont le trafic intéresse l'activité économique du grand-duché de Luxembourg. Le critère de l'intérêt général économique ne faisait donc pas de doute, mais un deuxième élément nécessaire à l'application de l'article 90, paragraphe 2, résidait dans le fait que la gestion de ce port avait été confiée à l'entreprise par un acte unilatéral de la puissance publique, en l'espèce une loi »⁸⁷⁶. Ainsi, dans un même mouvement contemporain à quelques semaines près en juin et juillet 1971, la Commission européenne et la Cour de Justice des Communautés européennes ont donc exigé un acte de puissance publique pour identifier l'existence d'un service d'intérêt économique général. Cette position a été confirmée par la suite, avec l'arrêt *BRT* de 1974⁸⁷⁷ et puis par l'arrêt *Ahmed Saeed* du 11 avril 1989⁸⁷⁸. Ce dernier arrêt marque le coup d'envoi d'une jurisprudence assez restrictive en matière d'exception à l'application des règles de concurrence aux services publics en réseaux.*

608. – En soi, l'exigence d'un acte de puissance publique n'est évidemment pas un problème, puisque l'intérêt général relève bien par nature de la sphère publique. Si bien qu'identifier un service d'intérêt économique général ou un service d'intérêt général au sens du traité par la présence d'un acte de puissance publique conférant un tel service à une entreprise est parfaitement logique. D'autant que l'ex-article 90, paragraphe 2 du TCEE devenu l'article 106, paragraphe 2 du TFUE, incite clairement à une interprétation en ce sens. En effet, selon ces dispositions, « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* »⁸⁷⁹. Deux locutions utilisées par cette disposition du traité vont dans le sens de cette interprétation. La première de ces locutions est « *les entreprises chargées de la gestion de services* » ; le traité ne dit pas par qui précisément ces entreprises sont « chargées » d'une mission de service d'intérêt économique général. Assurément, elles ne peuvent pas se charger

⁸⁷⁵ MAYRAS (Henri), conclusions sur CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, Rec. p. 327.

⁸⁷⁶ *Idem.*

⁸⁷⁷ CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, Rec. pp. 314 et suiv, précité.

⁸⁷⁸ CJCE, 11 avril 1989, Aff. n° 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Rec. pp. 838 et suiv.

⁸⁷⁹ Article 106, paragraphe 2 du TFUE.

elles-mêmes d'une telle mission ; car cela reviendrait à dire qu'elles peuvent juger d'elles-mêmes de leur soustraction ou non aux règles du marché et de la concurrence. Ce qui n'est pas dans la logique du traité, sachant, de plus, que généralement, pour que les règles de concurrence ne s'appliquent pas à une telle entreprise, il lui faut soit bénéficier de droits exclusifs, d'un monopole ou se voir imposer des obligations spécifiques dites de service public, toutes choses qui nécessitent l'intervention d'une autorité publique. La deuxième locution est « *la mission particulière qui leur a été impartie* » ; or, par définition le verbe impartir renvoie à l'idée de donner en partage, d'accorder une part. Autrement dit, il y a bien une personne extérieure à l'entreprise pour lui accorder d'exercer une mission de service d'intérêt général. Et il est logique que ce tiers à l'entreprise soit une autorité publique, puisque c'est l'intérêt général qui est en cause.

609. – Une notion interprétée strictement – Cependant, la Commission européenne et partant la Cour de Justice de l'Union ont restreint l'interprétation de cet article 106, paragraphe 2 du TFUE (ex-article 90, paragraphe 2 du TCEE). D'une part, la condition de l'acte de puissance publique n'est pas satisfaite lorsque l'entreprise bénéficie d'un simple agrément ou une simple autorisation d'opérer sur un marché de service. Parce que d'autre part, cet acte doit préciser les obligations particulières de service public mises à la charge de l'opérateur de service. Un simple contrôle poussé par les autorités publiques ne suffit pas à caractériser la présence d'un service d'intérêt économique général. Ceci résulte notamment de l'arrêt *GVL c./Commission* de 1983⁸⁸⁰. Autrement dit, pour la Commission notamment, l'entreprise doit bénéficier d'un mandat explicite de l'autorité publique de prêter le service d'intérêt économique général ; un simple agrément ou une simple autorisation accordées à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services – fussent-ils d'intérêt général –, ne correspond pas à un mandat et ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés. Or, de telles exigences ne figurent pas explicitement dans le traité. Comme le fait remarquer le Comité économique et social européen dans un avis du 4 novembre 2009, « *la notion d'agrément ne se retrouve non plus, ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé* »⁸⁸¹. Ces exigences résultent d'une interprétation donnée par les institutions européennes en charge de l'application du traité, et impactent l'amplitude de la notion de service d'intérêt économique général utilisée par le traité et par le droit dérivé.

⁸⁸⁰ CJCE, 2 mars 1983, Aff. n° 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c./Commission européenne*, Rec. p. 485.

⁸⁸¹ CESE, 4 novembre 2009, Avis n° TEN/389, « Les services d'intérêt économique général : quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ? », rapporteur M. Hencks.

Selon cette interprétation, il ne peut donc y avoir de service d'intérêt économique général, sans obligation de service public clairement définie par un acte de puissance de publique. Ce qui aboutit à assimiler service d'intérêt économique général et obligation de service public. On restreint donc le service d'intérêt économique général à la présence d'obligations de service public, alors qu'il pourrait être entendu plus largement.

Section 2.- Les paradoxes d'une notion en construction

610. – La notion de service d'intérêt économique général fait l'objet d'une attention particulière des institutions de l'Union européenne depuis une vingtaine d'année, au premier chef de la Commission européenne. Depuis 1996, la Commission a développé une doctrine assez conséquente relativement à cette notion et plus largement à celle de service d'intérêt général. Mais curieusement elle semble s'être arrêtée depuis quelques années ; la dernière « grande » communication essayant de développer la notion de service d'intérêt général date de la fin de l'année 2007. Aujourd'hui, la notion paraît toujours inachevée, alors que les enjeux relatifs à la prise en charge de l'intérêt général sont devenus majeurs dans nos sociétés européennes en contexte de crise économique et financière. Cette notion en construction souffre de son manque d'envergure. Sa définition est restrictive, alors que les objectifs qu'on lui assigne sont primordiaux. C'est bien là que se situent les paradoxes de la notion, tels qu'ils sont entretenus par ses différentes approches juridiques et politiques.

611. – Ce sont ces approches paradoxales que nous allons mettre en évidence dans les propos de la présente section. Trois paragraphes nous permettront d'aborder dans leurs chronologies, les approches paradoxales de la notion de service d'intérêt économique général, effectuées par la Commission européenne (§1.-), par les traités institutifs de l'Union européenne (§2.-) et par le Comité économique et social européen et le Parlement européen (§3.-).

§1.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par la Commission européenne

612. – Le SIG défini par la présence d'obligations de service public – Depuis 1996, la Commission européenne, avec sa communication sur les services d'intérêt général⁸⁸² a développé autour de cette notion une rhétorique centrée sur l'idée de « valeur ». Les services d'intérêt général « *font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes et constituent un élément essentiel du modèle de société européen* »⁸⁸³.

Nous avons mis en évidence précédemment⁸⁸⁴ que dans cette approche doctrinale des services d'intérêt général, la Commission européenne tente de définir les notions en question en les différenciant de celle de service public. Rappelons qu'elle définit les services d'intérêt général comme désignant « *les activités de service, marchand ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public* »⁸⁸⁵. Il en va de même pour les services d'intérêt économique général définis comme désignant « *les activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général, et soumises de ce fait par les États membres à des obligations spécifiques de service public* »⁸⁸⁶. Dans ces définitions, il apparaît que le caractère d'intérêt général du service précède sa soumission à des obligations de service public. On pourrait cependant être tenté d'interpréter ces définitions en y ajoutant une nuance à savoir « la possibilité » de soumettre ce service reconnu d'intérêt général à ces obligations spécifiques. Sauf, que la Commission ne fait pas cette interprétation. Tout son propos consiste à dire qu'il n'y a pas de service d'intérêt général sans obligation de service public. Cette définition stricte du service d'intérêt général découle bien évidemment de l'interprétation stricte qui est notamment faite de l'article 106, §2 du TFUE.

Mais dans ces conditions, puisque le service d'intérêt général est forcément soumis à des obligations de service public, pourquoi ne pas le qualifier de service public ? Pourquoi créer cette notion de service d'intérêt général ? On nous dira, que c'est parce que le traité, n'utilise pas – sauf exception inexplicée de l'article 93 TFUE (ex-77 TCEE) – la notion de service public. Cette explication n'est pas probante dans la mesure

⁸⁸² Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, pp. 3-12.

⁸⁸³ *Idem.*

⁸⁸⁴ Cf. : *Supra*, Sous-titre 1.

⁸⁸⁵ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 3.

⁸⁸⁶ *Idem.*

où le traité n'utilisait pas la notion de service d'intérêt général jusqu'à ce que celle-ci apparaisse dans le protocole n° 26 adopté par le traité de Lisbonne. Jusqu'à cette date le traité utilisait principalement la notion de service d'intérêt économique général ; initialement dans le seul article 90 TCEE devenu article 106 TFUE, puis dans l'article 16 TCE devenu article 14 TFUE, puis à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est à peu près certain que si la Commission n'a pas souhaité promouvoir l'utilisation du terme « service public », c'est pour échapper à la doctrine française du service public.

Il y a là un paradoxe : la notion de service d'intérêt économique général qui est donc censée se différencier de la notion de service public trop connotée, ne désigne au fond que des activités grevées d'obligation de service public. Certes, la définition que fait la commission de l'obligation de service public permet de la différencier du service public. Nous avons démontré que cette différenciation était réelle malgré quelques zones d'ombre, notamment le fait que dans l'expression « obligation de service public », il y « a service public » ; et la tentation existe, en France, de qualifier de service public à part entière, l'activité d'intérêt général grevée d'obligations de service public. Quand bien même cette tentation n'existerait pas, on doit constater que la notion de service d'intérêt général et partant celle d'intérêt économique général ne sont pas autonomes de la notion d'obligation de service public.

613. – Une notion paradoxale – N'y a-t-il pas dès lors, un paradoxe à ce qu'une notion qui n'est juridiquement pas autonome d'une autre notion serve à désigner une « valeur » commune sur laquelle semble vouloir s'appuyer la Commission ? Si l'on suit le raisonnement primitif de la Commission européenne et de la Cour de Justice, la notion de service d'intérêt général est essentiellement une notion technique, qui est définie par une autre notion technique (obligation de service public) et qui sert essentiellement à régler les questions techniques de compensations financières de ces obligations ou droits exclusifs. Comment une telle approche technique peut-elle être considérée comme une valeur au point d'ailleurs de figurer dans une charte des droits fondamentaux ? Si le service d'intérêt général est une « valeur », cela veut dire qu'il recouvre quelque chose de fondamental qui dépasse l'approche technique qui en est faite par ailleurs. C'est ce dépassement qui n'a toujours pas été effectué par la Commission européenne, alors même qu'elle essaie de promouvoir le service d'intérêt général en Europe et de développer une doctrine spécifique.

Il est incontestable que la prise en compte de l'intérêt général par des services spécifiques se rencontre dans la plupart des pays européens ; il y a là une constante.

D'où le fait que la Commission puisse faire le constat en 1996 que « *les services d'intérêt général sont au cœur du modèle européen de société* »⁸⁸⁷. Le service d'intérêt général est bien une valeur commune au sein de l'Union européenne. Et c'est pour cela qu'il désigne vraisemblablement quelque chose de plus large que ce que la Commission et la Cour veulent bien en dire. Cette notion serait en réalité plus large, plus englobante allant au-delà du service techniquement objet d'une obligation de service public imposée par l'autorité publique.

614. – Pour une approche plus large de la notion de SIG – Deux éléments nous permettent de considérer que cette approche plus large du service d'intérêt général est possible et correspond même à sa nature fondamentale. Ces deux éléments nous sont d'ailleurs donnés par la Commission elle-même, ce qui démontre une fois encore le paradoxe conceptuel dans lequel elle se trouve.

Premièrement, jusqu'au Livre blanc, la Commission a réfléchi, sous l'impulsion du Conseil il est vrai, à la mise en place d'un cadre législatif horizontal pour définir des principes communs aux services d'intérêt économique général en Europe. Mais à quoi servirait-il un tel cadre législatif si les services d'intérêt économique général sont nécessairement des activités soumises à des obligations de service public. Il suffit alors d'imposer une telle obligation dont l'objet est d'assurer le fonctionnement du service selon tel ou tel principe. Le procédé est certes principalement à la discrétion des autorités publiques organisatrices ou responsables du service, et éventuellement il peut être l'objet d'une législation européenne sectorielle, comme cela existe déjà. Quel était donc l'intérêt d'envisager une telle législation consistant à mettre en place un régime juridique général d'une notion qui bien que n'étant pas autonome est considérée comme une valeur fondamentale. Tout ceci est très confus. Il n'est pas étonnant dès lors que la Commission, avec d'autres institutions, ait tout fait pour repousser *sine die* un tel projet ; le danger était de provoquer l'avènement d'une conception élargie de la notion de service d'intérêt général qui aurait nécessairement échappé à son créateur...

Deuxièmement, plus la réflexion doctrinale de la Commission avance dans le temps, plus celle-ci donne l'impression de vouloir s'affranchir de sa conception initiale qui nous apparaît étriquée au regard des enjeux réels de la prise en charge de l'intérêt général en Europe. Cependant, elle reste attachée à bien des égards à cette conception de départ. C'est une fois de plus tout le paradoxe de sa doctrine sur les services d'intérêt général. Ainsi, dans sa communication du 20 novembre 2007, la Commission

⁸⁸⁷ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 3.

européenne écrit : « Les services d'intérêt général **englobent** un vaste éventail d'activités, allant des grandes industries de réseau, telles que l'énergie, les télécommunications, les transports, la radiodiffusion audiovisuelle et les services postaux, jusqu'à l'éducation, l'approvisionnement en eau, la gestion des déchets, la santé et les services sociaux. Ces services sont indispensables pour la vie quotidienne des citoyens et des entreprises et reflètent le modèle européen de société. Ils jouent un rôle majeur dans la garantie de la cohésion sociale, économique et territoriale de l'ensemble de l'Union et sont d'une importance vitale pour le développement durable de l'UE en termes d'augmentation des niveaux d'emploi, d'inclusion sociale, de croissance économique et de qualité environnementale. / Bien que leur étendue et leur organisation varient considérablement en fonction des histoires et des cultures de l'intervention publique, les services d'intérêt général peuvent être définis comme les services, tant économiques que non économiques, que **les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques** de service public. Il est dès lors essentiellement de la responsabilité des autorités publiques, au niveau approprié, de décider de la nature et de l'étendue d'un service d'intérêt général. Les autorités publiques peuvent décider soit de fournir elles-mêmes ces services, soit d'en confier la fourniture à d'autres entités, publiques ou privées, exerçant leurs activités dans un but lucratif ou non. / En même temps, les fournisseurs de ces services doivent respecter les règles édictées par le traité CE et le droit dérivé de l'UE, lorsque celles-ci sont applicables. Par ailleurs, du fait de leur dimension communautaire, **un certain nombre d'industries de réseau qui assurent des services d'intérêt économique général** sont désormais soumises à des directives sectorielles de l'UE. En partenariat avec les autorités nationales, régionales et locales, l'UE a, par conséquent, un rôle à jouer dans la définition des principes et conditions de fonctionnement d'un large éventail de services. Cette responsabilité partagée trouve son expression dans le traité et sera soulignée dans le protocole sur les services d'intérêt général à annexer au traité de Lisbonne »⁸⁸⁸. Si on reprend les points saillants de son propos, nous constatons tout d'abord que la notion de service d'intérêt général est englobante. Elle concerne un large éventail d'activités, dont les activités de service en réseaux. Mais dans un second temps, elle précise – comme elle le fait habituellement – que les services d'intérêt général sont les services que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général car soumises à des obligations spécifiques de service public. Enfin, elle distingue entre industrie de réseaux et services d'intérêt économique général. On en déduit que toute

⁸⁸⁸ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, pp. 3-4.

industrie de réseaux n'est pas nécessairement d'intérêt général. Ce dont nous pouvons douter de par l'observation de la réalité de ces industries de réseaux. La conception de la notion de service d'intérêt général varie une fois encore entre des prémisses qui paraissent larges et une conclusion qui se montre restrictive. Comme si la Commission européenne semblait hésiter à aller au-delà d'une vision technique à courte vue du service d'intérêt général, alors pourtant qu'elle introduit toujours son propos à ce sujet par des envolées presque lyriques sur les valeurs que représentent ces services et leur rôle fondamental pour des citoyens, caractérisant par là un modèle européen de société.

615. – Sans doute la Commission a-t-elle poussé à l'extrême le paradoxe de la notion de service d'intérêt général. Mais, après tout, les évolutions récentes des traités institutifs lui donneraient des arguments pour entretenir cette vision paradoxale de la notion.

§2.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par les traités institutifs

616. – **Le traité d'Amsterdam** – Jusqu'au traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999, le traité instituant la Communauté européenne n'évoquait le service d'intérêt économique général qu'à l'article 90, § 2 que nous connaissons bien, et dont la Cour de Justice et la Commission européenne développent une interprétation restrictive. Le traité d'Amsterdam introduit dans le traité institutif un nouvel article 16⁸⁸⁹, qui qualifie le service d'intérêt économique général de valeur commune de l'Union européenne. Il reconnaît le rôle important de ce service dans la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Enfin cet article engage les États membres et la Communauté européenne à veiller au bon fonctionnement de ces services sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions.

Cet article, sera modifié par le traité de Lisbonne qui va également le renuméroter en article 14⁸⁹⁰. Il va préciser que les conditions devant permettre le bon

⁸⁸⁹ Selon l'article 16 du TCE : « *Sans préjudice des articles 77, 90 et 92, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ».

⁸⁹⁰ Selon l'article 14 TFUE : « *Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent*

fonctionnement de ces services, sont notamment des conditions économiques et financières. Mais plus important est l'ajout d'une possibilité pour l'Union européenne, d'adopter un règlement qui établirait ces principes et ces conditions de fonctionnement de ces services. En cela, il reprend en substance ce qu'était l'article III-122⁸⁹¹ du traité constitutionnel rejeté en 2005 par référendum en France notamment.

617. – Le traité de Lisbonne – Le traité de Lisbonne va ensuite adjoindre un protocole n° 26 au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi qu'intégrer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces deux textes comportent des dispositions relatives aux services d'intérêt économique général.

Le protocole n° 26⁸⁹² explicite les valeurs communes concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du TFUE. Le protocole vient donc amplifier les dispositions du traité. L'article 1^{er} de ce protocole précise trois aspects essentiels des services d'intérêt économique général. En premier lieu, ce sont les

dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent 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. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

⁸⁹¹ Selon ce projet d'article III-122 : « Sans préjudice des articles I-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et les États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent 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. La loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ».

⁸⁹² Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général : « LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES, SOUHAITANT souligner l'importance des services d'intérêt général, SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : Article premier : Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment : - le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ; - la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ; - un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ; Article 2 : Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général ».

autorités publiques nationales, régionales ou locales qui sont désignées comme ayant un rôle essentiel pour fournir, faire exécuter et organiser ces services. En deuxième lieu, le protocole insiste sur la diversité de ces services mais aussi sur la diversité des besoins et des préférences des utilisateurs de ces services. Enfin, en troisième lieu, il est indiqué que ces services doivent fonctionner avec un niveau élevé de qualité, de sécurité, en assurant l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et plus généralement des droits des utilisateurs. L'article 2 du protocole précise en outre que les dispositions du traité ne peuvent pas porter atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général.

Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle comporte un l'article 36⁸⁹³ relatif aux services d'intérêt économique général. Précisons que cette charte, adoptée sous forme de déclaration en décembre 2000, avait vocation à intégrer le traité constitutionnel. Finalement, le traité de Lisbonne l'a annexée au traité en vue de lui conférer une valeur juridique indiscutable. Cependant, l'article 36 dont il est question est davantage programmatique que contraignant. Il rappelle que l'Union européenne reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel que cet accès est prévu par les législations et pratiques nationales mais conformément aux traités et dans le but de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Ce texte n'ajoute rien aux dispositions du traité, compte tenu des modifications de l'article 16 TCE devenu article 14 TFUE et de l'annexion du protocole sur les services d'intérêt général.

618. – L'affirmation d'une valeur commune – Il résulte de ces textes modifiés ou introduits par le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, que le service d'intérêt économique général n'est plus tout à fait une notion anecdotique au sein du traité. Il prend une place non pas centrale, mais significative dans ce traité. Les États membres ont manifesté leur volonté de faire de cette notion un point de repère important pour les politiques européennes à venir. Nous pensons même que ces dispositions manifestent de la part des États membres, ou en tout cas d'une partie d'entre eux, la volonté de sortir le service d'intérêt économique général du ghetto juridique dans lequel la Cour de Justice et la Commission européenne

⁸⁹³ Article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Accès aux services d'intérêt économique général) : « *L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* ».

l'ont enfermé depuis qu'elles ont redécouvert cette notion figurant à l'article 90 § 2 du TCEE au mitan des années 1980.

Ainsi, en adoptant ces textes, les États membres affirment solennellement et avec force, puisque cela figure dans le traité, que les services d'intérêt économique général constituent des valeurs communes pour l'Union et les États membres. Ils reconnaissent ainsi l'importance fondamentale de ces services pour les citoyens européens. Leur rôle fondamental pour la cohésion de l'Union européenne est souligné. Ils donnent aussi au principe de subsidiarité un rôle important dans la définition de ces services, puisque cela revient en priorité aux États membres et à leurs collectivités infra-étatiques. En souhaitant donner ainsi plus de liberté d'action aux États membres il est clair que le traité pose les fondements d'une approche renouvelée des services d'intérêt économique général. En adoptant ce traité, les États membres manifestent leur volonté de sortir du système ayant cours jusqu'à lors, celui d'un contrôle de ces services par les institutions de l'Union, contrôle jugé excessif. Le traité réaffirme ce qui apparaît au fond comme l'essentiel, à savoir que même définis par des autorités nationales, ces services doivent respecter les règles du traité, c'est-à-dire les règles de concurrence et particulièrement les règles relatives aux aides d'État. Mais c'est là que ces évolutions juridiques montrent leurs limites.

619. – Le manque d'audace des États membres – Les États membres, bien que convaincus de l'importance primordiale de ces services pour l'avenir de l'Europe, peinent à sortir de la dogmatique du marché unique. Voulant sortir les services d'intérêt économique général du ghetto juridique dans lequel ils ont été trop longtemps enfermés, les États membres les y maintiennent par manque d'audace ou de vision claire.

Une première audace aurait consisté à réécrire dans le traité une généalogie précise de ces services. C'est-à-dire qu'au lieu d'avoir un article 16 évoquant uniquement les services d'intérêt économique général, il aurait été novateur de définir les trois notions cardinales que sont celles de service d'intérêt général, de service d'intérêt économique général et celle de service non économique d'intérêt général, voire celle aussi de service sociaux d'intérêt général ; la première chapeautant les autres. Cela existe en prémices dans le protocole n° 26. Celui-ci est intitulé protocole sur les services d'intérêt général. Locution qui chapeaute l'article 1 consacré aux services d'intérêt économique général et l'article 2 consacré aux services non économique d'intérêt général. L'Union européenne peine donc à clarifier le cadre juridique des services d'intérêt général. Au fond, malgré toutes les proclamations qu'elle peut faire à travers

ces nouveaux textes, elle s'accroche à l'article 106 §2 qui demeure l'alpha et l'oméga des services d'intérêt économique général.

Une deuxième audace aurait consisté à affirmer, par-delà un cadre juridique clarifié, de véritables ambitions politiques pour les services d'intérêt général. Pour cela, il aurait fallu exprimer une vision très claire de ce que devraient être les services d'intérêt général en Europe, au point d'en faire un objectif à part entière du projet européen, dépassant par là le cadre du marché unique, dans lequel ils sont encore aujourd'hui cantonnés. Évidemment, de telles ambitions politiques ont des difficultés à recueillir un commun accord de presque une vingtaine d'États membres. L'Europe semble condamnée pour le moment à avancer par petits pas.

620. – Les bases d'une vision élargie du SIG – Nul doute que les avancées du traité de Lisbonne sont de ces petits pas qui permettent néanmoins d'entrevoir la possibilité de nouveaux horizons pour les services d'intérêt économique général. Ces textes leur donnent potentiellement une envergure nouvelle. L'Union européenne sait la nécessité qu'il y a aujourd'hui, dans une Europe en crise profonde, d'instaurer un pilier politique solide autour de la prise en charge de l'intérêt général. Mais pour des raisons politiques, elle ne parvient pas à abandonner le caractère hégémonique de sa politique de concurrence. Le marché unique est son seul horizon. Difficile dans ces conditions d'envisager une Union européenne des services d'intérêt général. Les évolutions juridiques issues du traité de Lisbonne ont ceci de paradoxal qu'elles donnent une base juridique à une vision élargie du service d'intérêt économique général et partant du service d'intérêt général, tout en permettant de conserver, pour le moment du moins, une définition étriquée de ces services.

§3.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par le Comité économique et social européen et par le Parlement européen

621. – Les constats du CESE – Le Comité économique et social européen, institution consultative prévue aux articles 300 et suivants du TFUE, s'intéresse régulièrement aux services d'intérêt général. Il émet des avis sur tel ou tel de leurs aspects. Ainsi, Dans un avis d'initiative du 4 novembre 2009 intitulé « *Les services d'intérêt économique général* :

*quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ? »*⁸⁹⁴, le Comité économique et social européen fait plusieurs constats.

Tout d'abord, le régime juridique des services d'intérêt économique général provient pour l'essentiel de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Commission européenne. Sous réserve, bien évidemment des éventuelles règles sectorielles relatives à tel ou tel service. Il en ressort un manque de sécurité juridique notamment en ce qui concerne d'une part les compétences et responsabilités respectives de l'Union européenne, des États membres et de leurs collectivités locales, et d'autre part l'identification du caractère économique ou non économique de ces services⁸⁹⁵.

Il constate ensuite que l'article 14 TFUE permet d'envisager un règlement qui sécurise ces questions. Mais ajoute-t-il, « *il ne s'agit pas d'uniformiser les SIEG dans toute l'UE, mais de conjuguer unité et diversité ; unité de quelques règles communes dans les domaines essentiels, diversité à la fois sectorielle et nationale* »⁸⁹⁶. Or, une initiative législative de ce type lui semble nécessaire, afin de clarifier un certain nombre de définitions plus ou moins fixes données par la Cour de Justice ou la Commission. En l'absence d'un règlement en la matière, ces ajustements se feront au cas par cas, ce qui n'enlèvera rien à l'insécurité juridique actuelle.

Le Comité économique et social va enfin beaucoup plus loin dans sa démarche, puisqu'il estime nécessaire de réfléchir à la création de services d'intérêt général de dimension européenne, notamment en matière d'énergie. Il estime qu'il en va de l'avenir de l'Union européenne : « *des SIG communautaires sont nécessaires pour poursuivre la construction en commun de l'Europe* »⁸⁹⁷. Il évoque explicitement le fait de remettre en avant la notion de réseaux trans-européens pour réaliser de tels services européens. Il insiste enfin sur le partage de compétences nécessaires entre les États membres et l'Union européenne. Attaché au principe de subsidiarité, il rappelle néanmoins que la compétence des États n'exclut pas celle de l'Union.

622. – Une réflexion favorable au développement de la notion de SIG – En définitive, il ressort de cette position du Comité économique et social, que celui-ci souhaite promouvoir les diverses notions de service d'intérêt général, de service d'intérêt

⁸⁹⁴ CESE, avis d'initiative du 4 novembre 2009 sur « Les services d'intérêt économique général : quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ? », ayant pour rapporteur M. HENCKS, (TEN/389)

⁸⁹⁵ Avis précité, p. 4, § 2.9.

⁸⁹⁶ Avis précité, p. 4, § 2.9.

⁸⁹⁷ Avis précité, p. 6, § 4.4.

économique général et de service non économique d'intérêt général. Il souhaite mettre un terme au monopole de fait de la Cour et de la Commission sur ces définitions. Même s'il ne semble pas vouloir remettre en cause le champ d'application de la notion de service d'intérêt économique général, il n'est sans doute pas fermé à une redéfinition de ses contours, puisqu'il souhaite une définition de cette notion dans un règlement européen. Et, il propose « *de préparer une initiative communautaire pour engager un véritable débat sur la définition de lignes de conduite concernant les SIG* ». Sa volonté de clarifier les notions, permettrait de sécuriser juridiquement le fonctionnement des services d'intérêt général à l'échelle de l'Union européenne. Mais, il ne se départit pas d'une vision du service d'intérêt économique général encore très marquée par l'interprétation qu'en fait la Cour de Justice et la Commission à partir de l'article 106 TFUE. Ce qui est dommage bien évidemment et marque une fois de plus le paradoxe en ce domaine : le Comité économique et social souhaite, comme la Commission et comme les États membres adoptant les traités, promouvoir la prise en charge de l'intérêt général, sans se départir de l'approche purement technique qu'en fait la Cour depuis les années 1980.

623. – La volonté affirmée du Parlement européen – Quant au Parlement européen, il a pu également faire valoir son point de vue sur les services d'intérêt général et services d'intérêt économique général, notamment à travers ses rapports. Ce fut le cas du rapport pour avis sur le Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, postérieur au Livre blanc⁸⁹⁸. Celui-ci a retenu notre attention, car il est tout en bloc consacré à cette question et prend des positions qui sont toujours celles de cette institution.

Dans ce rapport le Parlement européen dresse plusieurs constats. Tout d'abord, la construction européenne se fonde sur trois principes : solidarité, coopération et concurrence. Pour le Parlement européen, « *les services d'intérêt général sont l'un des domaines dans lesquels les tensions entre ces trois principes exercent actuellement les pressions les plus fortes et où la nécessité de mesures politiques et législatives est la plus tangible* »⁸⁹⁹. Par ailleurs, il rappelle que selon l'article 5, § 2, du TCE (actuel article 5, § 2 du TUE), il appartient aux États de déterminer les services qui revêtent un intérêt général ; il réaffirme donc le principe de subsidiarité comme étant fondamental dans ce domaine. Puis il constate la nécessité d'une meilleure sécurité juridique. Il

⁸⁹⁸ PE, Commission des affaires économiques et monétaires, rapport du 27 juillet 2006 n° 2006/2101(INI) sur une proposition de résolution.

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 4, § B.

constate que les directives sectorielles fournissent un cadre juridique fiable, lequel cependant ne s'applique pas à tous les services d'intérêt général. De plus, il constate l'existence des contradictions qui existent parfois entre les directives sectorielles en ce qui concerne les définitions et les conceptions des notions utilisées. Cette situation est évidemment source de confusion.

Or, le Parlement européen « *déplore que la Cour de Justice, avec la jurisprudence qu'elle développe, et la Commission, par son interprétation dans des cas particuliers, déterminent les règles applicables dans ce domaine* »⁹⁰⁰. Il en conclut « *qu'il faut créer plus de sécurité juridique moyennant la mise en place d'un cadre réglementaire, dans le but de définir des concepts et des principes communs* »⁹⁰¹.

624. – La difficulté de s'affranchir d'une vision étroite – Le Parlement européen donne l'impression d'une approche paradoxale du service d'intérêt général. Comme le Comité économique et social, comme la Commission, comme les États membres, il veut donner plus d'importance aux services d'intérêt général. Mais il n'arrive pas non plus à s'affranchir d'une conception limitée du service d'intérêt économique général par la présence incontournable des obligations de service public. En effet, il « *propose que, lorsqu'une autorité compétente envisage de définir la prestation d'un service d'intérêt économique général, elle adopte un acte officiel approprié dans lequel sont spécifiés les obligations de service public, clairement définies au préalable, auxquelles le prestataire de services est soumis* ».

625. Le paradoxe est donc entier : le service d'intérêt général et le service d'intérêt économique général sont de plus en plus importants dans l'Union européenne. Ils constituent des valeurs communes. On veut les renforcer. On veut les clarifier. On veut les doter d'un cadre juridique précis et incontestable. On veut que la Cour de Justice et la Commission européenne aient moins d'emprise sur ces services. Mais paradoxalement, on ne remet en cause ni la lecture que ces deux institutions ont fait de l'article 106 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni la définition de la notion de service d'intérêt économique général. Or, il y a moyen, à droit constant, de concevoir autrement ces notions de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général. C'est ce qu'il convient de démontrer maintenant.

⁹⁰⁰ PE, Commission des affaires économiques et monétaires, rapport du 27 juillet 2006 n° 2006/2101(INI) sur une proposition de résolution, p. 6, §4.

⁹⁰¹ *Idem*, p. 6, § 5.

Section 3. - La nécessité d'une conception renouvelée du service d'intérêt économique général

626. – Le questionnement – Puisque la conception actuelle du service d'intérêt économique général est trop étreinte, puisque les institutions européennes ont une approche paradoxale de la notion car n'arrivant pas à se départir d'une conception initiale purement technique, il peut paraître hasardeux de proposer une autre conception de cette notion, plus ouverte à l'intérêt général, moins soumise au dogme du marché, mais parfaitement compatible avec l'état du droit actuel au sein de l'Union européenne. Cette conception nouvelle que nous allons proposer dans les pages qui suivent, tente de répondre à cette interrogation que nous avons initialement posée : Le service en réseau est-il d'intérêt général uniquement parce qu'il est l'objet d'obligations de service public, ou d'obligation de service universel ? Ne peut-il pas être, par nature, d'intérêt général sans faire l'objet de telles sujétions ?

627. – Les indices d'une fonction d'intérêt général – En effet, comme nous l'avons déjà souligné⁹⁰², certains services en réseaux ne sont pas grevés d'obligations de service public, ou de service universel, et pourtant il est incontestable qu'ils remplissent une fonction d'intérêt général. Il en est ainsi de la production d'électricité, qui aujourd'hui n'est pas (en France du moins) objet d'obligations de service public. Pour autant la production d'électricité est d'intérêt général, personne ne le contesterait ; certainement pas le Conseil d'État qui, comme on le sait, contorsionne la notion de service public pour pouvoir appliquer la réglementation spécifique du droit grève propre à assurer un fonctionnement continu de ce service. Il en est ainsi également du téléphone mobile, de l'internet, qui sont des services en réseaux proches du service téléphonique de base sur ligne fixe, mais qui ne sont pas objet d'obligations de service public ou de service universel. Pourtant, ils sont l'objet d'attentions particulières tant de l'État que des collectivités locales, qui font en sorte de réduire la « fracture numérique » et les zones blanches de couverture mobile du territoire. Dans certains cas, le réseau notamment de fibre optique pourra être reconnu d'intérêt général car concédé ou affermé. Plus rarement l'exploitation du réseau l'est. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que le téléphone mobile remplit une fonction d'intérêt général, ainsi que l'Internet. Quand bien même ce dernier service servirait-il principalement aux divertissements, notamment pour

⁹⁰² Cf. : *Supra*, Sous-titre 1.

accéder à la télévision et à la radio ne change rien à cette qualification. Depuis longtemps la jurisprudence considère la télévision comme un service public. C'est d'ailleurs à propos d'une loi relative à l'organisation de ce service audiovisuel que la constitutionnalisation du principe de continuité du SP a eu lieu en 1979. Enfin, nous savons également que dans le cadre de la réalisation d'un marché unique du transport aérien, le transport aérien n'est en principe pas soumis à des obligations de service public. Seules quelques liaisons intra-communautaires utiles à la cohésion territoriale sont soumises à de telles sujétions particulières. Mais, il n'y a pourtant pas de doute sur le fait que l'ensemble des liaisons intra-communautaires contribuent à la cohésion territoriale et donc à la cohésion sociale au sein de l'Union européenne. Le transport aérien intra-communautaire remplit donc bien une fonction d'intérêt général que d'aucun ne conteste en soi. D'autres exemples, dans le service ferroviaire ou dans le service postal notamment, pourraient être discutés ici.

628. – L'incohérence de la logique dominante – Il apparaît donc clairement que la logique dans laquelle la Cour de Justice de l'Union européenne, puis la Commission européenne se sont enfermées, entraînant avec elles l'ensemble des institutions de l'Union européenne, est trop réductrice, puisqu'elle ne reconnaît la qualité de service d'intérêt économique général au sens des dispositions du traité, qu'à ceux de ces services qui font l'objet d'obligations de service public ou d'obligations de service universel. À vouloir tout faire pour contenir dans un espace limité tout ce qui ressemblait de près ou de loin à une atteinte à la concurrence, ces institutions ont failli réduire l'intérêt général à presque rien. D'où ce grand écart permanent entre un discours promouvant le service d'intérêt général et la réalité juridique donnant la primauté absolue au droit de la concurrence.

Si on suit la logique dominante, il n'y a service d'intérêt général que si le service est confié par un acte juridique de l'autorité publique qui impose des obligations de service public. Pas de service réputé d'intérêt général en l'absence de telles obligations. Le transport aérien n'est pas d'intérêt général par nature ; mais il le devient dès lors qu'il est l'objet d'obligations spécifiques. La production d'électricité n'est pas un service d'intérêt général par nature. Mais si demain, l'autorité publique décide d'imposer une obligation de service public portant par exemple sur la continuité de la production d'électricité, alors, soudainement, au jour de la publication au journal officiel du décret imposant une telle obligation, ce service deviendrait un service d'intérêt général.

629. – Promouvoir une logique inverse – Mais ne serait-ce pas plutôt une logique inverse qui serait à l'œuvre ? Le service est grevé d'obligations de service public parce qu'il est d'intérêt général, et que pour préserver cet intérêt général, il faut imposer ces obligations. Le marché qui initialement prend en charge ce service d'intérêt général se révèle défaillant pour répondre avec pertinence aux besoins d'intérêt général. L'exemple du transport aérien est édifiant à ce propos. Une obligation de service public ne sert qu'à préserver l'intérêt général que présente une ligne aérienne que le transporteur opérant sur un marché concurrentiel n'arrive pas à assumer. La ligne Paris-Aurillac est grevée d'obligations de service public, sans quoi, aucun transporteur ne s'y risquerait pour des raisons économiques. Mais pour autant si la ligne Paris-Nice n'est pas soumise à de telles obligations, c'est uniquement parce que c'est une ligne très fréquentée et très rentable, le marché suffit à prendre en charge l'intérêt général de cette ligne. Mais imaginons le cas d'école d'une interruption totale et définitive de l'exploitation de cette ligne par tous les transporteurs aériens : l'intérêt général qui s'y attache saute immédiatement aux yeux. Ce n'est pas discutable. On pourrait multiplier à l'envi les exemples dans tous les services en réseaux. Cela rejoint donc bien ce que nous avons pu affirmer précédemment, à savoir que les services en réseaux qui étaient considérés comme des services publics car répondant à un intérêt général, n'ont pas perdu d'un seul coup par magie leur rôle d'intérêt général sous prétexte qu'ils ne sont plus des services publics et qu'ils sont soumis par principe à la concurrence et aux lois du marché. L'intérêt général de ces services demeure, quel que soit leur mode de gestion, quel que soit le degré de présence de l'autorité publique, qu'il y ait ou non des obligations de service public. Or, les notions de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général permettraient de tenir compte de cette réalité. Les services en réseaux pourraient alors être globalement considérés comme des services d'intérêt général et des services d'intérêt économique général.

630. – La présence d'un acte émanant d'une autorité publique – Il convient alors de s'interroger sur les modalités de reconnaissance de cette qualité de service d'intérêt général. La Cour de Justice et la Commission ont considéré qu'il devait s'agir d'un acte d'une autorité publique. Et ce critère nous ne pensons pas qu'il doive être remis en question. Qui dit intérêt général, suppose l'intervention de l'autorité publique compétente pour reconnaître cet intérêt général, qui est à la base de l'action publique. Les services en réseaux, sont d'intérêt général, parce que l'autorité publique leur a reconnu cette qualité. Mais contrairement à l'état actuel de la jurisprudence et des pratiques de ces deux institutions européennes, nous pensons qu'il faut s'affranchir de leur position actuelle qui consiste à considérer que seul un acte qui donne en gestion un service ou

qui impose des obligations de service public permettent d'identifier un service d'intérêt général.

631. – Un acte de police administrative spéciale – Aujourd'hui, tous les opérateurs des services en réseaux reçoivent des pouvoirs publics nationaux soit un agrément soit une autorisation de gestions. On est dans une forme de police administrative spéciale qui organise l'accès des opérateurs à l'exploitation de ces réseaux. Un tel acte de police a justement pour objet de permettre à l'autorité publique de vérifier que l'opérateur remplit les conditions notamment techniques, organisationnelles, environnementales, économiques, financières, et sociales qui lui permettent d'être un opérateur de réseaux. Une telle police est organisée dans l'intérêt général. Or, pour prendre un exemple très différent, dans le secteur sanitaire et social, il existe une telle police administrative spéciale. Par exemple, les établissements d'accueil des personnes handicapées sont soumis à des autorisations de gestion délivrées par l'autorité administrative compétente. S'ils ne bénéficient pas d'une telle décision, ou si cette décision lui est retirée, le gestionnaire du service social est obligé de cesser son activité. Un mécanisme de reprise en gestion des établissements est alors assuré, notamment par le biais d'une administration provisoire⁹⁰³. Les services sociaux en question ne sont pas des services publics, lorsqu'ils sont gérés par le secteur privé. Il en va autrement lorsque leur gestion est publique, la qualité de service public est admise. Mais dans les deux cas, il y a bien présence de l'intérêt général. Et la réglementation de police est là pour le garantir à *minima*. On retrouve un système de contrôle administratif assez comparable dans les professions dites réglementées aussi diverses que les bouchers, les médecins, les avocats, les experts-comptables, etc. Les réglementations relatives à l'accès à ces professions permettent d'assurer que l'intérêt général, certes reconnu en mode mineur, pris en charge par ces professions du secteur privé sera satisfait, notamment par les compétences acquises et reconnues des professionnels⁹⁰⁴. Mais il suffit d'une défaillance de ce secteur privé, pour qu'un service public soit érigé⁹⁰⁵. Dans ce cas, la jurisprudence administrative pose des conditions assez strictes à l'intervention publique,

⁹⁰³ LECAT (Donatien), « L'administration provisoire des établissements sociaux et médico-sociaux », *R.D.S.S.* n°3/2010, pp. 431-446.

⁹⁰⁴ Cf. : MOREAU (Yannick), « Existe-t-il une particularité du travail au service de l'intérêt général ? », in Alain Supiot et alii (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 2000, Coll. « Les voies du droit », pp. 60 et suiv.

⁹⁰⁵ Pour l'ouverture d'un cabinet dentaire municipal : CE, sect., 20 novembre 1964, req. n° 57.435, *Ville de Nanterre*, *Rec.* p. 563 ; *A.J.D.A.* 1964, p. 705, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET.

ce qui n'est pas sans rappeler, dans l'esprit du moins, les conditions restrictives posées par le droit européen.

632. – L'agrément et l'autorisation dans les activités de réseaux – On pourrait donc admettre, à l'aune de ces pratiques qui ont déjà cours, qu'un service d'intérêt général puisse être identifié, à partir du moment où un opérateur est titulaire d'un agrément ou d'une autorisation d'intervenir sur un service en réseaux déterminé, selon des règles précises qui encadrent l'accomplissement des missions de prestation de service. Actuellement, par exemple, pour produire, transporter, distribuer et fournir de l'électricité, il faut une autorisation administrative : ainsi les opérateurs qui prestent ces services seraient donc des opérateurs de service d'intérêt général, nonobstant la présence éventuelle d'obligations de service public. Il en va de même pour le gaz, pour les télécoms, les services postaux y compris express, les transports ferroviaires et aériens. Peu importe donc que ces autorisations soient ou non assorties d'obligations de service public. L'opérateur qui a une autorisation ou un agrément est reconnu comme étant chargé d'une mission d'intérêt général particulière ; il accomplit un service d'intérêt général, en l'occurrence un service d'intérêt économique général dans les secteurs de réseaux. Il est donc soumis, par principe, aux exigences du droit de la concurrence, à moins qu'il remplisse tel ou tel critère d'exemption. De ce point de vue, rien ne changerait donc à la situation actuelle. Mais, et ce serait une forme de nouveauté, en tant qu'opérateur, il est soumis à quelques exigences particulières (qui pourraient résulter de l'application des grands principes tels que égalité, continuité, qualité, transparence économique et financière). Ces règles s'apparenteraient à des obligations de service public, mais n'en seraient pas dans la mesure où elles seraient les mêmes pour tous les opérateurs bénéficiant d'une telle autorisation et ne donneraient en principe pas lieu à compensation financière.

633. – L'application d'un régime juridique uniforme – Une conception élargie de la notion de service d'intérêt général et des notions subséquentes qui lui sont attachées, aurait l'immense avantage de donner un cadre pour l'application d'un statut juridique minimal du service d'intérêt général à l'ensemble des activités de réseaux. C'est d'ailleurs dans cette hypothèse qu'un projet de règlement cadre sur les services d'intérêt général prendrait tout son sens. Ce statut juridique minimal contiendrait notamment le principe de continuité, qui est consubstantiel à l'idée de service de l'intérêt général. Un tel statut juridique renforcerait le service d'intérêt général, sans pour autant compromettre le principe de l'application des règles de concurrence.

En effet, puisque le statut juridique concernerait par principe tous les services en réseaux, il n'y aurait pas d'atteinte à la concurrence. Tous les opérateurs seraient logés à la même enseigne. Ce n'est que lorsqu'ils éprouveraient des difficultés réelles de mise en œuvre de ces règles principales de fonctionnement du service, que les opérateurs de réseaux seraient destinataires d'obligations de service public qui, comme aujourd'hui, permettraient de préciser les modalités de compensations financières de ces obligations. Notre proposition d'une conception renouvelée de la notion de service d'intérêt général s'intègre donc parfaitement, à droit constant, dans la logique développée par la Cour de Justice et la Commission. En soi, il ne s'agit pas de tout révolutionner. C'est une simple évolution.

634. – Une évolution souhaitée dans l'intérêt de l'Europe unie – Nous pensons qu'en ce qui concerne les services en réseaux, l'application des règles européennes de concurrence, avec le mécanisme des exemptions que l'on connaît est compatible avec les particularités de la prise en charge de l'intérêt général, et permet des prestations de service de qualité, mais bien évidemment sous réserve de l'interprétation que nous suggérons. Car la situation actuelle, est hasardeuse. La notion de service d'intérêt général est trop restreinte, les règles principales de fonctionnement des services qui prennent en charge l'intérêt général ne sont pas correctement respectées dans un certain nombre de services. À terme, c'est la qualité globale de ces services qui va poser problème. La raison en est que le marché est le seul référentiel de la construction européenne contemporaine. Or, cela ne peut durer. L'Union européenne doit pouvoir se construire sur deux piliers : le marché d'un côté et le service d'intérêt général de l'autre. C'est la raison pour laquelle l'Europe a besoin que la notion de service d'intérêt général soit autonome et effective sur le plan juridique. Nous avons perçus des frémissements en ce sens. Les bases juridiques existent, il convient dorénavant de provoquer l'émergence de cette conception renouvelée du service d'intérêt général. Dans la mesure où tout ceci se fera à droit constant, il n'y a aucun risque – puisque c'est là, on le sait, une peur européenne –, de restauration d'un système juridique de service public « à la française ». Nous en sommes arrivés très certainement au point de convergence idéal entre les deux ordres juridiques pour qu'un statut juridique, reprenant les lois de Rolland, soit transposé d'une manière ou d'une autre à la notion européenne de service d'intérêt général.

635. – Propos conclusifs du Chapitre 11 – Nous avons cité en exergue de ce chapitre le professeur Alain Supiot qui dès 1994 considérait que la notion de service d'intérêt économique général « *n'acquerra de consistance propre que si elle est clairement distinguée du concept de service public* »⁹⁰⁶. Notre proposition s'intègre parfaitement dans cette approche. Il précisait aussi que « *la notion de services d'intérêt économique général ne peut prendre sens en effet que si on la distingue aussi bien du service de la puissance publique que du service des puissances privées* »⁹⁰⁷. Il proposait trois critères pour identifier un service d'intérêt économique général. En premier lieu, explique-t-il, « *dire que ces services dont d'intérêt général, signifie qu'ils doivent être soumis à des règles qui transcendent la simple recherche du profit sur un marché. Les impératifs de continuité et d'égalité d'accès qui caractérisent le service public doivent donc leur être transposés. Penser la prestation des services d'intérêt économique général dans les termes du droit commun du commerce ou du travail serait un contresens grossier* »⁹⁰⁸. En second lieu, il ajoute, « *Dire que ces services dont d'intérêt général, signifie qu'ils ne se confondent pas avec le service de la puissance publique, et qu'ils peuvent être directement rendus à la collectivité par une entreprise privée* »⁹⁰⁹. En troisième et dernier lieu : « *Enfin, la notion de services au pluriel, implique une diversification du cadre juridique dans lequel ils sont rendus, diversification indexée sur l'objet concret de chaque service. L'effacement de la médiation de l'État, entre le public et ceux qui lui dispensent un service, interdit de continuer d'enfermer ce service dans une définition unique, et oblige au contraire à placer la nature particulière du service rendu au centre de son organisation juridique* »⁹¹⁰. À ce propos, il donne l'exemple du service de santé qui doit être organisé autour du malade, du service de l'éducation qui doit être organisé autour de l'élève. Et il en tire la conclusion : « *La notion de services d'intérêt économique général ainsi définie, aboutit nécessairement à subordonner l'application du droit de la concurrence et du droit du travail aux impératifs d'intérêt général ainsi définis* »⁹¹¹. Non pas qu'il s'agisse de reléguer le droit de la concurrence le plus loin possible, pour faire de l'intérêt général un principe directeur hégémonique. Il s'agit de donner à l'intérêt général toute sa place et d'appliquer à la lettre l'article 106, §2 du traité qui prévoit que les règles de concurrence s'appliquent « *dans les limites où*

⁹⁰⁶ SUPIOT (Alain), « Les virtualités du droit communautaire : L'avenir des métiers de services publics », *C.J.E.G.* 1994, pp. 379-387.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 383.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 383.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 383.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 384.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 384.

l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie »⁹¹². À lire la jurisprudence de la Cour de Justice, on a l'impression inverse qu'elle s'affole de voir les exceptions d'intérêt général faire échec à l'application du droit de la concurrence. À se demander, si l'évolution que nous proposons, dans la ligne de ce qu'évoquait, il près de vingt ans, Alain Supiot, ne serait pas tout simplement un retour aux sources de la construction européenne.

⁹¹² Article 106, §2 du TFUE.

Conclusion du Sous-titre 5.-

636. – Il n'y a donc qu'un pas pour considérer, en droit, que les grands services en réseaux sont des services d'intérêt général. Dans les faits, c'est indéniable, et cela correspond à la nature même de ces services et de ces réseaux. Il convient cependant d'aller un peu plus loin dans l'analyse, pour pouvoir projeter une refondation de la continuité de fonctionnement des grands services en réseaux. En effet, il est nécessaire de revenir sur le couple intérêt général/continuité du service. *A priori*, l'un ne va pas sans l'autre. C'est du moins notre intuition de départ. Il s'agit là encore d'en apporter la démonstration. C'est l'objet du sous-titre 6 qui suit.

Sous-titre 6.- La justification du principe de continuité du service d'intérêt économique général

637. – Le service d'intérêt économique général est une notion effective en droit, bien qu'elle soit considérée de façon restrictive. Aucun principe de continuité ne lui est encore attaché d'un point de vue juridique. Mais plusieurs éléments permettent de le justifier, tant sur le plan théorique, que sur le plan pratique. Le chapitre 12 analyse précisément la justification théorique d'un tel principe, tandis que le chapitre 13 étudie et constate le caractère irremplaçable en pratique d'un tel principe juridique, dès lors que l'on souhaite pérenniser le fonctionnement continu des services en réseaux.

- **Chapitre 12.- La justification théorique du principe de continuité du service d'intérêt économique général**
- **Chapitre 13.- L'irremplaçable principe de continuité du service d'intérêt économique général**

Chapitre 12.- La justification théorique du principe de continuité du service d'intérêt économique général

« S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public, nous dirions qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité. »

Léon DUGUIT⁹¹³

638. – Propos introductif du Chapitre 12 – Les services en réseaux, dans les secteurs étudiés du gaz, de l'électricité, des postes, des communications électroniques, du transport ferroviaire et du transport aérien, appartiennent aujourd'hui à la catégorie européenne des services d'intérêt économique général, mais tous, sans exception, ont été largement couverts jusqu'il y a quelques années seulement, par la notion de service public. Or, si le reflux de ce dernier modifie le plus souvent la nature juridique de ces services en réseaux, en revanche, elle ne change pas leur nature matérielle.

639. – En effet, pour l'utilisateur ou le consommateur, la prestation fournie est semblable. Il veut du gaz pour approvisionner sa chaudière ou de l'électricité pour s'éclairer. Il veut rejoindre telle ville en train ou en avion. Il souhaite téléphoner à sa famille, ses amis. Il souhaite recevoir telle revue à domicile par courrier. Peu lui importe a priori que le service rendu le soit sous forme de service public ou de « simple » service d'intérêt économique général. Pourtant, si la fourniture du gaz ou de l'électricité connaissent des coupures intempestives ou régulières, si le train l'amenant à son bureau est constamment en retard, si le vol est annulé alors qu'il partait en vacances ou en voyages d'affaires, si son courrier arrive avec plusieurs jours de retard notamment s'il s'agit d'envoyer une requête introductive d'instance devant le tribunal administratif à quelques jours de l'expiration du délai de recours contentieux, ou plus simplement, si décrochant son téléphone il n'y a aucune tonalité sur la ligne, alors notre usager-consommateur va évidemment regretter

⁹¹³ DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, La mémoire du droit (rééd. Librairie Armand Colin 1913), p. 51.

le temps, pas si lointain où les trains, les avions arrivaient à l'heure, où la fourniture d'énergie étaient permanente, où l'acheminement du courrier était de plus en plus rapide, et où le téléphone connaissaient peu de dérangement. Pourtant aujourd'hui, parce que les services en réseaux ne sont plus couverts en quasi-totalité par la notion de service public, il est difficile de leur imposer une obligation de continuité si le service d'intérêt général dont ils relèvent ne comporte pas un tel principe dans son régime juridique. Notre propos n'est certes pas de dire que, depuis l'avènement de la libéralisation des services en réseaux, la qualité du service se dégrade. Mais nous avons en revanche constaté, dans certains services, qu'il n'existe plus de garantie de la continuité du service (Cf. : supra chapitre 5).

640. – Or, la fonction sociale de ces services en réseaux n'a absolument pas changé. Ils répondent, aujourd'hui comme hier, et assurément comme demain, à des besoins importants pour chaque citoyens. D'où le fait que ces services soient considérés d'intérêt général. Ils étaient d'intérêt général sous l'empire du service public en tant que services publics industriels et commerciaux, ils le sont encore en tant que services d'intérêt économique général. Bien que le vocabulaire ait partiellement changé, bien que les réalités sociales aient partiellement évolué, la fonction sociale des services en réseaux est restée à peu près la même à travers les époques. Entre la fonction sociale originelle du service public et la fonction sociale contemporaine du service d'intérêt économique général qui sont très proches (section 1.-), nous pouvons faire le constat que l'objectif de cohésion sociale au fondement du service est aussi au fondement de sa continuité (section 2.-).

Section 1.- La fonction sociale du service public et du service d'intérêt économique général

641. – Service public et service d'intérêt économique général répondent chacun pour leur part à un impératif d'intérêt général. Cet intérêt général est multiple et difficile à saisir. Qu'est-ce au juste que l'intérêt général au fondement du service public ou du service d'intérêt économique général ? Comme l'écrit le professeur François Rangeon dans son ouvrage intitulé *L'idéologie de l'intérêt général*, « *l'intérêt général n'est pas un concept flottant, une représentation vague et contingente. Loin d'être une notion vide de sens, "fictive" ou "abstraite" comme le prétendent certains, elle est au contraire riche de*

significations, trop riche même, d'une certaine manière »⁹¹⁴. Il explique dans cet ouvrage les différentes mutations de l'intérêt général au cours de l'histoire moderne, et notamment comment sa conception libérale recomposée au XIX^e siècle devient un principe de légitimation de l'État-providence. Issue de « *lignages culturels* » multiples, incluant « *la volonté générale de Rousseau, la main invisible de Smith, l'intérêt général hégélien, l'utilitarisme benthamien, la conception transactionnelle et décentralisée de l'intérêt général chez Constant et, dans un autre sens chez Tocqueville* »⁹¹⁵. Or, il précise que « *toutes ces conceptions de l'intérêt général sont à la fois différentes et en même temps révélatrices, chacune à leur manière, d'un ordre économique et social qui cherche sa justification doctrinale* »⁹¹⁶. Dans son ouvrage de synthèse intitulé *Le service public*, Pierre Esplugas⁹¹⁷ définit la conception stricte de la notion d'intérêt général entendu comme élément fonctionnel constitutif du service public : « *n'étaient en effet susceptibles d'être érigées en service public seulement les activités indispensables au maintien de l'équilibre social. Ce sont naturellement les activités de souveraineté ainsi que des activités comme l'instruction publique, l'aide sociale et l'hygiène publique. L'intérêt général ne couvrait donc pas en principe des activités d'ordre industriel et commercial et rentables. Ces dernières relevaient normalement des personnes privées en raison de l'interprétation des textes relatifs à la liberté du commerce et de l'industrie* »⁹¹⁸. Mais bon nombre de ces activités industrielles et commerciales, et particulièrement celles nécessitant un réseau d'infrastructures, sont vite apparues comme étant indispensables tant à la vie économique qu'à la vie sociale, ces deux aspects sont en réalité intimement liés, si bien que ces activités devaient être érigées en service public. Aujourd'hui, ils sont aussi appréhendés par la notion de service d'intérêt économique général. L'intérêt général, qui sert de fondement à ces services en réseaux, correspond en réalité à leur fonction sociale, dont l'importance est telle, qu'il est nécessaire à la collectivité publique d'en assurer la prise en charge.

642. – C'est donc cette fonction sociale tant du service public d'hier et d'aujourd'hui (§ 1.-) que du service d'intérêt économique général d'aujourd'hui et de demain (§2.-), que nous allons analyser.

⁹¹⁴ RANGEON (François), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, pp. 191-192.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 192.

⁹¹⁶ *Idem.*

⁹¹⁷ ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2012, coll. « *Connaissance du droit* », 154 pp.

⁹¹⁸ *Ibid.*

§1.- La fonction sociale du service public

643. – Le service public est une notion qui semble indéfinissable. Tous les auteurs contemporains le constatent. Selon Pierre Esplugas, « *La définition du service public en droit interne n'est pas donnée a priori et suscite des difficultés de définition. Il est tout au plus possible d'indiquer quels sont ses éléments constitutifs* »⁹¹⁹. Pour Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi, « *Donner d'emblée une définition positive du service public semble malaisé* »⁹²⁰. Quant à Didier Truchet, il explique sans fard l'absence de cette définition : « *Personne n'a jamais réussi à donner du service public une définition incontestable : le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu* »⁹²¹. Dans ces conditions, vouloir, au détour de notre recherche, présenter la fonction sociale du service public relève de la gageure. D'ailleurs les définitions contemporaines de la notion sont minimalistes et n'évoquent nullement l'objet précis du service, en se contentant d'une référence à la seule notion d'intérêt général, tout aussi sujette à caution. Ainsi, le professeur Chapus définit le service public en ces termes : « *une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public* »⁹²².

644. – Or, à partir du moment où il n'existe pas de définition précise et incontestable de la notion de service public, il n'est pas davantage possible d'en expliquer les ressorts sans risquer d'en faire une approche partielle, voire partielle. Mais pour limiter ce risque, que nous devons assumer par ailleurs, il nous a semblé pertinent de remonter aux sources doctrinales du service public. Aussi nous convoquerons tour à tour, Hauriou, Duguit, Jèze, mais aussi Romieu ou Teissier notamment. En effet, c'est d'abord par eux que nous pourrions approcher au plus près cette fonction sociale qui a été assignée au service public. L'histoire même de l'émergence du concept, telle qu'a pu la relater Jean-Louis Mestre, nous sera aussi d'un précieux secours pour comprendre les enjeux liés à cette fonction sociale du service public.

⁹¹⁹ *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 149 : Notion de service public. – Droit interne et droit de l'Union européenne, octobre 2010, n° 21.

⁹²⁰ GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2011, *Coll. Domat Droit Public*, p. 91, n° 178.

⁹²¹ TRUCHET (Didier), « Label de service public et statut du service public – Nouvelles récentes d'un illustre vieillard », *A.J.D.A.* 1982, p. 428.

⁹²² CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, *Coll. « Domat Droit public »*, 2001, p. 579, n° 748.

645. – Le service public répond à un besoin collectif de façon continue ; c'est là sa fonction sociale première (A.-) ; et plus largement il accompagne l'interdépendance sociale croissante au sein de la société moderne ; c'est la seconde fonction sociale du service public (B.-).

A.- La fonction sociale première du service public : répondre à un besoin collectif, de façon continue

646. – Il résulte des définitions du service public précédemment données, que le service public est un procédé impliquant les pouvoirs publics, pour répondre à des besoins de la population, avec régularité et continuité.

647. – **La qualification des besoins** – Concernant ces besoins ils ont reçus dans la doctrine plusieurs qualificatifs. Le professeur Maurice Hauriou, dès 1897 qualifie ces besoins de « collectifs »⁹²³. Mais en 1919 dans la neuvième édition de son précis de droit administratif, il parle de « besoin public »⁹²⁴. Léon Duguit évoque les « besoins communs à tous les hommes » dans son Traité de droit constitutionnel de 1928⁹²⁵. En 1926, Le professeur Louis Rolland parle de « besoins collectifs du public »⁹²⁶. Gaston Jèze qualifie, pour sa part, ces besoins « d'intérêt général »⁹²⁷. Quant à la doctrine des membres du Conseil d'État, elle approche les besoins de la population avec autant de diversité. Si pour les commissaires du gouvernement Jacques Tardieu⁹²⁸ et Jacques Helbronner⁹²⁹ il s'agit de besoins « généraux », tandis que pour le président Jean Romieu⁹³⁰, comme d'ailleurs quelques années après pour le président Louis-François Corneille⁹³¹, les besoins sont « collectifs » comme Hauriou à ses débuts. Notons aussi la définition en creux donnée par le conseiller d'État Henri Chardon, dans son ouvrage

⁹²³ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 3^{ème} éd., 1897, p. 235.

⁹²⁴ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1919, p. 44.

⁹²⁵ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, Théorie générale de l'État, Paris, Ed. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 60.

⁹²⁶ ROLLAND (Louis), *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1^e éd., 1926, p. 16.

⁹²⁷ JÈZE (Gaston), *Cours de droit public*, Paris, Giard, 1924, p. 266.

⁹²⁸ TARDIEU (Jacques), concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell, Rec.* p. 1302.

⁹²⁹ HELBRONNER (Jacques), concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, S. 1914, III, p. 5.

⁹³⁰ ROMIEU (Jean), concl. sur CE, 6 février 1903, *Terrier c./ Département de la Saône-et-Loire*, D. 1904.3.66.

⁹³¹ CORNEILLE (Louis-François), concl. sur CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, R.D.P. 1918, p. 246.

Le pouvoir administratif, paru en 1911, où il décrit les services publics comme « indispensables à la vie de chaque citoyen »⁹³². Enfin, pour le vice-président Clément Colson⁹³³, « les besoins dont [l'État] se charge ainsi d'assurer la satisfaction présentent habituellement ce double caractère d'être généraux et permanents »⁹³⁴.

648. – La réponse aux besoins les plus importants – Collectifs, généraux, publics, d'intérêt général, permanent, comment identifier ces besoins de la population qui justifient une action publique à travers l'instauration d'un service public pour les satisfaire ?

La première remarque que l'on peut faire ici, c'est que tous les besoins « collectifs » n'appellent pas en réponse la mise en place d'un service public. En effet, si le service public est une réponse possible à ces besoins, elle n'est pas la seule. Le professeur Gaston Jèze, pour ne citer que lui, affirmait à cet égard que le procédé de service public « est un procédé – et non pas le seul procédé – pour donner satisfaction à des besoins d'intérêt général »⁹³⁵. Il y a manifestement des services d'intérêt général qui sont satisfaits par des organismes privés en dehors du service public. De façon générale d'ailleurs, tous les auteurs contemporains du début du XX^e siècle, tous comme les auteurs actuels, admettent que la réponse par le service public est dans la plupart des cas liée à l'insuffisance ou l'inexistence de l'initiative privée. Preuve en est, si l'on peut dire, les services en réseaux objets de notre étude ont tous été à leurs débuts des services initiés par le secteur privé. Mais compte tenu de leur importance tant pour l'État, que pour la vie économique et la vie sociale, ils ont été progressivement pris en charge par l'État ou les autres collectivités publiques, soit directement, soit indirectement par le mécanisme des concessions.

⁹³² CHARDON (Henri), *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin, 1910, p. 205.

⁹³³ Clément Colson (1853-1939) a un parcours très riche, puisque polytechnicien et ingénieur des Ponts-et-Chaussées, il entrera au Conseil d'État par concours suite à sa licence en droit en 1878, et mènera une carrière de haut-fonctionnaire où il deviendra inspecteur général des ponts et chaussées, puis plus tard président de la section des finances du Conseil d'État, avant d'en devenir le vice-président de 1923 à 1928. Parallèlement il mena une carrière de professeur d'économie à HEC, à l'école des Ponts et Chaussées, à l'école libre des sciences politiques, puis à l'école polytechnique où il eut beaucoup d'influence sur son élève Jacques Rueff qui deviendra lui-même un haut fonctionnaire et économiste. Membre de l'Académie des sciences morales et politiques, il publia de nombreux ouvrages d'économie politique et d'économie des transports. Il est notamment un spécialiste pour son époque de la formation des prix dans les services publics en réseaux, notamment le transport ferroviaire.

⁹³⁴ COLSON (Clément), *Cours d'économie politique : professé à l'École nationale des ponts et chaussées*, Livre 1^{er}, Paris, Gauthier-Villars et Alcan, 1907, p. 147.

⁹³⁵ JÈZE (Gaston), *Cours de droit public*, Paris, Giard, 1924, p. 273.

La deuxième remarque est qu'au-delà des qualificatifs évoqués précédemment, les besoins dont il est question ici, sont des besoins que l'on retrouve chez la plupart des citoyens à des degrés divers sans doute. C'est en ce sens qu'ils sont généraux ou collectifs. De plus, ce sont des besoins qui n'ont pas nécessairement une importance vitale pour les citoyens⁹³⁶, mais une importance dans leur vie sociale et par-delà, leur vie économique. La publicisation de ces besoins – Hauriou parle en effet de « besoins publics » -, ne correspond pas aux besoins de la collectivité publique pour son propre fonctionnement mais à la volonté d'assurer une réponse stable que chaque citoyen puisse s'approprier. Cette idée est exprimée par Maurice Hauriou dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*⁹³⁷, au détour d'une note de bas de page. Après avoir donné une définition que l'on peut qualifier de minimaliste du service public, il tente d'en préciser les contours. Après avoir constaté, que le fait d'être rendu au public, d'être désintéressé, d'être d'intérêt général, et d'être rendu par un monopole ne suffisait pas à caractériser un service public⁹³⁸, il en conclut ceci : « *Je crois qu'on obtiendrait quelque satisfaction en s'adressant à l'idée de "chose publique", qui fait le fond du régime d'État. On s'arrêterait dès lors à la définition suivante : le service public a pour matière, tout service à rendre au public qu'il est d'intérêt général d'organiser comme "chose publique", c'est-à-dire : 1° comme chose offrant le maximum de stabilité ; 2° comme chose appartenant également à tous [...]* »⁹³⁹.

⁹³⁶ Si les services de soins hospitaliers sont considéré comme des services publics, les commerces alimentaires ne sont pas l'objet de service public sauf circonstances particulières de temps et de lieu (Cf. : CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583 ; R.D.P. 1930, p. 530, concl. Pierre JOSSE ; S. 1930.3.73, concl. JOSSE, note Raphaël ALIBERT ; GAJA, Paris, Dalloz, 17^{ème} éd. 2009, n°43, p. 262. – CE, Ass., 23 juin 1933, *Lavabre*, Rec. p. 677 ; R.D.P. 1934, p. 280, concl. Rivet ; S. 1933.3.81, note Alibert).

⁹³⁷ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 4^{ème} éd., 1900, 896 pp.

⁹³⁸ Dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*, il définit le service public comme une organisation créée ou soutenue par une collectivité publique « en vue de la satisfaction d'un besoin collectif »⁹³⁸. Il prend soin de préciser sa pensée dans la quatrième édition de son ouvrage à travers une note de bas de page dans laquelle, il affirme : « *Cette définition est purement formelle. Je ne sais si une définition "matérielle" pourrait être tentée, la matière propre au service public étant difficile à saisir. C'est un service rendu au public, mais les services de l'industrie et du commerce sont aussi rendus au public. Si l'on introduit l'idée du désintéressement : d'une part on se heurte aux faits, car il y a des services publics qui ne sont pas désintéressés ; et d'autre part les services des établissements d'utilité publique sont tout aussi désintéressés que ceux de l'État qui le sont. Si l'on introduit l'idée de l'intérêt général qu'il y a à ce que ces services soient rendus, on se rapproche de la réalité, mais on n'obtient pas encore de critérium suffisant pour distinguer le service public du service d'utilité publique, car les services des établissements reconnus d'utilité publique sont par là-même reconnus d'intérêt général. On ne peut pas non plus invoquer l'idée de monopole, car tous les services publics ne sont pas des monopoles.* » Cf. : HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 4^{ème} éd., 1900, p. 217, note 3.

⁹³⁹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 4^{ème} éd., 1900, p. 217, note 3.

Nous retrouvons là en germe à l'époque, puisque ce texte date de 1900, ce que Louis Rolland aura le mérite de systématiser sous formes de « lois du service public », à savoir ici le principe de continuité et le principe d'égalité du service.

649. – Une réponse intrinsèquement continue – Ainsi, dès l'origine, le service public est conçu comme une réponse particulière, faite à des besoins dont l'importance est telle pour la vie sociale, que cette réponse devient une « chose publique ». On perçoit là, la parenté évidente dans cette doctrine entre la *res publica* qu'est le service public et l'enracinement de l'idéal républicain dans l'inconscient collectif français à cette époque. Le service public est le verso de la République. Il correspond à une « *représentation idéalisée de la Nation et de République* » remarquait Jean-Marie Pontier en 1996⁹⁴⁰. Mais ce qui nous intéresse davantage ici, c'est que cette « chose publique » bénéficie d'un régime particulier exorbitant du droit commun, incluant notamment cette exigence de continuité du service rendu aux usagers. Toute la doctrine de ce début du XX^e siècle, fait de cette exigence de continuité, une des caractéristiques essentielles de la réponse à apporter aux besoins généraux de la population. Comme l'affirme Gaston Jèze « *Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général* »⁹⁴¹. Maurice Hauriou s'inscrit dans la même lignée en définissant le service public comme « *un service technique rendu au public d'une façon régulière et continue pour la satisfaction d'un besoin public et par une organisation publique* »⁹⁴². Mais Léon Duguit est encore plus ferme dans son analyse puisqu'il écrit que « *cette activité [le service public] est d'une importance telle pour la collectivité qu'elle ne peut pas être interrompue un seul instant. Le devoir des gouvernants est d'employer leur puissance à en assurer l'accomplissement d'une manière absolument continue. La continuité est un des caractères essentiels du service public* »⁹⁴³. Il rejoint en cela certains commissaires du gouvernement qui ont martelé dans leurs conclusions devant la section du contentieux du Conseil d'État la nécessité de cette continuité du service public comme seule façon de donner une réponse adéquate aux besoins généraux ou collectifs des usagers. Jacques Tardieu, concluant

⁹⁴⁰ PONTIER (Jean-Marie), « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, chron. p. 9.

⁹⁴¹ JÈZE (Gaston), *Cours de droit public*, Paris, Giard, 1924, p. 267.

⁹⁴² HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 9^{ème} éd., 1919, p. 44.

⁹⁴³ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, Théorie générale de l'État, Paris, Ed. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 61.

sur l'affaire *Winkell* en 1909, semble être le premier lorsqu'il soutint avec force : « *Quand l'État, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers pour organiser un service public, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur les points les plus reculés du territoire, la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente* » ; il en déduit que « *la continuité est [...] de l'essence du service public* »⁹⁴⁴. Jacques Helbronner reprend à son compte cette formulation quelques années plus tard lorsqu'il conclue sur la célèbre affaire de la grève des cheminots de la fin de l'année 1910⁹⁴⁵. Il en va de même pour Louis-François Corneille qui affirme aussi que la continuité est de l'essence du service public⁹⁴⁶.

650. – À la recherche du fait social explicatif – Cependant, il reste à expliquer ce qui fondamentalement impose – tel un devoir impérieux – à la collectivité publique d'assurer le fonctionnement régulier et continu des services pris en charge par le service public. Ce n'est donc pas la source juridique de l'obligation de continuité de fonctionnement du service que nous recherchons, car nous la connaissons bien. Ce qu'il nous revient d'expliquer c'est le fait social qui fonde la nécessité de l'obligation juridique.

651. – Éviter tout désordre social – Pour accomplir cette tâche quelque peu ardue, il nous semble que la phrase du doyen Duguit mise en épigraphe de ce chapitre est particulièrement éclairante à ce sujet. Duguit écrit en effet, « *S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public, nous dirions qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité* »⁹⁴⁷. Ce que Duguit désigne par « désordre social » est une réalité multiple qui appelle plusieurs remarques. En premier lieu, le désordre social n'est pas nécessairement un désordre public, comme le laisserait sous-entendre le mot désordre pris sous l'angle du droit. N'oublions pas que Duguit est dans sa pensée empreint de la sociologie naissante. Autrement dit, ce n'est pas uniquement une question d'ordre public, contrairement à ce que nous savons des

⁹⁴⁴ TARDIEU (Jacques), concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 1302.

⁹⁴⁵ Jacques Helbronner écrit : « *Lorsque l'État, le département ou la commune organise un service public, soit qu'ils en assument directement le fonctionnement et l'exploitation, soit qu'ils les concèdent à des tiers, c'est pour procurer à la collectivité, la satisfaction de besoins généraux, auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite et intermittente* ». Cf. : HELBRONNER (Jacques), concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, S. 1914, III, p. 5.

⁹⁴⁶ CORNEILLE (Louis-François), concl. sur CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, *R.D.P.* 1918, p. 246.

⁹⁴⁷ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, La mémoire du droit (rééd. Librairie Armand Colin 1913), p. 51.

apparences de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État sur le droit de grève des agents du service public. En deuxième lieu, le désordre social est aussi économique, car bon nombre de services publics, notamment les services en réseaux, sont indispensables à la vie économique du pays. Enfin, l'expression désordre social indique tout simplement qu'en cas de rupture de la prestation du service, la vie sociale est affectée. Cela est particulièrement vrai pour les services en réseaux qui sont pour l'essentiel des services de communication et de transport. Le désordre social est alors d'autant plus grand que ces services contribuent à rendre effectifs un certain nombre de libertés et droits individuels telles que, par exemple, la liberté d'aller et venir, la liberté de communication et d'expression.

Or, la suspension du service public, même pendant un temps très court, est d'autant plus dommageable que le service fonctionne en réseau et est d'envergure nationale, puisqu'un blocage sur une partie du réseau peut avoir des conséquences sur l'ensemble du réseau. C'est particulièrement vrai pour le secteur de l'électricité où le black-out menace le réseau en cas de déséquilibre entre demande et production d'électricité. Mais cela est vrai aussi dans les réseaux de transport ferroviaire et aérien, dans le réseau postal ou encore dans les réseaux de communications électroniques où un problème sur une partie du réseau peut avoir des conséquences en chaîne importantes sur le reste du réseau. C'est l'idée qu'émettait le vice-président du conseil d'État Clément Colson dans son traité d'économie politique. Il écrivait en effet que les services publics « *ne peuvent être assurés par l'initiative privée, parce qu'ils font nécessairement l'objet d'une organisation d'ensemble qu'un désordre local sérieux trouble tout entière* », ce qui d'ailleurs suffisait à justifier à ses yeux le monopole que la collectivité publique pouvait instituer pour gérer ce service public⁹⁴⁸.

B.- La fonction sociale seconde du service public : accompagner l'interdépendance sociale croissante au sein de la société

652. – L'intuition de Léon Duguit – Dans son traité de droit constitutionnel, Léon Duguit écrivait en 1911 : « *tout ce que l'on peut dire, c'est que, à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de support à des services publics s'accroît par là même. C'est logique. En effet, de la civilisation on peut*

⁹⁴⁸ COLSON (Clément), *Traité d'Economie politique*, II, p. 385, cité par Gaston JÈZE, *Cours de droit public*, Paris, Giard, 1924, p. 267, note 1.

dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de tous ordres pouvant être satisfaits dans un moindre temps. Par suite, à mesure que la civilisation progresse, l'intervention des gouvernants devient normalement plus fréquente, parce qu'elle seule peut réaliser ce qu'est la civilisation »⁹⁴⁹. Pour l'historien de l'économie Michel Margairaz, il y a là chez Duguit une intuition⁹⁵⁰. Une intuition qui d'ailleurs se vérifiera par la suite, surtout après la Libération.

653. – La conviction profonde de Léon Duguit – Cette intuition est fondée sur une conviction profonde : l'État est le fruit d'une interdépendance sociale. Toute action menée par l'État doit d'abord être justifiée par ce fait. L'interdépendance sociale s'est accrue avec les transformations économiques générées par la révolution industrielle. Duguit écrit à ce propos, « *Enfin s'est produite dans la seconde moitié du XIX^e siècle une transformation économique formidable, avec laquelle ne peut plus s'harmoniser le système juridique rigide et métaphysique qu'avait construit la Révolution. Suivant la formule des économistes, dans tous les domaines de l'activité humaine, l'économie nationale se substitue à l'économie domestique. Cela veut dire que le petit groupe familial ne peut plus assurer la satisfaction des besoins humains, que de vastes organismes, qui s'étendent sur tous le territoire national et qui demandent le concours d'un grand nombre d'individus, peuvent seuls donner satisfaction à la masse des besoins élémentaires. En outre, par suite des découvertes scientifiques et des progrès industriels, les relations entre les hommes sont devenues si complexes et si nombreuses, l'interdépendance sociale est devenue tellement étroite que le fait seul que quelques-uns ne remplissent pas leur besogne propre réagit sur tous les autres. Enfin il est beaucoup de besoins d'une importance primordiale, comme, par exemple, les relations postales, les transports par chemins de fer, l'éclairage, dont la satisfaction est assurée par des organismes très vastes et très complexes, besoins tels que si le fonctionnement de ces organismes s'arrête un seul instant il en résulte une perturbation profonde qui met en péril la vie sociale elle-même. C'est pourquoi aujourd'hui on ne demande plus seulement aux gouvernants d'assurer les services de guerre, de police, de justice, mais encore d'organiser et de faire fonctionner toute une série de services industriels et d'empêcher qu'ils ne soient interrompus pendant un seul instant* »⁹⁵¹. Dans la pensée de Duguit, c'est bien l'interdépendance sociale qui fonde le service public. La définition du service public qu'il donne dans les diverses éditions de son traité de droit

⁹⁴⁹ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. de Boccard, 1911, Tome I, pp. 100-101.

⁹⁵⁰ MARGAIRAZ (Michel), « Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XX^e siècle : d'une configuration historique à l'autre », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3 n° 52-3, p. 162.

⁹⁵¹ DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, pp. XVI-XVII.

constitutionnel est fonction du but d'interdépendance sociale : « On aperçoit dès lors la notion de service public : c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale [...] »⁹⁵².

654. – L'influence durkheimienne et solidariste – Dans sa série de conférences sur *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, Léon Duguit explique davantage cette idée d'interdépendance sociale : « La solidarité sociale ou plutôt l'interdépendance sociale telle que je la comprends, telle que, je crois, on doit la comprendre scientifiquement, n'est pas un sentiment, encore moins une doctrine ; elle n'est pas même un principe d'action. Elle est un fait d'ordre réel susceptible de constatation directe : elle est le fait de la structure sociale elle-même. Si on l'observe et si on l'analyse, on constate que, quel que soit le degré de civilisation d'un peuple, la solidarité ou interdépendance sociale est constitué par deux éléments, qui se retrouvent à des degrés divers, avec des formes variables, entremêlés l'un à l'autre, mais présentant toujours des caractères essentiels identiques, dans tous les temps et chez tous les peuples. Ces deux éléments sont : les similitudes des besoins des hommes appartenant à un même groupe social ; et secondement, la diversité des besoins et des aptitudes des hommes appartenant à ce même groupe. Les hommes d'une même société sont unis les uns aux autres, d'abord parce qu'ils ont des besoins communs, dont ils ne peuvent assurer la satisfaction que par la vie commune : c'est la solidarité ou interdépendance par similitude. D'autre part, les hommes sont unis les uns aux autres parce qu'ils ont des besoins différents et en même temps des aptitudes différentes, qu'ainsi ils peuvent se rendre de mutuels services et assurer la satisfaction de leurs besoins divers. C'est la solidarité ou l'interdépendance sociale par la division du travail »⁹⁵³. La pensée de Duguit est ici proche de celle de son collègue des débuts à l'Université de Bordeaux, Emile Durkheim, le fondateur de la sociologie moderne qui avait fait sa thèse sur la division du travail social⁹⁵⁴. Plus largement, il est proche du courant solidariste, bien qu'entretenant des rapports complexes avec cette mouvance⁹⁵⁵. Non seulement l'interdépendance sociale justifie l'action de la collectivité publique pour prendre en charge certains services à la population, mais elle impose aux individus

⁹⁵² DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, Théorie générale de l'État, Paris, Ed. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 61.

⁹⁵³ DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, MMD, 1999, pp. 26-27.

⁹⁵⁴ DURKHEIM (Emile), *La division du travail social*, Paris, Félix Alcan, 2^e édition, 1903.

⁹⁵⁵ AUDIER (Serge), *La pensée solidariste. Aux sources du modèle social républicain*, Paris, PUF, Coll. « Le Lien social », 1^{ère} éd. 2010, spéc. p. 203.

certaines devoirs. C'est ainsi que la propriété privée a une fonction sociale⁹⁵⁶. Pour Duguit, ce n'est pas uniquement le service public qui a pour fondement l'interdépendance sociale, mais le droit dans son ensemble y trouve sa justification ; tout droit est social selon lui. Autrement dit, la doctrine de Duguit sur les fondements et sur les justifications du service public constitue une partie d'un système de pensée beaucoup plus vaste.

655. – La « confirmation » venue de Maurice Hauriou – Il est vrai que Duguit n'est pas le seul à évoquer la fonction sociale du service public. C'est le cas également du professeur Maurice Hauriou, qui utilise pour ce faire une terminologie différente de celle employée par Duguit. Ainsi, Hauriou ne parle jamais d'« interdépendance sociale ». Sans doute est-ce dans le souci de se démarquer de son auguste collègue bordelais avec lequel il entretenait une dispute doctrinale courtoise mais déterminée sur les fondements du droit administratif. Sans doute est-ce aussi du fait de sa vision plus individualiste de la société. Mais l'idée d'interdépendance est pourtant là. Dans son ouvrage intitulé *Principes du droit public*, Maurice Hauriou écrit : « Avec le temps, [les] services pratiques assumés par l'État sous le nom de services publics deviennent le substratum de la vie privée, à raison de leur régularité et de leur continuité qui ont quelque chose d'impressionnant. Le service des postes et celui des transports fonctionnent tous les jours et, même, nuit et jour aux mêmes heures, la police veille et les armées sont toujours prêtes à la mobilisation, les chemins et les routes sont toujours entretenus, les phares sont allumés tous les soirs sur les côtes, etc. Cette continuité et cette régularité ne font que rendre plus sensible un caractère que présente déjà, à elle seule, l'idée du service, à savoir qu'il s'agit de rendre au public un bon office, de lui procurer un avantage ou une commodité ; l'avantage et la commodité seront portés au maximum par la continuité et la régularité, mais ils sont déjà contenus dans la notion du service. L'importance de ces notions et leur nouveauté relative apparaîtront si l'on réfléchit que, pendant bien longtemps, les gouvernements se sont attachés à pressurer les populations pour leur faire payer la paix et la sécurité très relatives qu'ils leur procuraient, sans se soucier le moins du monde de leur fournir des services positifs. Le service public, et par conséquent le régime administratif, sont un fruit tardif de la

⁹⁵⁶ Cf. : DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, MMD, 1999, spéc. p. 158 : « Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit. La propriété n'est plus le droit subjectif du droit propriétaire ; elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse ».

civilisation. Mais, du moment que les services publics sont établis et fonctionnent régulièrement depuis un certain temps dans un pays, ils deviennent un élément de la vie civile, c'est-à-dire que les habitants prennent l'habitude de compter sur le service et, en revanche, se déshabituent de pourvoir par eux-mêmes à des besoins auxquels, primitivement, ils pourvoyaient. Quand une force armée est organisée, les citoyens cessent de veiller par eux-mêmes à leur propre sécurité et, même, ils perdent l'habitude du maniement des armes ; quand une région est sillonnée de chemins de fer et de tramways, bien des habitants vendent leurs chevaux et leurs voitures qui leur sont devenus inutiles ; la régularité du service de la poste a fait disparaître la préoccupation, autrefois très absorbante, de se procurer des commissionnaires pour une quantités de démarches et d'envois. Non seulement les individus sont déchargés de soins qui leur incombaient et, par conséquent, leur activité se trouve libérée d'autant pour de nouvelles entreprises, mais ces entreprises sont facilitées par la commodité que l'ensemble des services fournit pour les relations sociales et par la sécurité dont il les entoure. Ainsi, le service public continu et régulier devient la base de la vie privée, et, par conséquent, du régime civil ; la vie de famille et le faire-valoir des propriétés, aujourd'hui, sont organisés en raison de la facilité des transports et des moyens de communication »⁹⁵⁷. Ce que le service public prend en charge, n'est plus l'objet de préoccupation pour les citoyens, ils deviennent donc dépendants du service public, tant d'ailleurs pour leur vie privée que pour leur activité professionnelle.

656. – La continuité du service public fondée sur l'interdépendance social – La doctrine juridique a peu disserté sur cette seconde fonction sociale du service public consistant à accompagner l'interdépendance sociale croissante résultant des progrès de la civilisation. Il n'existe pas de théorie juridique sur cet aspect du service public, alors même que cette notion, si elle avait eu une consistance juridique, aurait sans doute intégré la boîte à outil jurisprudentielle permettant d'identifier l'existence du service public. Mais à partir du moment où on considère que le service public répond à un intérêt général, cela n'implique-t-il pas nécessairement que le service public soit vecteur d'interdépendance sociale. L'intérêt général n'est-il pas social quand l'intérêt privé demeure individuel ? Si la doctrine juridique ne s'est pas intéressée à l'idée d'interdépendance sociale comme justification du service public, c'est que cette idée était d'une évidence telle qu'il était inutile de s'appesantir à son sujet. Et on constatera avec intérêt, que la doctrine commence à s'y intéresser de nos jours, timidement certes, mais au moment où le droit de l'Union européenne devient le cadre juridique de

⁹⁵⁷ HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, pp. 573-574.

référence d'un certain nombre d'activités de service public. Ce n'est pas tout à fait un hasard dans une Europe imprégnée de doctrine libérale qui doit constamment justifier l'intervention publique dans le marché. Or, l'interdépendance sociale, vue plus largement à travers la notion de cohésion sociale, permet de justifier la notion service d'intérêt économique général dans le droit de l'Union européenne.

§2.- La fonction sociale du service d'intérêt économique général

657. – La fonction sociale du service d'intérêt économique général nous est donnée par les textes juridiques de l'Union européenne éclairés par la doctrine des institutions de l'Union européenne, principalement de la Commission européenne. Il en ressort que le service d'intérêt économique général, vise d'une part à répondre aux besoins des citoyens européens (A.-) et d'autre part à contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union européenne (B.-).

A.- Répondre aux besoins des citoyens européens

658. – ***Les SIG, une réponse aux besoins essentiels*** – Dans sa première « grande » communication sur les services d'intérêt général datant de 1996, la Commission européenne expliquait d'entrée de jeu que ces services « *répondent en effet à des besoins fondamentaux* »⁹⁵⁸. Dans sa communication sur le même sujet de septembre 2000, la Commission européenne précise davantage sa pensée : « *Les services d'intérêt économique général sont différents des services ordinaires dans la mesure où les pouvoirs publics considèrent que leur fourniture est une nécessité, même quand le marché n'est pas suffisamment favorable à la prestation de ces services. Cela ne veut pas dire que, dans bien des cas, le marché ne soit pas le meilleur mécanisme pour fournir ces services. Nombre de besoins fondamentaux, tels que l'alimentation, l'habillement ou le logement, sont satisfaits exclusivement ou majoritairement par le marché. Toutefois, si les pouvoirs publics estiment que certains services sont d'intérêt général et que les mécanismes du marché pourraient ne pas être à même d'assurer une fourniture satisfaisante de ces services, ils peuvent établir un certain nombre de*

⁹⁵⁸ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 4.

prestations de services spécifiques destinées à répondre à ces besoins sous forme d'obligations de services d'intérêt général »⁹⁵⁹. Dans la communication de novembre 2007, elle insiste sur le fait que « *Les services d'intérêt général englobent un vaste éventail d'activités, allant des grandes industries de réseau, telles que l'énergie, les télécommunications, les transports, la radiodiffusion audiovisuelle et les services postaux, jusqu'à l'éducation, l'approvisionnement en eau, la gestion des déchets, la santé et les services sociaux. Ces services sont indispensables pour la vie quotidienne des citoyens et des entreprises et reflètent le modèle européen de société* »⁹⁶⁰. Il ressort ainsi clairement de la doctrine de la Commission européenne que les services d'intérêt général, et plus particulièrement ceux d'entre eux qui sont d'intérêt économique général, répondent à des besoins essentiels des citoyens et des entreprises. Des besoins de la « vie quotidienne », qui s'ils ne sont pas satisfaits par le marché, doivent l'être par l'intervention publique. D'où ce caractère d'intérêt général assorti du mécanisme d'obligation de service public cher au droit européen.

659. – Répondre aux attentes des citoyens-consommateurs – La relation entre le service d'intérêt économique général et l'utilisateur répond à une logique différente, de celle qui gouverne traditionnellement la relation entre l'utilisateur et le service public. En effet, le service d'intérêt économique général, qui par principe est presté au sein d'un marché unique et dans le respect des règles de concurrence, vise à satisfaire les besoins des citoyens européens de multiples façons. Le droit de l'Union européenne considère avant tout le citoyen comme un consommateur c'est-à-dire comme un acteur du marché des services d'intérêt économique général. Bien que le mot *usager* soit encore présent dans les textes européens, il ne s'agit pas – sauf exception liée à la présence d'un monopole résiduel – de l'utilisateur d'un service d'intérêt général uniforme qui serait directement organisé voire pris en charge par la puissance publique. Ainsi, une nouvelle figure apparaît dans la longue histoire du service de l'intérêt général : celle du citoyen-consommateur. Ce citoyen-consommateur n'est plus soumis à la puissance publique et à la bonne volonté de celle-ci pour adapter le service public aux besoins généraux exprimés par le corps social, mais il est soumis au marché, parce que le service est lui-même soumis par principe au marché. Dans ce cadre, même si le service presté répond à un besoin essentiel, que l'on peut considérer comme général, il répond aussi à des besoins plus particuliers. La gamme des services offerts ne cesse de s'élargir, et les

⁹⁵⁹ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, p. 9.

⁹⁶⁰ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, pp. 3-4.

offres commerciales pullulent dans tous les grands services en réseaux. Une réponse basique à un besoin général peut s'enrichir de nombreuses options qui répondent à des besoins plus particuliers qu'à un besoin général et collectif. Cette approche libérale de la prestation de service d'intérêt économique général est limitée – naturellement – par le marché d'une part, seuls les services rentables seront prestés au citoyen-consommateur, et par l'intervention de la puissance publique d'autre part, puisque celle-ci peut encore imposer des obligations de service public afin de s'assurer que tel besoin d'intérêt général est bien pris en charge par un opérateur, quitte à en assumer les charges financières en cas d'absence de rentabilité du service.

En parallèle, le citoyen-consommateur bénéficie de droits plus importants. Selon la Commission européenne, « *les européens attendent d'abord des services de qualité à un prix abordable* », mais elle est consciente de la nécessité d'aller au-delà. S'élabore ainsi depuis de nombreuses années, notamment dans la législation sectorielle, puis avec une législation plus large, un droit de la consommation adapté aux services d'intérêt économique général. Le « nouvel usager » des services d'intérêt économique général a droit à l'information, à la transparence, à la sécurité et à la fiabilité des services, mais aussi de pouvoir défendre ses droits. Ce sont effectivement là des points qui concentrent les enjeux du droit de la consommation que les institutions de l'Union européenne cherchent à développer. Selon elles, ceci devrait accompagner vers la maturité, le fonctionnement du marché unique des services d'intérêt économique général en Europe.

660. – La prédominance des besoins généraux – Ainsi, la fonction sociale des services d'intérêt économique général est-elle double. Ces services visent aussi bien à répondre à des besoins généraux qu'à des besoins plus particuliers. La notion de service d'intérêt économique général englobe donc les services qui répondent à ces deux catégories de besoin. On ne peut pas, par exemple, réduire ceux des services qui répondraient aux besoins généraux aux seuls services universels. Nous savons en effet que la présence de ceux-ci est réduite à certains secteurs et ne concernent que quelques services répondant à des besoins importants. Cependant, il est évident que certains services, bien que répondant à des besoins devenus importants pour le corps social, ne sont pas inclus dans le service universel mais font bien partie des services d'intérêt économique général. Si nous prenons l'exemple du secteur des communications électroniques, tel est le cas de la téléphonie mobile et de l'accès au réseau Internet. Ce sont deux services en réseaux qui peuvent être utilisés aussi bien de façon futile qu'utile. Or c'est cette dernière utilisation que nous devons prendre en considération. Leur

utilisation est souvent d'une importance capitale pour bon nombre de citoyens européens, dans leur insertion sociale, familiale, amicale et professionnelle. Quoiqu'il en soit, de toute évidence, ces services de téléphonie mobile et d'accès au réseau Internet, répondent aujourd'hui à des nouveaux besoins généraux de la population de l'Union européenne, comme du monde entier. Les laisser à la merci des seules lois du marché, c'est tout simplement risquer de créer des zones de désert d'accès à ces services. Ce risque est avéré, il est déjà une réalité. Si la puissance publique n'était pas intervenue, et n'intervenait pas encore, la couverture mobile ou le raccordement aux réseaux à très haut débit délaisseraient bon nombre des campagnes européennes. La fonction sociale des services d'intérêt économique général, bien que double, est fondamentalement encore la fonction de répondre aux besoins généraux de la population. Et en ce sens, ces services contribuent à la cohésion sociale au sein de l'Union européenne.

B.- Contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union

661. – La cohésion de l'Union – Depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam en 1997, les services d'intérêt économique général sont reconnus par le droit de l'Union européenne comme occupant une place parmi les valeurs de l'Union et comme jouant un rôle dans la promotion de la cohésion sociale. Ceci résulte de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁹⁶¹. Cette disposition entre en résonance avec l'actuel article 3 du même traité qui dispose en son cinquième alinéa que l'Union européenne « *promeut la cohésion économique, sociale et territoriale [...]* »⁹⁶². Par ailleurs, selon l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne intitulé « Accès aux services d'intérêt économique général », « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union* »⁹⁶³. Le droit originaire de l'Union européenne assigne ainsi très clairement aux services d'intérêt économique général la fonction essentielle qui est de contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale.

662. – Un ciment de la société européenne – L'Union européenne a progressivement pris conscience depuis le milieu des années 1990 de l'importante

⁹⁶¹ Article 14 TFUE (ex-article 16 TCE).

⁹⁶² Article 3 TFUE (ex-article 2 TCE).

⁹⁶³ Article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

contribution des services d'intérêt économique général à la stabilité de la société européenne. Dans sa communication du 26 septembre 1996, la Commission européenne introduit son propos en remarquant que « *Pour bon nombre [d'européens], ces services d'intérêt général sont [...] perçus comme de véritables droits sociaux et participent de façon importante à la cohésion économique et sociale* »⁹⁶⁴. Plus loin, elle explique : « *Les sociétés européennes sont attachées aux services d'intérêt général qu'elles ont mis en place. Ces services répondent en effet à des besoins fondamentaux. La fonction de ciment de la société que ces services assument dépasse le seul niveau des préoccupations matérielles. Elle comporte une dimension symbolique : les services d'intérêt général offrent des repères à la collectivité et sont constitutifs du lien d'appartenance des citoyens à celle-ci. Ils constituent ainsi un élément de l'identité culturelle pour tous les pays européens, jusque dans les gestes de la vie quotidienne* »⁹⁶⁵. De ce texte, l'un des plus forts en réalité de la Commission en la matière, on retient cette idée essentielle selon laquelle, la réponse aux besoins fondamentaux – que sont les services d'intérêt général – cimente la société, non seulement par la satisfaction matérielle des besoins exprimés mais aussi par le développement d'un sentiment d'appartenance à la collectivité qui organisent ces services. La Commission semble ici reconnaître une forme de consubstantialité du service d'intérêt général à l'idée même de sociétés humaines économiquement et juridiquement organisées comme le sont les sociétés européennes. Sans de tels services, la société ne résisterait pas bien longtemps aux forces centrifuges qui la traversent. Cette approche qui consiste à considérer le service d'intérêt général comme un ciment de la société, est similaire à celle développée par Léon Duguit selon qui l'interdépendance sociale est favorisée par le service public.

663. – Une fonction comparable à celle du service public – La fonction sociale du service d'intérêt économique général est donc très proche de celle du service public. L'un et l'autre répondent à des besoins jugés essentiels et devant trouver une réponse certaine. Car l'un et l'autre contribuent à l'interdépendance sociale et plus globalement à la cohésion sociale. Notre intuition, qui reste à démontrer et à vérifier, c'est que cette notion de cohésion sociale est aujourd'hui le seul fondement de l'obligation de continuité du service d'intérêt économique général tout comme du service public.

⁹⁶⁴ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, p. 3.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

Section 2.- La cohésion sociale, seul fondement de la continuité du service en réseaux

664. – Dans les services en réseaux, le service d'intérêt économique général ayant la même fonction sociale que le service public, il semblerait particulièrement logique qu'il soit alors soumis comme le service public au principe de continuité de son fonctionnement. Nous savons que le principe de continuité est consubstantiel au service public. Le service public est la réponse spécifique, idoine car incluant la continuité de fonctionnement, à certains besoins d'intérêt général jugés essentiels. Historiquement, cette construction juridique est liée à la prise en charge de ces besoins d'intérêt général par la puissance publique, à savoir l'État et les autres collectivités publiques. Or, le service d'intérêt économique général a ceci de différent, qu'il prend en charge des besoins similaires, mais en laissant le secteur concurrentiel, principalement privé, opérer. Est-ce donc cette différence qui justifierait l'absence de principe de continuité applicable ? Car, pour l'instant, le service d'intérêt économique général n'est pas assujéti à un tel principe de continuité, celui-ci n'existe pas encore. Pour le faire advenir, il est nécessaire de mettre en évidence sa justification profonde qui le légitimerait car permettant au droit de s'en saisir et d'en faire une notion juridique à part entière. Pour ce faire notre intuition est d'interroger les fondements extra-juridiques du principe de continuité du service public, car ils pourraient également fonder un principe juridique de continuité du service d'intérêt économique général.

665. – La doctrine a peu exploré ces fondements juridiques et extra-juridiques de l'obligation de continuité du service public. L'idée qui revient le plus souvent est celle qui consiste à présenter la continuité du service public comme la résultante de la continuité de l'État. Ainsi, beaucoup d'auteurs avaient considéré en 1979 que le Conseil constitutionnel avait fondé sa décision de reconnaître l'existence d'un principe constitutionnel de continuité du service public sur la base de l'article 5 de la Constitution. Mais, aujourd'hui que les archives du Conseil ont été ouvertes, nous savons qu'à aucun moment dans la discussion qui a eu lieu entre les membres du conseil, cet article n'a été invoqué, ni même l'idée de continuité de l'État. Et nous savons que le professeur Favoreu a sans doute donné la seule explication qui vaille dans ce débat, à savoir que le Conseil avait tout simplement constitutionnalisé un principe général du droit préexistant. Mais l'idée de la continuité de l'État comme fondement de la continuité du service public est vivace, et faute de travaux suffisants sur ce point, aucun auteur ne semble pour l'instant vouloir s'en départir clairement.

666. – Or, sans lever l’ambiguïté qui existe quant au fondement du principe de continuité du service public, nous risquerions de ne pas pouvoir justifier avec pertinence le principe de continuité du service d’intérêt économique général. En effet, si la continuité de l’État se révélait être le seul vrai fondement du principe de continuité du service public, il serait délicat de considérer que la continuité d’un service concurrentiel – à savoir le service d’intérêt économique général – participerait de la continuité de l’État. Quand bien même il existerait une vision ultra libérale capable de privatiser à peu près toute action publique, il nous semble que cette vision ne correspond pas à la réalité de l’existant. Car malgré l’esprit libéral qui anime les politiques sectorielles de l’Union européenne, les États membres n’auraient pas accepté la libéralisation de secteurs qui de près participeraient à la continuité des fonctions étatiques ; et particulièrement la France n’aurait pas accepté que les grands services publics en réseaux soient privatisés et libéralisés s’ils avaient constitué une garantie de la continuité de l’État.

667. – Notre intuition a donc été de considérer que vraisemblablement, la continuité de l’État n’est pas le fondement de la continuité du service public. Notre recherche a permis de le démontrer. Reste ensuite à trouver le véritable fondement du principe de continuité tant du service public que du service d’intérêt économique général. Or, puisque le principe de continuité du service public peut être considéré comme consubstantiel au service public, il est possible de considérer que la justification du service public peut aussi justifier le principe de continuité qui s’y attache. La justification du service public se trouve dans l’analyse de sa fonction sociale. La fonction sociale du service public va donc permettre de dégager le fondement de son principe de continuité. Il en va de même pour le principe de continuité du service d’intérêt économique général dont nous recherchons la justification pour en fonder l’existence. La fonction sociale du service d’intérêt économique général sera la source de la justification du principe de continuité de son fonctionnement. La notion de cohésion sociale nous est alors apparue comme étant la cause commune tant du service public que du service d’intérêt économique général. La sociologie nous ayant aidé à cerner cette notion, il est possible de démontrer qu’elle justifie la continuité du service de l’intérêt général.

668. – Nous démontrerons donc que la continuité de l’État est un fondement inopérant du service d’intérêt général en réseaux (A.-), alors que la cohésion sociale en est un fondement pertinent (B.-).

§1.- La continuité de l'État, un fondement inopérant

669. – L'idée selon laquelle il existerait un lien entre la continuité du service public et la continuité de l'État est dominante dans la doctrine juridique française. Léon Duguit écrivait en 1927 : « *Comme M. Hauriou, nous estimons que l'interruption même pendant un temps très court d'un service public est contradictoire avec l'existence même de l'État, le service public constituant un élément essentiel de l'État.* »⁹⁶⁶ En 1950, Marcel Waline expliquait que les grèves des agents publics « *constituent de véritables attentats contre la vie de l'État* »⁹⁶⁷. Plus récemment, Jean-Philippe Colson exprimait le même lien entre continuité du service public et garantie de l'État⁹⁶⁸. Marcel Sinkondo considère que la continuité du service public est le « *corollaire de la permanence de l'État* » et est « *au cœur de la théorie de l'État* »⁹⁶⁹. Dans sa thèse publiée, Nicole Maggi-Germain expose que « *...la philosophie même du service public est, en assurant sa continuité, d'assurer celle de l'État.* »⁹⁷⁰ et de rappeler qu'en France « *l'idée a longtemps été défendue que la continuité de l'État passait par celle du service public.* »⁹⁷¹. Dès lors, la continuité de l'État dépendrait étroitement du fonctionnement régulier des services publics. Autrement dit, c'est le fonctionnement effectif des services publics qui constituerait une garantie de la continuité de l'État.

670. – Ce lien entre l'État et le service public repose sur la notion d'intérêt général. Dans son rapport public de 1999, le Conseil d'État affirme que l'intérêt général est la « *finalité supérieure de l'activité de l'État.* »⁹⁷² Or, l'intérêt général est tout autant au cœur du service public, puisque celui-ci répond par principe à un intérêt général. Le Conseil d'État estime qu'en ce qui concerne le service public, « *la condition de la satisfaction d'un intérêt général est primordiale : sans mission d'intérêt général, pas de service public.* »⁹⁷³

⁹⁶⁶ DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t.1, p. 413 [cité par MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'État en droit public interne », *R.D.P.* 1999, p. 1080]

⁹⁶⁷ WALINE (Marcel), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *R.D.P.* 1950, p. 701.

⁹⁶⁸ COLSON (Jean-Philippe), « La grève dans les services publics, Présentation », *R.F.D.A.* 1988, pp. 805-810.

⁹⁶⁹ SINKONDO (Marcel), *Droit international public*, Paris, Elipses, Coll. *Universités Droit*, 1999, p. 268.

⁹⁷⁰ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. « Bibliothèque de droit social », Tome 30, p. 63.

⁹⁷¹ *Idem.*

⁹⁷² Conseil d'État, (Rapport public), « L'intérêt général », Paris, La Documentation française, *EDCE*, 1999, n°50, p. 246.

⁹⁷³ *Ibid*, p. 272.

671. – Que l'intérêt général soit le point commun entre l'État et le service public, ceci permet-il d'en tirer argument que la continuité de tous les services publics trouve son fondement dans la continuité de l'État ? Auquel cas, on aperçoit la difficulté qu'il y aurait à affirmer un principe de continuité du service d'intérêt général, puisque celui-ci n'étant pas service public, ne pourrait servir de garantie à la continuité de l'État. Notre intuition est que la continuité de l'État n'est pas directement concernée par la continuité des services en réseaux. Cette intuition repose sur l'idée que seuls certains services ont un impact direct sur la continuité de l'État. Il faut alors le démontrer de façon pragmatique en quoi tel service public constitue ou non une garantie de la continuité de l'État. Mais cela suppose de s'interroger plus avant, sur le concept même de continuité de l'État, et sur la confusion qui peut être faite avec celle de la continuité du service public.

672. – Si la continuité est une notion cardinale de la théorie de l'État (A.-), son étude permet de comprendre que la continuité de l'État n'est qu'un fondement très partiel de la continuité des grands services publics en réseaux (B.-).

A.- La continuité au cœur de la théorie de l'État

673. – La continuité de l'État n'a que très peu été abordée par la doctrine. C'est pourtant une notion qui est largement utilisée, sans pour autant avoir fait l'objet d'une définition précise. Dès lors, n'utilise-t-on pas abusivement le concept de continuité de l'État pour justifier la continuité du service public ? Et d'assister à des amalgames avec des notions voisines telles que la continuité du pouvoir, des pouvoirs publics, de l'action gouvernementale, créant une véritable confusion autour de la continuité de l'État. Pour lever cette confusion, il est nécessaire de revenir brièvement sur la construction de la notion d'État et d'identifier les fondements de sa propre continuité (1.-), avant d'expliquer et de définir ce concept (2.-).

1.- L'émergence du concept de continuité de l'État

674. – **La continuité du pouvoir** – Historiquement, la quête de la durée du pouvoir est à l'origine de la continuité de l'État. La continuité recherchée a d'abord été celle du pouvoir, que leurs détenteurs cherchaient à faire, pour mieux le transmettre et en assurer une certaine continuité. Or, cette recherche de la continuité du pouvoir a buté sur une

conception très personnelle et patrimoniale du pouvoir⁹⁷⁴ : un pouvoir personnel ne peut pas se transmettre car il disparaît en même temps que son titulaire. En revanche, la conception légale du pouvoir permet plus facilement de penser sa continuité, car dans ce cas le pouvoir n'est plus attaché à la personne de celui qui l'exerce. Il importe alors de trouver des mécanismes qui permettent d'assurer la continuité, sans interrègne. Il s'agit de mettre en place un système successoral qui doit garantir que la succession au pouvoir soit incontestable. Georges Burdeau estime que l'idée de l'État répond à cet enjeu de légitimation du pouvoir⁹⁷⁵. L'amélioration progressive des règles de succession au trône⁹⁷⁶ ont assis la continuité de l'État au travers de la continuité de la fonction royale, permettant ensuite de concevoir la réalité d'une entité supérieure au pouvoir et au Roi : l'État. En définitive, la loi fondamentale du royaume sur la succession au trône assurait

⁹⁷⁴ Ainsi en Grèce antique, bien loin de l'époque de la république d'Athènes, l'apparition et l'extension de l'empire se sont accompagnées de la monarchie, laquelle est progressivement devenue très personnelle, le monarque apparaissant comme le possesseur de ce que l'on appellerait aujourd'hui l'État, c'est à dire en fait du territoire et du pouvoir (Cf. : ELLUL (Jacques), *Histoire des institutions*, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 1961, tome 1 et 2 « L'antiquité », p. 171). Il en est allé de même aux débuts de la royauté romaine, où le pouvoir était conçu comme strictement personnel (Cf. : GAUDEMET (Jean), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, coll. Domat Droit Public, 5^{ème} éd., 1998, p. 130).

⁹⁷⁵ « *Le même souci qui incite les chefs à faire reconnaître leur légitimité les conduit à assurer la continuité du Pouvoir. Et là, encore, cette préoccupation toute pragmatique débouche sur l'idée de l'État.* » Cf. : BURDEAU (Georges), *L'État*, Paris, Seuil, 1970, p. 48.

⁹⁷⁶ Au moyen-âge, « *Le royaume se confère par droit successif* » (Cf. : MOUSNIER (Roland), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1990, tome 1, p. 500). C'est la succession régulière des rois qui assure la continuité du pouvoir et de l'État naissant. La régularité de cette succession était assurée à l'origine par l'habitude de sacrer d'avance le roi désigné, qui en vertu de la loi salique est le premier descendant mâle en ligne directe. Mais à partir du XIII^e siècle, le fils aîné n'est plus sacré à l'avance. Il existe donc des périodes d'interrègne entre la mort du roi et le sacre de son successeur (Cf. : OLIVIER-MARTIN (François), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, op. cit. p. 325-326). C'est pour éviter une telle situation que Charles VI, par un édit d'avril 1403 qui sera confirmé en 1417, réforme les principes de la succession au trône de France. Il décide en effet que le successeur légitime du roi défunt sera considéré comme roi dès la mort de son prédécesseur. Ainsi, très clairement, c'est la vocation héréditaire qui fait le roi et non plus le sacre (Cf. : OLIVIER-MARTIN (François), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, op. cit. p. 326). Ce nouveau principe a l'avantage d'éviter tout retard et toute interruption dans la transmission du pouvoir royal. D'ailleurs, dès le XV^e siècle, divers adages expriment cette continuité du pouvoir : « Les rois ne meurent pas en France », ou encore « Le royaume n'est jamais sans roi », et enfin, sans doute le plus connu de tous « Le roi est mort, vive le roi ! » Pour François Olivier-Martin, cette dernière expression « *affirmait clairement l'absolue continuité qui devait s'établir dans le gouvernement de l'État, bien distinct de la personne des princes* » (Cf. : OLIVIER-MARTIN (François), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, op. cit. p. 327). Cette continuité du pouvoir, et progressivement de l'État, est symbolisée par les rites pratiqués lors des funérailles des rois de France. On couche près du cercueil les insignes de la royauté, avant de les relever aussitôt. A travers la continuité de la fonction royale, c'est la continuité de l'État qui est assurée. C'est ce qu'exprime Roland Mousnier lorsqu'il écrit qu'avec ces rites funéraires « *se trouve symbolisé la continuité de la fonction royale exprimant la continuité de l'État* » (Cf. : MOUSNIER (Roland), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, op. cit. p. 505).

la continuité du pouvoir et de la fonction royale, et partant celle de l'État. Tandis que les rois trépassaient, l'État subsistait.

Deux remarques s'imposent ici. Première remarque : ce qui donne à l'État cette capacité de dépasser la condition des gouvernants c'est sa personnalité juridique. Fondamentalement, c'est grâce à la personnalité juridique que l'État se distingue clairement et de manière absolue de la personne de chaque gouvernant. De cette façon il existe bien par construction juridique, une personne juridique, l'État, considérée comme une personne souveraine. L'État est en quelque sorte le lieu de la souveraineté et peut devenir alors un État de droit. La deuxième remarque est que l'apparition de l'État est bien liée à la recherche de la continuité du pouvoir. De la sorte, la continuité est aussi un trait essentiel de l'État, dont il faut déterminer la nature exacte.

675. – La personnalité juridique de l'État – La doctrine dominante identifie trois éléments constitutifs de l'État, dont la réunion est requise pour que celui-ci puisse exister. Ces trois éléments sont une population, un territoire et un gouvernement autonome⁹⁷⁷. Ce sont-là des conditions cumulatives d'existence de l'État. Si l'une d'elle vient à manquer, l'État ne peut pas en principe exister. Toutefois, qu'elle soit nécessaire, la réunion de ces conditions n'est pas suffisante pour constituer un État. Dans la société internationale d'aujourd'hui, c'est la reconnaissance, par les autres États qui permet à l'État d'exister. Un État qui n'est pas reconnu au plan international, n'a pas d'effectivité complète sur le plan interne. Une population vivant sur un territoire et ayant son propre système de gouvernement, ne constituera pas un État tant que celui-ci ne sera pas reconnu comme tel, au moins par quelques autres États, l'unanimité n'étant nullement requise. La reconnaissance est l'acte qui conditionne l'effectivité de l'État et donc l'effectivité de sa personnalité juridique. En ce sens, l'État est la « nation » ou la « population » personnifiée. Car, incontestablement, la nation – ou la population unifiée, lorsque les réalités ethniques sont complexes –, est l'élément constitutif de la théorie de l'État le plus important. L'État est fait pour la nation qui le désire. Sans désir d'État, pas d'État. Dès lors l'État n'existe que dans la mesure où il est pensé par le peuple qui désire son avènement : sans nation ou sans populations unifiées il ne peut pas y avoir d'État.

⁹⁷⁷ Cf. : DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1999, 1455 pp. – DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, 811 pp. – SINKONDO (Marcel), *Droit international public*, Paris, Elipses, Coll. *Universités Droit*, 1999, 508 pp.

Tous ces éléments constitutifs « sont nécessaires non seulement pour faire acquérir à l'État sa personnalité juridique, mais aussi pour la conserver. »⁹⁷⁸

676. – La continuité d'une institution – Or, la personnalité juridique est considérée comme le fondement principal de la continuité de l'État. C'est le cas notamment de Georges Burdeau⁹⁷⁹ et de Pierre Pactet⁹⁸⁰. C'est surtout dans la pensée du professeur Raymond Carré de Malberg⁹⁸¹ que l'on trouve l'idée contraire, à savoir que c'est la continuité qui fonde la personnalité juridique. D'ailleurs, Georges Burdeau, constatait que « à vrai dire, on ne voit pas très bien si, dans la doctrine traditionnelle, l'idée de personnalité sert à expliquer la continuité de l'État, ou si ce n'est pas, au contraire, la continuité qui est utilisée pour justifier la personnalité : les deux notions sont si intimement associées qu'elles forment un tout homogène. »⁹⁸² Mais le constat fait de cette corrélation, où continuité et personnalité se fondent réciproquement, ne permet plus d'affirmer que la personnalité juridique est le fondement de la continuité de l'État. La personnalité ne peut fonder la continuité, puisque celle-ci la fonde à son tour. Il faut donc chercher ailleurs un fondement à la continuité de l'État. Là encore, la pensée « iconoclaste » du professeur Burdeau est d'un utile secours. « En réalité, écrit-il, le seul fondement acceptable de la continuité de l'État c'est plus encore que sa personnalité, le fait qu'il est une institution. »⁹⁸³ L'État est continu parce qu'il est une institution. Voilà une affirmation qu'il convient d'expliquer.

L'État est effectivement une institution au sens où il est une « *collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle*

⁹⁷⁸ CANSACCHI (Giorgio), « Identité et continuité des sujets internationaux », *R.C.A.D.I.* 1970 II, vol 130, p. 20.

⁹⁷⁹ « Quant au fondement de cette permanence de l'État, écrit Georges Burdeau, il est diversement interprété selon les auteurs^[979]. Toutefois, l'explication qui en est le plus généralement proposée est empruntée à la théorie de la personnalité. Une telle persistance quant à l'effet des manifestations de la volonté et de l'activité de l'État implique qu'il y a dans la collectivité étatique un élément durable et permanent et que, par conséquent, cette collectivité forme une entité distincte de ses membres éphémères, encore qu'elle soit constituée par eux. » Cf. : BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome IV, Le statut du pouvoir de l'État, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1969, pp. 635-636.

⁹⁸⁰ Pierre Pactet considère ainsi que « l'État, symbole de la communauté nationale (qui survit à ses membres) et titulaire du pouvoir politique (dont les gouvernants ne sont que les dépositaires provisoires et les agents d'exercice) est-il nécessairement érigé en personne morale (ou juridique) de droit public, seule solution susceptible d'assurer sa continuité et d'en faire un centre de décisions ». Cf. : PACTET (Pierre), *Institutions politiques – Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 19^{ème} éd., 2000, p. 43.

⁹⁸¹ Pour Carré de Malberg, « la personnalité de l'État résulte...[de] sa continuité ». Cf. : CARRÉ de MALBERG (Raymond), *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome 1^{er}, Paris, CNRS, 1962, [fac simulé de l'édition Sirey de 1920], p. 48.

⁹⁸² BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome IV, Le statut du pouvoir de l'État, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1969, p. 636.

⁹⁸³ BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome IV, Le statut du pouvoir de l'État, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1969, p. 637.

les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune. »⁹⁸⁴ Ainsi l'État est une institution utile à la collectivité nationale, à la population réunie. En réalité, l'existence même de l'État suppose sa personnalité juridique. Autrement dit, la personnalité juridique est une caractéristique inhérente à l'État. Pour reprendre la formule que Burdeau appliquait à la continuité, la personnalité juridique résulte du fait que l'État est une institution. Or, la personnalité de l'État suppose la continuité de celui-ci, car il ne pourrait y avoir de personnalité juridique « à éclipse »⁹⁸⁵.

677. – En définitive, continuité et personnalité sont les « prémisses de base »⁹⁸⁶ de l'État ; elles font et conservent l'État. Il est donc vain de vouloir chercher un fondement juridique à la continuité de l'État. La continuité est en quelque sorte un principe « immanent » de l'État : l'État est continu parce qu'il est État⁹⁸⁷.

2.- Tentative de définition de la continuité de l'État

678. – ***La continuité des éléments constitutifs de l'État*** – Dans la mesure où la continuité est un principe immanent à l'État, elle présuppose l'existence de l'État pour être vérifiée. Si bien que l'atteinte portée à la continuité de l'État est fonction de l'atteinte portée aux critères constitutifs de l'État.

En premier lieu, la population est la condition majeure d'existence de l'État puisque c'est en elle que l'État est pensé existant. S'il n'y a plus de population, il ne peut y avoir d'État. La continuité de l'État suppose donc la conservation de la population. Une atteinte partielle, quelle qu'en soit la cause (guerre, cataclysme écologique, déportation massive...), ne fait donc pas disparaître l'État. Cette atteinte peut certes affaiblir l'État, mais un État faible peut continuer d'exister. Sa continuité n'est donc pas ici remise en cause.

En deuxième lieu, la continuité de l'État suppose la conservation du territoire de l'État. Sans assise territoriale, il n'y a pas d'État. L'État demeure en vie même si son territoire est profondément modifié, que ce soit par la perte de territoires ou que ce soit par la conquête de nouveaux territoires. En revanche, si un État est totalement privé de

⁹⁸⁴ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 431.

⁹⁸⁵ Pour reprendre la formule du Commissaire du gouvernement François Gazier dans ses conclusions sur l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950 : Cf. : GAZIER (François), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *R.D.P.* 1950, pp. 702-708.

⁹⁸⁶ Expression empruntée à Jean-Paul Markus in « La continuité de l'État en droit public interne », *R.D.P.* 1999, p. 1084.

⁹⁸⁷ MARKUS (Jean-Paul), « La continuité de l'État en droit public interne », *R.D.P.* 1999, p. 1084.

son territoire, par défaite militaire et annexion totale du territoire, alors en principe il disparaît⁹⁸⁸. Il faut toutefois remarquer que la continuité de l'État par la conservation de son territoire ne se confond pas forcément avec la notion de continuité territoriale. Mais, quand bien même cette continuité territoriale ne serait pas respectée, cela n'emporte pas automatiquement la disparition de l'État. Tout dépend ici de l'ampleur de la dislocation territoriale. Finalement, cette dislocation n'entraînerait démembrement de l'État que si les populations vivant sur ce territoire en décidaient ainsi : c'est bien encore la population qui est déterminante pour la survie de l'État.

En dernier lieu, la continuité de l'État suppose la conservation des institutions de gouvernement. Pour autant, la continuité de l'État suppose-t-elle la conservation des institutions d'un régime politique donné ou bien suppose-t-elle la conservation d'un système de gouvernement, quel qu'il soit ? Sur ce point, les internationalistes apportent un éclairage intéressant qui se démarque des juristes de droit interne. En droit international, on considère que des changements profonds, même radicaux, du régime politique et institutionnel d'un État n'affectent pas son identité et sa personnalité. Hans Kelsen explique l'absence d'impact des changements institutionnels internes sur la continuité de l'État par la primauté du droit international sur le droit interne en ce domaine. Il considère que « *L'identité juridique de l'État à travers les révolutions est maintenue, et ne s'est maintenue que par la priorité de droit international qui définissant l'État, l'a fait dépendre de l'identité de son territoire et de son peuple.* »⁹⁸⁹ Ainsi, on ne doit pas confondre l'État et son gouvernement. Badawi écrit justement que « *L'État, personne de droit international ne se confond nullement avec son gouvernement. Celui-ci est un organe de rapport soit avec les nationaux soit avec les autres États. Il est unanimement admis que la personnalité de l'État est indépendante de son gouvernement. Aussi le gouvernement change sans toucher la personnalité de l'État* »⁹⁹⁰. Dans le même ordre d'idées, les professeurs Alain Pellet et Patrick Dailliet écrivent dans leur ouvrage de référence que « *le droit international affirme la survie de la personnalité juridique de chaque État, à travers ses régimes constitutionnels*

⁹⁸⁸ Certaines fictions juridiques sont néanmoins admises par le droit international. Un État privé de son territoire pendant une certaine période, et donc inexistant durant cette même période, sera néanmoins considéré comme n'ayant jamais disparu une fois son territoire retrouvé. Cet État « reconstitué » à l'identique, sera considéré comme continuant l'État précédent. Au fond cela prouve bien que l'élément déterminant de la vie de l'État est la population. La population demeure toujours sur le territoire « perdu ». C'est d'elle que peut naître éventuellement l'État.

⁹⁸⁹ KELSEN (Hans), *RDCH* 1926, IV, 4, p. 231.

⁹⁹⁰ BADAWI (M.-T.), *La continuité et l'extinction de la personnalité de l'État – Conséquences juridiques au point de vue international*, Thèse, Université de Lyon, 1^{er} juin 1940, p. 25.

successifs. »⁹⁹¹ Pour le grand internationaliste Anzilotti, peu importe les révolutions et donc les ruptures dans l'exercice du pouvoir, ce qui compte, c'est la continuité de l'élément de fait que constitue la population établie sur le territoire de l'État⁹⁹². En définitive, si l'État est l'institutionnalisation du pouvoir, cela n'induit pas que le pouvoir puisse être confondu avec des institutions données de gouvernement.

679. – Ce que n'est pas la continuité de l'État – En conclusion la continuité de l'État ne repose pas sur la permanence des institutions d'un régime politique donné, mais sur la continuité d'un système de gouvernement quel qu'il soit. L'État ne meurt donc pas suite à une révolution politique et institutionnelle. Admettre le contraire, ce serait confondre l'État et son mode de gouvernement. Comme l'écrit Pierre-Marie Dupuy, en définitive l'État disparaît soit par *debellatio*, soit encore par fusion-absorption entre États, soit enfin par une anarchie prolongée⁹⁹³.

Plusieurs formules, proches de l'idée de continuité de l'État sont souvent employées, parfois même, en lieu et place de la continuité de l'État. Il s'agit notamment des expressions suivantes : « continuité du pouvoir », « continuité des pouvoirs publics », « continuité de l'action gouvernementale » et « continuité de la vie nationale ». Aucune de ces formules n'est pourtant exacte.

En premier lieu, la continuité du pouvoir, a déjà été abordée précédemment. On a pu voir que l'État était l'institutionnalisation du pouvoir, et que c'est pour assurer la continuité du pouvoir que l'on a pensé l'État en tant qu'institution juridique continue. Si le pouvoir peut exister sans l'État, en revanche, l'État ne peut exister sans le Pouvoir.

En deuxième lieu, la continuité des pouvoirs publics correspond à la continuité des institutions du pouvoir. Les pouvoirs publics sont dans un ordre constitutionnel donné, l'ensemble des institutions qui participent à l'exercice effectif du pouvoir. La continuité de ces fonctions est requise pour la sauvegarde du régime constitutionnel dans lequel elles s'insèrent⁹⁹⁴. On peut toutefois s'interroger sur le rapport précis entre

⁹⁹¹ DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1999, p. 534.

⁹⁹² Anzilotti écrit que « *Le principe repose manifestement sur la continuité de fait de l'élément matériel de l'État : la population établie sur le territoire dont il s'agit. Sur cette base de fait, le droit international affirme la continuité de la personnalité internationale de l'État, nonobstant les interruptions éventuelles qu'un mouvement révolutionnaire peut déterminer dans l'ordre juridique interne.* » Cf. : ANZILOTTI (Dionizio), *Cours de Droit international* (trad. franç. par G. GIDEL), 1929, p. 178.

⁹⁹³ DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 59.

⁹⁹⁴ C'est la logique même de l'article 5, alinéa 1^{er}, de la Constitution française du 4 octobre 1958, selon lequel « *Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État* ».

la continuité des pouvoirs publics et la continuité de l'État. Les pouvoirs publics sont les institutions qui juridiquement gouvernent, l'État. De fait, un dysfonctionnement des pouvoirs publics n'entraîne pas immédiatement et irrémédiablement la mort de l'État. L'État ne meurt que si la chute du régime politique en place est suivie d'une période anarchique prolongée, l'anarchie se définissant alors comme l' « *état de fait d'une population dans laquelle aucune autorité ne s'exerce* »⁹⁹⁵. On ne peut donc pas dire que la continuité de l'État dépend de la continuité des pouvoirs publics car ils ne sont que relatifs à un régime constitutionnel donné. La chute de ce régime et donc des pouvoirs publics n'entraîne pas de facto la mort de l'État. Ce n'est qu'en cas d'anarchie prolongée que l'État peut disparaître. Ce n'est donc qu'en vue d'éviter la réalisation d'une situation anarchique que la continuité des pouvoirs publics se pose en garantie de la continuité de l'État.

En troisième lieu, la continuité de l'action gouvernementale n'est pas non plus assimilable à la continuité de l'État. La continuité de l'action du gouvernement, c'est la continuité de la direction suprême des affaires publiques, de l'orientation et de la mise en œuvre de la politique de la nation. La discontinuité ou l'interruption de l'action gouvernementale ne met pas en péril directement l'État. Elle met d'abord en péril la stabilité du régime constitutionnel. Le gouvernement ne correspond pas à l'ensemble des pouvoirs publics, mais ne correspond qu'à une partie d'entre eux.⁹⁹⁶

En quatrième et dernier lieu, la jurisprudence évoque parfois l'idée de la continuité de la vie de la nation – ou de la vie nationale – en lieu et place de la continuité de l'État. Toutefois, cette notion ne correspond pas à la continuité de l'État. La continuité de la vie de la nation évoque en réalité la continuité d'une vie « normale » de la population, de l'activité économique, des pouvoirs publics et de l'action gouvernementale.

⁹⁹⁵ Au sens étymologique, anarchie veut dire absence de gouvernement. Cf. : CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, 2^{ème} éd., p. 51.

⁹⁹⁶ Ainsi, dans notre système constitutionnel, en cas de blocage du gouvernement lié à une situation politique ou militaire grave mettant en danger la nation, l'article 16 de la Constitution permet au Président de la République de suppléer aux déficiences de l'action gouvernementale.

B.- La continuité de l'État, un fondement très partiel de la continuité des grands services publics en réseaux

680. – La continuité des services d'autorité – Dans la mesure où la continuité de l'État est définie comme étant la continuité de la personne juridique souveraine, à travers la continuité de ces éléments constitutifs, seuls les services publics indispensables à l'effectivité de l'État, c'est-à-dire ceux qui garantissent l'intégrité du territoire, l'existence d'une organisation politique quelle qu'elle soit et la défense de la population pourraient en effet être considérés comme ayant un lien direct avec la continuité de l'État. Ce sont ceux-là, seuls, qui trouvent la justification de leur propre continuité dans la continuité de l'État. Sont donc ici concernés les services publics dont la mission est de mettre en œuvre la force publique ; il s'agit principalement de l'armée et de la police et de la justice, distinguant l'État de tous les autres groupes sociaux, et dont la continuité garantit du même coup celle de l'État. Ils sont d'ailleurs, avec la collecte des impôts dont la mission est de recueillir les moyens nécessaires au fonctionnement des services publics d'autorité, comme les quatre points cardinaux de l'État.

681. – La continuité et l'autorité de l'État – Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption des lois spécifiques interdisant le droit de grève dans ces services publics régaliens, il n'est fait mention qu'à un seul moment du lien entre continuité des services publics de sécurité et continuité de l'État. L'exposé des motifs du projet de loi relatif au statut des personnels de police évoque simplement l'idée selon laquelle la « sûreté de l'État » repose sur la police⁹⁹⁷. Certes, ces notions ne sont pas très éloignées de l'idée de continuité de l'État, mais elles n'en sont pas synonymes. En effet, d'une part, la sûreté de l'État est le fait que l'État n'est menacé par aucun danger susceptible de l'anéantir ; la police garantit l'État des menaces venant de l'intérieur. D'autre part, l'autorité est ce qui permet à l'État d'imposer un ordre public et de le faire respecter par l'ensemble de ceux qui vivent dans son ressort. Autrement dit il n'y aurait pas d'État sans autorité, celle-ci est indispensable à sa survie. Est aussi évoquée par les parlementaires l'idée que les institutions républicaines seraient menacées par la grève des policiers⁹⁹⁸, et l'idée selon

⁹⁹⁷ Projet de loi relatif au statut des personnels de police, présenté au nom de M. André Marie, président du conseil des ministres, par M. Jules Moch, ministre de l'intérieur, par M. Paul Raynaud, ministre des finances et des affaires économiques, et par M. Jean Blondi, secrétaire d'État à la présidence du conseil, Annexe n°5353, 2^{ème} Séance du 23 août 1948, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1948, p. 2043.

⁹⁹⁸ Le professeur Léo Hamon, alors conseiller de la République est de ceux qui, avec le gouvernement de l'époque, souhaitent retirer le droit de grève aux policiers, en défendant notamment l'idée qu'une grève des policiers risquerait de menacer les institutions républicaines. Toutefois en répondant à l'argument d'un honorable collègue communiste, il admet qu'existe des circonstances « dans lesquelles la grève de tous les fonctionnaires publics, y compris les

laquelle ces mêmes grèves menaceraient les libertés individuelles et la sécurité des citoyens⁹⁹⁹.

682. – Les services administratifs, relais de pouvoir – À côté de ces services publics dont la mission est de mettre en œuvre la force publique, on trouve aussi des services administratifs qui contribuent directement au fonctionnement des services mettant en œuvre la force publique. Ces services sont non seulement essentiels à l'administration de l'État, mais il constitue en eux-mêmes des relais du pouvoir. Sans dresser de liste exhaustive, c'est le cas de l'administration préfectorale, de la diplomatie, des services de transmission du ministère de l'intérieur, de certains services du gouvernement ou des assemblées parlementaires. De tels services publics, par la régularité de leur fonctionnement, par leur permanence, garantissent avant tout la continuité du pouvoir, et donc la continuité de l'État dès lors qu'ils constituent des relais pour la mise en œuvre de la force publique.

683. – La permanence de certains services publics – À bien y réfléchir, il semble que la continuité de ces services, si essentiels à la vie de l'État, doit être conçue de manière absolue. Au fond, bien plus qu'une continuité, dont on a vu les caractères fondamentaux de régularité, de ponctualité et d'accessibilité, c'est une quasi-permanence qui est exigée de ces services. Face aux attaques intérieures ou extérieures qui le menaceraient, l'État doit pouvoir disposer à tout moment – et non pas seulement à des fréquences régulières, de la force publique indispensable à sa défense.

policiers, est le plus sacré des devoirs. » (Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O. Déb. (C.R.)*, (p. 3313, 1^{ère} col.). Il ajoute, « *Le rappel des circonstances du 19 août 1944 montre précisément dans quels cas la grève de tous les fonctionnaires, y compris les policiers, est un devoir : lorsqu'il s'agit de défendre la République, ou de défendre la patrie, et nul doute que si ces circonstances se reproduisaient, quels que soient les textes, nous n'hésiterions pas à faire appel à l'insurrection qui, suivant les termes mêmes de la Déclaration de droits, serait alors le plus sacré des devoirs. Mais ce précédent même montre que la grève de la police est un acte révolutionnaire, que cet acte révolutionnaire ne se légitime que lorsqu'on veut faire la révolution et que, le propos de la loi n'est pas d'organiser la révolution, mais la marche des services publics en dehors de l'hypothèse révolutionnaire.* » (Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O. Déb. (C.R.)*, p. 3313, 2^{ème} col.). Plus loin dans la discussion, le ministre de l'intérieur, M. Jules Moch, insiste sur le fait que « *la grève de la police lors de la Libération ne saurait être assimilée à une grève revendicative, pas plus que le fait de tirer sur l'ennemi au cours d'un combat ne saurait être assimilé à un assassinat en temps de paix.* » (Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O. Déb. (C.R.)*, p. 3314, 1^{ère} col.).

⁹⁹⁹ Le rapporteur de la commission de l'intérieur à l'Assemblée nationale a opéré explicitement ce lien entre continuité des services de polices et continuité de l'État lors de la discussion générale le 18 septembre 1948. Cf. : Intervention de M. Yves Fagon, Assemblée nationale, séance du mardi 21 septembre 1948, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 6778, 3^{ème} col., et 6780, 2^{ème} col.

Dans cette perspective, l'État doit non seulement disposer des forces armées en tant que telles, mais aussi de tous les relais nécessaires pour la transmission des informations et des ordres. Il est donc indéniable que certains services publics doivent fonctionner avec permanence, car ce sont des services qui, du fait même de leur existence, assurent la continuité effective de l'État.

684. – La continuité de l'État ne pouvant pas fonder la continuité des services en réseaux – En revanche, il n'est pas possible d'affirmer que les grands services publics en réseaux participent à l'effectivité de l'État. Or la « philosophie du service public » évoquée par Nicole Maggi-Germain s'appliquait aussi à ces grands services publics industriels et commerciaux. Leur continuité serait censée assurer du même coup la continuité de l'État. Tout le monde à l'époque en était convaincu. Quel rapport toutefois entre le service postal ou le transport ferroviaire et la préservation de la personnalité juridique souveraine de l'État ?

Que l'État, à travers ses institutions, ait besoin de ces services dans son action quotidienne, c'est un fait certain. L'ensemble des services de l'État est coutumier de l'utilisation de la poste, des télécommunications, de l'électricité ou du gaz, mais aussi dans une certaine mesure des services de transport. Cependant, le fonctionnement irrégulier de ces services ne mettrait *a priori* nullement en péril la continuité de l'État. Tout au plus, cela ne ferait que perturber son action. Ce n'est que si un tel blocage se double d'un péril grave et éminent, c'est-à-dire lorsque l'ordre public ou la sécurité nationale sont directement menacés, que la continuité de l'État se trouve du même coup menacée. Néanmoins, en pareille circonstance, l'État dispose de plusieurs recours. D'une part, il peut réquisitionner les personnels nécessaires au rétablissement des services qui lui sont nécessaires, lorsque les blocages sont dus à des mouvements de grève. D'autre part, l'État a prévu que ces services soient soumis à des règles de fonctionnement et à des obligations particulières en cas de menaces sur l'État¹⁰⁰⁰. Enfin,

¹⁰⁰⁰ Selon l'article 10 du cahier des charges applicables en 1996 à France Télécom, en matière de contribution aux communications gouvernementales l'entreprise doit, à la demande du gouvernement, mettre en œuvre, exploiter et entretenir en toutes circonstances, des réseaux ou liaisons spécialisés de sécurité, affectés à l'usage des autorités gouvernementales et des représentants territoriaux de l'État, et des liaisons nécessaires aux déplacements du Président de la République. Cf. : Cahier des charges approuvé par décret n°96-1225 du 27 décembre 1996, portant approbation du cahier des charges de France Télécom, *J.O.R.F.* du 31 décembre 1996. De même, La Poste contribue aux missions de l'État notamment des missions de défense et de sécurité publique. A ce titre, selon l'article 17 de son cahier des charges, « Elle effectue toute opération considérée comme indispensable à la continuité de l'action gouvernementale ; Elle assure la sécurité des envois qui lui sont confiés ; Elle protège ses installations contre toute agression ; D'une manière générale, elle exécute toute mission nécessaire au maintien des activités essentielles de la nation. » Cf. : Cahier des charges approuvé par le décret n°90-1214 du

l'État dispose aussi de moyens de substitution pour satisfaire ses propres besoins les plus urgents, tels que le rétablissement de liaisons téléphoniques, la production d'électricité au moyen de groupes électrogènes, et aussi l'acheminement de matériel, de correspondances ou d'hommes. En général ce sont là des moyens détenus par les forces armées.

685. – Un autre fondement à la continuité des services en réseaux – De tout ce qui précède, c'est l'affirmation selon laquelle la continuité de l'État dépend de la continuité des grands services publics industriels et commerciaux qui est battue en brèche. Il n'existe pas de lien direct entre la continuité de ces services et celle de l'État. Autrement dit, la continuité de l'État ne dépend pas de celle des services publics industriels et commerciaux. En définitive, on ne peut pas affirmer que la continuité des services publics industriels et commerciaux trouve son fondement dans la continuité de l'État. Cela n'est vrai que pour les services publics régaliens ou ceux qui constituent de véritables relais de pouvoir, sachant que ce n'est pas tant la continuité de l'État qui est en cause, que celle des pouvoirs publics ou de l'action gouvernementale.

Il faut donc trouver un autre fondement à la continuité des grands services publics en réseaux. Il résulte de nos recherches que la cohésion sociale paraît être un fondement beaucoup plus pertinent.

§2.- La cohésion sociale, un fondement pertinent

686. – La cohésion sociale est centrale dans la construction européenne depuis les origines. La Communauté économique européenne devenue la Communauté européenne puis l'Union européenne, s'est toujours voulue cohésive ; tant à travers son projet originel de mise en commun et d'unification que par son projet d'extension de ses frontières, et aussi à travers des politiques structurelles renforcées depuis la présidence

29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de La Poste et au code des postes et télécommunications, *JORF* du 30 décembre 1990, p. 16578. En matière de transport ferroviaire, l'article 42 du cahier des charges de la SNCF dispose que « *Lorsque la sécurité du pays est menacée et que les troupes ou du matériel militaire doivent être dirigés d'urgence vers l'un des points du territoire national desservi par le chemin de fer, la SNCF est tenue de mettre sans délai l'ensemble de ses moyens de transport à la disposition de l'État, sur la demande du Président de la République, ou du Premier ministre, ou du ministre chargé de la défense ou du ministre chargé des transports.* » ; Cf. : Décret n°83-817 du 13 septembre 1983, portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), *J.O.R.F.* du 14 septembre 1983, page 2789.

Delors¹⁰⁰¹. Comme le faisait remarquer Jérôme Vignon en 2007, « *la cohésion sociale est un ingrédient nécessaire à un processus dynamique visant à réaliser une “Union toujours plus étroite” des peuples* »¹⁰⁰². Il constate que cela était implicite avant l'Acte unique et explicite depuis lors.

687. – Cependant, lorsqu'il est question de politique de cohésion, sont principalement concernées les politiques européennes de rééquilibrage qui visent l'inclusion sociale ou l'inclusion territoriale. Ce sont aussi des mécanismes de solidarité économique en vue d'un rattrapage économique de pays nouvellement adhérents à l'Union. La Grèce, l'Espagne, le Portugal puis les pays de l'Est européen, ont beaucoup profité de ces dispositifs. Ce sont des politiques qui sont inscrites dans le traité ; l'actuel titre XVIII du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est ainsi consacré à la « cohésion économique, sociale et territoriale ».

688. – Mais la cohésion sociale dépasse en soi le strict cadre de ces politiques structurelles. D'autres politiques, sectorielles, contribuent également au renforcement de cette cohésion sociale. Tel est le cas des politiques relatives aux services d'intérêt économique général qui depuis une trentaine d'années, soit également au moment de l'a présidence Delors, sont devenues une préoccupation majeure de l'Union européenne. On constate alors que la cohésion sociale, qui est un des objectifs fondamentaux assignés à ces catégories de service d'intérêt général en Europe, appelle et justifie la continuité de fonctionnement de ces services, comme c'était exactement le cas pour les grands services publics en réseaux. La continuité du service d'intérêt économique général se justifie par la contribution qu'elle apporte à la cohésion sociale.

689. – Pour le démontrer, il convient d'abord d'expliquer ce qu'est plus précisément la cohésion sociale en tant qu'objectif assigné aux services d'intérêt économique général. Loin de toute évidence, on peut dire qu'il y a cohésion sociale lorsque « l'État rend capable » (A.-). C'est à partir de cette idée selon laquelle il y a cohésion sociale lorsque chaque individu est mis en capacité d'exercer ses droits fondamentaux qu'on peut démontrer que la continuité du service d'intérêt général contribue à l'effectivité des droits fondamentaux et donc de la cohésion sociale ; autrement dit, la cohésion sociale dans

¹⁰⁰¹ Jacques DELORS, président de la Commission européenne de 1985 à 1995.

¹⁰⁰² VIGNON (Jérôme), « La cohésion sociale dans le contexte de l'Union européenne », intervention in Séminaire du CERC, 2007, p. 29.

cette acception large, justifie fondamentalement le principe de fonctionnement continu des services d'intérêt économique général (B.-).

A.- La cohésion sociale, ou « l'État qui rend capable »

690. – La pluralité de définition – La notion de cohésion sociale n'a pas de définition unique, mais reçoit des définitions de ceux qui sont amenés à l'étudier et à en développer les contours politiques. Ainsi, le Conseil de l'Europe définit la notion de cohésion sociale de la façon suivante : « *La cohésion sociale est la capacité d'une société à assurer le bien-être de tous ses membres, à minimiser les disparités et à éviter la polarisation. Une société cohésive est une communauté solidaire composée d'individus libres poursuivant des buts communs par des voies démocratiques* »¹⁰⁰³. Ultérieurement, il modifie et simplifie cette définition en considérant que « *La cohésion sociale est la capacité d'une société à assurer le bien-être de tous ses membres, en réduisant les disparités et en évitant la marginalisation* »¹⁰⁰⁴. Dans son rapport introductif du séminaire consacré à la cohésion sociale en 2007, le Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC) précise pour sa part que « *dans son acception courante, la cohésion sociale comporte trois composantes : l'égalité, le lien social et l'unité. Elle qualifie un état social dans lequel les écarts entre les individus et les groupes sociaux seraient réduits ou du moins acceptables et où les individus seraient insérés dans des liens d'appartenance leur donnant le sentiment d'être membres à part entière d'une même communauté pacifiée* »¹⁰⁰⁵. Enfin, les travaux des politologues et sociologues québécois, tels que Jane Janson, Judith Maxwell ou Paul Bernard, méritent également d'être cités. Il résulte de ces travaux, que l'une des caractéristiques dominantes de la cohésion sociale est le « vivre ensemble ». La politologue Jane Janson écrit que « *L'expression « cohésion sociale » est employée surtout pour décrire un processus et non pour évoquer une condition ou un état final. Elle est définie à la fois comme un sentiment d'appartenance et une volonté ou une capacité de vivre ensemble dans une certaine harmonie.* »¹⁰⁰⁶ Jane Janson rappelle d'ailleurs que le Commissariat général du plan, en France, estimait pour sa part dans un rapport daté de 1997 que « *la cohésion sociale est bien l'ensemble*

¹⁰⁰³ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la cohésion sociale, 2004.

¹⁰⁰⁴ Conseil de l'Europe, Rapport de la Task Force de Haut niveau sur la cohésion sociale au XXI^e siècle, *Vers une Europe active, juste et cohésive sur le plan social*, 26 octobre 2007, TFSC(2007) 31 F, p. 16, encadré n° 3.

¹⁰⁰⁵ CERC, Séminaire 2007, *La cohésion sociale*, Introduction, p. 5.

¹⁰⁰⁶ JENSON (Jane), *Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada*, in *Études des RCRPP n°F/03*, Ottawa (Canada), 1998, p. V.

des processus sociaux qui contribuent à ce que les individus aient le sentiment d'appartenir à une même communauté et se sentent reconnus comme appartenant à cette communauté »¹⁰⁰⁷. Dans le même ordre d'idée, sa condisciple, Judith Maxwell écrivait pour sa part que « *La cohésion sociale se construit sur les valeurs partagées et un discours commun, la réduction des écarts de richesse et de revenu. De façon générale, les gens doivent avoir l'impression qu'ils participent à une entreprise commune, qu'ils ont les mêmes défis à relever et qu'ils font partie de la même collectivité* »¹⁰⁰⁸. Enfin, Paul Bernard se distingue en affirmant que « *ce qui compte pour la cohésion sociale, c'est moins le partage de valeurs communes que la présence d'institutions publiques aptes à gérer adéquatement les conflits sociaux* »¹⁰⁰⁹.

691. – La nécessité d'approfondir ces définitions – En définitive, la notion de cohésion sociale est relativement explicite¹⁰¹⁰ et décrit les processus et les moyens qui permettent à une société donnée d'être cohésive, c'est-à-dire d'être unifiée et inclusive socialement des individus et des groupes humains qui la composent. Néanmoins, cette approche de la cohésion sociale semble partielle, car elle ne permet pas d'en appréhender tous les contours. Si l'on reprend l'approche faite par le Conseil de l'Europe de la notion, on s'aperçoit que seuls les services sociaux et les services régaliens sont considérés comme nécessaires au maintien de la cohésion de la société. L'accent étant mis sur la réduction des disparités notamment économiques, culturelles, et plus généralement sur le bien-être de tous, cette approche de la cohésion sociale laisse peu de place aux services en réseaux. On aurait alors du mal à saisir en quoi les services d'intérêt économique général contribueraient à la cohésion sociale. En réalité, les différentes approches peuvent être conciliées assez aisément. Encore faut-il pour cela, appréhender la notion de cohésion sociale de façon plus large en s'attardant non pas sur les politiques publiques qui s'en réclament et qui sont effectivement essentiellement centrées sur la réduction des inégalités ou sur le bien-être et la santé des individus, mais

¹⁰⁰⁷ Commissariat Général du Plan, *Cohésion sociale et territoires*, Paris, La Documentation Française, 1997, p. 16.

¹⁰⁰⁸ MAXWELL (Judith), *Social Dimensions of Economic Growth*, Conférences commémoratives Eric John Hanson, 1996, volume VIII, Université de l'Alberta, cité par JENSON (Jane), *Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada*, in Études des RCRPP n°F/03, Ottawa (Canada), 1998, p. 3.

¹⁰⁰⁹ BERNARD (Paul), *Cohésion sociale : critique dialectique d'un quasi-concept*, Mars 1999, p. 14.

¹⁰¹⁰ Selon une enquête récente du CREDOC, 80% des personnes interrogées donnent une définition spontanée de la cohésion sociale. Cf. : CREDOC, *Baromètre de la cohésion sociale. Pour l'opinion, la cohésion sociale repose sur les efforts de chacun et l'action des pouvoirs publics*, Etude réalisée à la demande de la Direction générale de la cohésion sociale, Collection des rapports, n° 275, juin 2011.

en reprenant la notion à la racine afin d'en comprendre les fondements mais aussi les métamorphoses contemporaines.

692. – L'influence majeure d'Émile Durkheim – À l'origine, la notion de cohésion sociale apparaît pour la première fois dans le célèbre ouvrage déjà évoqué d'Émile Durkheim, *De la division du travail social*¹⁰¹¹. De cet ouvrage, c'est essentiellement le concept de solidarité qui a été retenu. Il a alimenté durablement la doctrine du solidarisme sous la troisième République. En revanche on a longtemps oublié la le concept de cohésion sociale qu'il contenait.

Pourtant, dans la pensée durkheimienne, la cohésion sociale avait autant d'importance que la solidarité ou que la division du travail social. Comme l'explique le sociologue Jacques Donzelot dans un article publié en 2006, Durkheim cherche à travers son ouvrage fondateur à démontrer que la société a une consistance propre. Celle-ci n'est pas le fruit d'une vision purement économique de la société telle que celle développée par Adam Smith. En effet, pour Smith, la société n'est faite que par des individus à partir des seuls libres-échanges qu'ils effectuent entre eux. Pour Durkheim, l'analyse économique prend l'apparence de la société pour la société elle-même. Pour dépasser ce qui selon lui est une erreur de la vision économiste de la société, « *Durkheim, propose d'interroger la division du travail au titre de sa fonction sociale : en a-t-elle une, laquelle et, si tel paraît bien être le cas, pourquoi se trouve-t-elle si faiblement ressentie par les membres de la société ? Ainsi posée, la question de la fonction sociale de la division du travail va l'amener à démontrer, sinon la suprématie absolue de la sociologie sur l'économie politique, du moins son antériorité logique* »¹⁰¹². En effet, comme l'explique Émile Durkheim en exposant sa démarche scientifique, « *nous n'avons pas seulement à chercher si, dans nos sortes de sociétés, il existe une solidarité qui vient de la division du travail [...] il faut surtout déterminer dans quelle mesure la solidarité qu'elle produit contribue à l'intégration générale de la société* »¹⁰¹³. En examinant ce lien entre la division du travail social et la solidarité, il cherche à comprendre comment la division du travail engendre la solidarité. Ensuite, il s'interroge sur les rapports entre cette solidarité objective de la société et sa cohésion effective. Pour Jacques Donzelot, « *La cohésion sociale apparaît lorsque l'on tire toutes les conséquences de la solidarité objective qui unit les hommes en société. La fonction de*

¹⁰¹¹ DURKHEIM (Émile), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2013, 8^e éd., Coll. « Quadrige », Introduction de Serge Paugam, 416 pp.

¹⁰¹² DONZELOT (Jacques), « Refonder la cohésion sociale », *Esprit* 2006/12, pp. 9-10.

¹⁰¹³ DURKHEIM (Émile), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2013, 8^e éd., Coll. « Quadrige », pp. 27-28.

cette division du travail social consiste donc, in fine, à induire la morale collective nécessaire à la cohésion sociale, dans une société où les individus sont de plus en plus libres et de plus en plus liés par une solidarité objective »¹⁰¹⁴. Il explique que le raisonnement de Durkheim à propos de la cohésion sociale revient donc à dire : « plus important que le marché, il y a la division sociale du travail, laquelle produit une solidarité objective qui appelle une moralité collective intrinsèque à cet état de la société »¹⁰¹⁵.

693. – Le dépassement actuel des idées de Durkheim – De nos jours, explique Jacques Donzelot, le raisonnement de Durkheim, n'est plus adapté à la réalité sociale actuelle. « On voit bien que tous les éléments du raisonnement durkheimien ont perdu leur crédibilité. On ne parle plus maintenant de la fonction de la division sociale du travail en tant qu'elle produirait une solidarité objective entre les membres de la société et induirait ainsi sa cohésion sociale. On n'en parle plus de peur de paraître ridicule à l'ère de la délocalisation, du capitalisme actionnarial, de l'immigration planétaire des pauvres vers les pays riches, de la migration des membres aisés des pays riches vers les nations où elles profitent d'une moindre redistribution fiscale et sociale. Mais, c'est pour reconnaître que, dès lors, la cohésion sociale n'étant plus adossée à cette solidarité objective, elle devient un problème majeur pour toutes les sociétés objectives, elle devient un problème majeur pour toutes les sociétés, riches et pauvres, tant par ses causes que pour ses conséquences. On parle ainsi de la concurrence en tant qu'elle défait la cohésion sociale... »¹⁰¹⁶.

Nous sommes en effet à une époque où le néolibéralisme se substitue au libéralisme. Or, le néolibéralisme remplace la vision naïve et naturaliste du marché propre à la pensée d'Adam Smith par la concurrence. Mais, comme l'explique Jacques Donzelot, la concurrence n'est pas une simple idée explicative, elle est une idée qu'il convient de réaliser de produire et non de laisser se faire par elle-même. La concurrence devient « une construction volontaire nécessitant une "politique de société" propre à entretenir sa vitalité »¹⁰¹⁷. Il explique ensuite que « la politique néolibérale nécessite une action de l'État soucieuse de mettre la société en capacité de concurrence, y compris entre ses membres par la lutte non plus contre les inégalités au nom de la justice sociale, mais contre l'exclusion dans la mesure où celle-ci diminue la capacité concurrentielle

¹⁰¹⁴ DONZELOT (Jacques), « Refonder la cohésion sociale », *Esprit* 2006/12, p. 11.

¹⁰¹⁵ *Idem.*

¹⁰¹⁶ *Idem.*

¹⁰¹⁷ *Ibid*, p. 12.

des membres de la société en permettant que certains se trouvent hors jeu de ladite concurrence »¹⁰¹⁸.

Quant au raisonnement sociologique, il s'écarte très largement aujourd'hui de celui que tenait Emile Durkheim en son temps. Pour des sociologues tels que Ulrich Beck, Anthony Giddens et Richard Sennett, « il n'y a plus de solidarité objective, il n'y a plus une dépendance mutuelle déductible de la division sociale du travail »¹⁰¹⁹. Dans ce contexte, « *la cohésion sociale n'est plus le résultat escomptable de la rationalité à l'œuvre à travers une solidarité objective. Elle devient le fait d'une mobilisation politique de la société civile face à l'ensemble des risques qu'elle encourt, en appui sur des individus libres et responsabilisés en tant que tels et non pas au nom d'une interdépendance positive et unificatrice. Le rôle du politique ne peut plus être de s'appuyer sur la solidarité objective pour développer la conscience et les pratiques de justice qu'elle appelle. Il n'est plus le garant ou le gestionnaire du progrès mais celui qui incite la société civile à produire la cohésion sociale par rapport à une situation de compétition qui, tout à la fois, la menace et la fait valoir comme un atout pour la réussite économique. Il est devenu superviseur, animateur selon les nouvelles formules avancées à son propos, c'est-à-dire un État qui "rend capable" chacun d'agir, d'entrer dans le jeu, et tous, de former un ensemble uni par des buts externes (la compétitivité), et internes (un idéal de vie commune) »¹⁰²⁰. Il ne s'agit pas pour nous de savoir si cette évolution de la pensée sociologique, ou d'une partie significative d'entre elle, est bonne ou erronée ; ce qui nous interpelle, c'est qu'elle est explicative de cette réalité que l'on constate dans la société globalisée qui est la nôtre, et dans une Union européenne qui semble avoir fait de la concurrence l'alpha et l'oméga de toute ses politiques, y compris nous le savons bien dans la prise en charge de l'intérêt général. Dans ce contexte néolibéral qui est le nôtre, la solidarité et l'État-providence, c'est-à-dire pour faire simple Durkheim et le Conseil national de la Résistance, ne sont plus adaptés pour faire face à cette réalité radicalement contraire qu'est la concurrence généralisée. Loin de nous l'idée d'un abandon pur et simple de la solidarité, des services publics et de la sécurité sociale dans notre société contemporaine, mais nous voyons la nécessité d'en repenser les catégories conceptuelles pour leur donner une assise plus solide.*

C'est dans ce contexte précis que la notion de cohésion sociale permettrait de renouveler à la fois l'explication sociologiques de l'action publique, mais pourquoi pas de devenir une notion utile aux juristes pour expliquer certains mécanismes juridiques,

¹⁰¹⁸ DONZELOT (Jacques), « Refonder la cohésion sociale », *Esprit* 2006/12, pp. 12-13.

¹⁰¹⁹ *Ibid*, p. 13.

¹⁰²⁰ *Ibid*, pp. 13-14.

dont le principe de continuité du service public et la continuité du service d'intérêt économique général.

B.- La continuité des services en réseaux, une condition d'effectivité des droits fondamentaux

694. – La contribution des services en réseaux à l'effectivité des droits fondamentaux – Le service d'intérêt économique général a pour objectif de répondre aux besoins du citoyen jugés d'intérêt général. Or, l'appréciation de cet intérêt général, n'est pas sans lien avec l'existence de droits fondamentaux reconnus aux citoyens. Dans la mesure où tel service contribue à rendre effectif tels droits fondamentaux, alors il est possible de reconnaître à ce service un caractère d'intérêt général. A bien y réfléchir, tous les services d'intérêt général en réseaux contribuent effectivement à la mise en œuvre des droits fondamentaux reconnus aux citoyens et résidents de l'Union européenne. Ainsi, par exemple, les services de transports de passagers contribuent à l'effectivité de la liberté d'aller et venir ; ils permettent également l'accès à l'instruction, à la formation professionnelle, voire à la culture. Ils sont aussi une condition d'effectivité de la liberté de travailler. Le fait que les services de transport soient concurrencés par l'automobile que possède la plupart des citoyens n'enlève rien à la contribution des services de transports en commun aux droits fondamentaux des individus. Les exemples peuvent être multipliés : la téléphonie filaire ou mobile, l'Internet, le service postal contribuent eux aussi à la liberté d'entreprendre, un égal accès à l'information, la culture et surtout, ils rendent effectives, pour tout citoyens, les libertés d'opinion, d'expression et de communication notamment fondées sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est notamment la raison pour laquelle les activités de communication électronique s'exercent librement selon le code des postes et des communications électroniques¹⁰²¹. C'est parce qu'elle participe à l'effectivité des mêmes droits et libertés fondamentales que la communication audiovisuelle publique s'est vu appliquée le statut du service public avec les contraintes que l'on sait en matière de continuité du service¹⁰²². Et pour clore cette description, n'oublions pas que l'énergie

¹⁰²¹ Article L.32-1 du code des postes et des communications électroniques.

¹⁰²² Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A. 1979, n°9, p. 46 ; R.D.P. 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; Cahier du CFPC, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; D. 1980, p. 333, note Léo HAMON ; Rev. adm. de L'Est de la France, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; D. 1980, p. 101, note PAILLET ; A.J.D.A. 1980, p. 191,

électrique est considérée comme un produit de première nécessité par l'article L.121-1, dernier alinéa, du Code de l'énergie et que sa fourniture concourt à la cohésion sociale en vertu de l'article L.121-5, alinéa 2, du même code.

695. – Une volonté européenne – La Commission européenne ne s'y trompe pas lorsqu'elle explique dans le Livre vert sur les services d'intérêt général que garantir des services d'intérêt général performants et de qualité est essentiel « *pour faciliter l'intégration, améliorer le bien-être des citoyens et les aider à faire réellement usage de leurs droits fondamentaux* »¹⁰²³. Et dans le Livre blanc qui suivit l'année suivante, la Commission européenne considère que pour les citoyens de l'Union, l'accès à des services d'intérêt général de qualité et abordables dans l'ensemble de l'Union européenne « *constitue une composante essentielle de la citoyenneté européenne et est nécessaire pour leur permettre de jouir pleinement de leurs droits fondamentaux* »¹⁰²⁴. Or permettre aux citoyens de jouir pleinement de leurs droits fondamentaux, c'est faciliter leur intégration ou leur inclusion dans la société et c'est donc renforcer la cohésion sociale. La Commission européenne en est bien consciente, puisque dans le même paragraphe du Livre blanc précité, elle affirme que la fourniture de service d'intérêt général de qualité, accessibles et abordables contribue à atteindre l'objectif stratégique pour l'Union d'une plus grande cohésion sociale »¹⁰²⁵.

696. – Une similitude avec le service public – Parce qu'ils contribuent à l'effectivité des droits fondamentaux, assurant par là une meilleure cohésion sociale, les services d'intérêt économique général, comme les autres services d'intérêt général, doivent fonctionner de façon continue. Or ce sont ces mêmes raisons qui justifiaient fondamentalement le fonctionnement continu des grands services publics en réseaux dans un passé encore pas si lointain. Ils répondaient aux mêmes fonctions sociales.

Les droits fondamentaux ne peuvent pas connaître d'éclipse, tout comme François Gazier n'envisageait pas un « État à éclipse » selon sa célèbre formule déjà

note LEGRAND ; *J.C.P.* éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Dr. soc.* 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.

¹⁰²³ Commission européenne, *Livre Vert sur les services d'intérêt général*, COM(2003)270 final, Bruxelles, 21 mai 2003, p. 3.

¹⁰²⁴ Commission européenne, *Livre Blanc sur les services d'intérêt général*, Livre Blanc, (COM(2004) 374 final), Bruxelles, 12 mai 2004, p. 4.

¹⁰²⁵ Commission européenne, *Livre Blanc sur les services d'intérêt général*, Livre Blanc, (COM(2004) 374 final), Bruxelles, 12 mai 2004, pp. 4-5.

citée¹⁰²⁶. La continuité du service, qu'il s'agisse tant du service d'intérêt économique général que du service public, se justifie par cela même que le service contribue à la cohésion sociale, c'est-à-dire à l'effectivité des droits fondamentaux des individus composant la société. Autrement dit, le service est continu afin de pouvoir répondre avec pertinence aux objectifs qui lui sont assignés par la société à travers ses organes dirigeants.

697. – Propos conclusifs du Chapitre 12 – La fonction sociale du service d'intérêt économique général, similaire à celle du service public, est de contribuer à la cohésion sociale, c'est-à-dire de permettre à chaque citoyen d'exercer ses droits et libertés fondamentaux. Or, la continuité du service plonge ses racines dans cette exigence de cohésion sociale. Service public et continuité d'un côté, service d'intérêt économique général et continuité d'un autre côté, ont le même fondement, la cohésion sociale, d'où d'ailleurs la consubstantialité qui caractérise leur existence. Cette seule référence à la cohésion sociale, suffit à justifier le principe de continuité du service. Si la continuité de l'État n'en est donc pas le fondement, on peut en revanche considérer que la continuité de l'État de droit est concernée, puisque, *in fine*, ce sont les droits et libertés fondamentaux qui sont en jeu. Les services d'intérêt économique général doivent fonctionner de façon continue. Reste cependant à déterminer selon quelles modalités juridiques, un tel principe de continuité du service d'intérêt économique général pourrait voir le jour.

¹⁰²⁶ GAZIER (François), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, R.D.P. 1950, pp. 702-708.

Chapitre 13.- L'irremplaçable principe de continuité du service d'intérêt économique général

« Le besoin de continuité se fait jour quand il vient à manquer »

Claudine HAROCHE¹⁰²⁷

698. – Propos introductif du Chapitre 13 – Peut-on obtenir la continuité des grands services en réseaux autrement que par l'application d'un principe juridique *ad hoc* comparable au principe de continuité applicable aux services publics ? L'ouverture à la concurrence des services en réseaux n'a pas été accompagnée d'une quelconque préoccupation particulière quant à l'application d'un principe de continuité du service. Certes, nous savons que la législation sectorielle a prévu que la continuité puisse faire l'objet d'une sujétion réglementaire imposée par les autorités nationales, sous formes d'obligations de service public le plus souvent. Mais nous avons vu que ce mécanisme était à la fois contraignant et réducteur quant à ses effets. Et nous savons que l'arsenal juridique est bien pauvre et insuffisant pour que l'ensemble des secteurs libéralisés soient effectivement soumis en l'état actuel des choses à une obligation de continuité.

699. – Au fond c'est comme si les promoteurs de la libéralisation des services en réseaux, étaient convaincus que le marché pouvait par lui-même générer cette garantie de continuité du service. Mais existe-t-il une « main invisible » pour obtenir du fonctionnement même du marché une telle continuité à l'insu des opérateurs de réseaux ? L'un des pères de la théorie économique libérale, Adam Smith, pensait en effet que l'intérêt public n'était pas le souci des agents économiques agissant sur un marché¹⁰²⁸. Pourtant, conduits par ce qu'il appelle une main invisible, ces mêmes agents

¹⁰²⁷ HAROCHE (Claudine), « Le besoin de continuité », in KOUBI (G.), LE FLOCH (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2011, p. 317.

¹⁰²⁸ SMITH (Adam), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, 1776 ; réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II, spéc. pp. 42-43 : « Par conséquent, puisque chaque individu tâche, le plus qu'il peut, 1° d'employer son capital à faire valoir l'industrie nationale, et 2° de diriger cette industrie de manière à lui faire produire la plus grande valeur possible, chaque individu travaille nécessairement à rendre aussi grand que possible le revenu annuel de la société. À la vérité, son intention, en général, n'est pas en cela de servir l'intérêt public, et il ne sait même pas jusqu'à quel point il peut

économiques parvenaient à agir dans l'intérêt général. En effet, à la recherche de leurs intérêts particuliers, ils se rendaient utiles à la société en accroissant globalement la richesse.

Tout laisse penser qu'au mitan des années 1990', les promoteurs des politiques européennes de libéralisation des grands services en réseaux, pensaient que le marché remplacerait utilement les monopoles publics pour un service rendu à la population bien meilleur. L'émergence de nouveaux marchés libres et concurrentiels profiteraient économiquement à tous, et particulièrement au consommateur. Lequel, en effet, trouverait un service de qualité répondant de façon encore plus pertinente à ses besoins. Dans chacun des secteurs en réseaux étudiés, la libéralisation a toujours été présentée comme permettant d'améliorer la qualité du service offert aux usagers. À l'évidence, si la libéralisation des services d'intérêt économique général en réseaux n'a pas été accompagnée d'un régime juridique précis garantissant la continuité du service, c'est que la libéralisation a été conçue et perçue comme un gage de qualité du service. La concurrence étant l'aiguillon obligeant les opérateurs à améliorer constamment cette qualité offerte aux usagers. Ceux-ci, considérés comme des consommateurs finaux, bénéficient à ce titre de règles protectrices à travers un droit de la consommation toujours plus étoffé. De plus, la continuité du service participe à la qualité de ce service, notamment parce qu'elle est une condition de son efficience économique. Puisque tout est ramené à des considérations économiques par les promoteurs et défenseurs de la libéralisation des services en réseaux, cette simple articulation entre l'efficacité économique du fonctionnement du marché et la continuité du service presté, devait assurer celle-ci. Les opérateurs sont censés naturellement tout mettre en œuvre pour obtenir cette continuité du service en réseaux. Mais les opérateurs sont aussi contraints par le régime juridique dans lequel ils réalisent leurs affaires. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation pourraient être le creuset d'une garantie juridique de continuité du service. Plus généralement, le fonctionnement du marché et les règles juridiques qui le soutiennent favoriseraient cette continuité du service. Certaines règles

*être utile à la société. En préférant le succès de l'industrie nationale à celui de l'industrie étrangère, il ne pense qu'à se donner personnellement une plus grande sûreté ; et en dirigeant cette industrie de manière à ce que son produit ait le plus de valeur possible, il ne pense qu'à son propre gain ; en cela, comme dans beaucoup d'autres cas, il est conduit par **une main invisible** à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions ; et ce n'est pas toujours ce qu'il y a de plus mal pour la société, que cette fin n'entre pour rien dans ses intentions. Tout en ne cherchant que son intérêt personnel, il travaille souvent d'une manière bien plus efficace pour l'intérêt de la société, que s'il avait réellement pour but d'y travailler. Je n'ai jamais vu que ceux qui aspiraient, dans leurs entreprises de commerce, à travailler pour le bien général, aient fait beaucoup de bonnes choses. Il est vrai que cette belle passion n'est pas très commune parmi les marchands, et qu'il ne faudrait pas de longs discours pour les en guérir. »*

fondamentales de fonctionnement du marché peuvent avoir une incidence sur la continuité du service. Le respect de ces règles, pourraient alors permettre de garantir la continuité du service sans avoir à élaborer un nouveau régime juridique spécifique. Cela aurait donc le mérite de la simplicité dans un contexte juridique qui s'avère déjà fort complexe.

700. – Peut-on envisager d'obtenir une continuité du service « à moindre frais » ? Pour le savoir, il convient de s'intéresser précisément à ces règles juridiques qui sont liées au fonctionnement du marché et qui sont susceptibles de mettre en jeu la continuité du service presté. Il s'agit de savoir si ces règles juridiques sont en capacité de garantir ou tout au mieux de favoriser ou pas la continuité du service. Nous avons retenu deux axes pour mener à bien ce sondage. Le premier axe est centré sur l'opérateur de service dans le cadre du marché. Est d'abord concerné le principe de concurrence qui est le fil d'Ariane de la libéralisation des services en réseaux. Ensuite, il y a les règles contractuelles ; le marché fonctionne concrètement par le biais des multiples contrats de prestation de service. La garantie de continuité ne résiderait-elle pas alors tout simplement dans la responsabilité de l'opérateur en cas de rupture de continuité du service ? Le deuxième axe de ce sondage est centré sur les principes fondamentaux sur lesquels repose le fonctionnement du marché unique européen. La continuité du service, lorsqu'elle n'est pas assurée, peut faire apparaître des situations d'entrave à ces libertés économiques. Or, la Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence restrictive sur ces possibilités d'entraves. N'est-ce pas alors un moyen de presser les opérateurs à garantir le fonctionnement continu des services qu'ils prestent ?

701. – Une première section sera consacrée à l'analyse des règles de fonctionnement du marché en ce qu'elles favoriseraient ou garantiraient la continuité du service (Section 1.-). Une deuxième section étudiera les contraintes exercées sur les opérateurs pour éviter les entraves aux libertés de circulation du fait des ruptures de continuité du service (Section 2.-).

Section 1.- Le fonctionnement du marché ou la croyance en l'existence de la continuité par l'émulation

702. – L'émulation entre les opérateurs existe par le fait même qu'ils sont placés en situation de concurrence sur les marchés de prestation des services en réseaux.

Puisqu'il leur faut être meilleur que les concurrents pour gagner des parts de marché et augmenter la rentabilité de l'entreprise, chaque opérateur est supposé tout faire pour assurer un service de qualité et partant un service continu. Obtiendrait-on alors un service continu par le simple jeu de la concurrence ? La théorie le laisserait volontiers penser, mais la réalité pratique vient sérieusement nuancer ce tableau.

Par ailleurs, l'émulation peut aussi provenir, au sein de chaque entreprise de réseaux, des obligations contractuelles qui la lie à ses clients. Lesquels, dans le cas où ils subissent un préjudice, pourraient demander réparation à l'opérateur du service défaillant. Il s'agit donc, non seulement de tout faire pour éviter de devoir s'acquitter d'indemnités réparatrices, mais aussi de parvenir à satisfaire pleinement aux obligations contractuelles, afin que le client satisfait ne soit pas tenté de chercher une meilleure prestation de service chez un fournisseur concurrent.

703. – Ainsi, nous nous interrogerons sur la continuité qui peut résulter du simple jeu de la concurrence entre les opérateurs de services en réseaux (§1.-), puis sur celle qui peut résulter des obligations contractuelles entre l'opérateur du service et le client usager du service (§2.-)

§1.- La continuité du service peut-elle résulter du jeu de la concurrence ?

704. – **Questionnement** – Est-ce qu'à travers son simple fonctionnement le marché est capable de générer une continuité du service ? Lorsqu'un prestataire de service en réseaux concurrentiel connaît une défaillance, est-ce que le fait que cet opérateur soit en concurrence avec d'autres acteurs sur le même marché, favorise, et dans quelle mesure, la continuité du service ? La situation de concurrence peut influencer tant sur le comportement de l'opérateur, que sur celui du consommateur du service presté. Plus largement, on peut s'interroger sur la capacité du marché à intégrer naturellement des objectifs d'intérêt général et à en générer une forme d'application spontanée.

705. – **Le comportement des opérateurs** – Il est vrai que le comportement d'un opérateur peut être influencé par la situation de concurrence dans laquelle celui-ci est plongé. Si le service qu'il preste est défaillant car discontinu – quel que soit la cause de cette défaillance – alors que ses concurrents ne rencontrent pas de telles difficultés, il sera moins attractif sur ce marché. Il risque alors de perdre des parts de marché, ou à

tout le moins de ne pas en gagner davantage. Du point de vue économique, il semble que le fait d'assurer la continuité du service presté soit dans le plus grand intérêt de l'opérateur. La Commission européenne elle-même le croit. Ainsi dans le Livre vert sur les services d'intérêt général en Europe, elle affirme : « *Il peut être dans l'intérêt commercial des fournisseurs de certains services de fournir un service ininterrompu, de sorte qu'il peut se révéler inutile d'imposer une obligation légale de continuité aux opérateurs* »¹⁰²⁹. Encore faut-il, pour que cela soit vrai, que la continuité constitue un élément essentiel de la qualité du service, voire aussi qu'elle soit une condition de la sécurité des installations de l'entreprise en réseaux. Cela est particulièrement vrai dans les secteurs de l'énergie électrique, de l'énergie gazière et des communications électroniques. Encore faut-il aussi que la continuité soit une garantie de l'équilibre économique du service. Car, s'il s'avère que d'un point de vue strictement économique, il est plus rentable de subir des ruptures de continuité plutôt que d'investir dans du matériel prompt à garantir la continuité de fonctionnement du service, alors bien évidemment la continuité du service sera très loin d'être assurée.

706. – La qualité du service – Quant au consommateur, la concurrence entre opérateurs peut aussi aiguïser sa recherche d'un service de meilleure qualité, donc un service continu. Or, dans les services en réseaux, la continuité du service a toujours été conçue comme un gage d'efficacité du service rendu, dans la mesure où il remplissait son objectif de satisfaction des besoins d'intérêt général, et donc d'une certaine manière elle était un gage de qualité de ce service. Or, de nos jours, à l'heure de la transformation des services publics en réseaux – mais aussi des autres services publics – il est de plus en plus fait référence à la qualité du service. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à parler de l'émergence du principe de qualité du service public¹⁰³⁰. Dans les services en réseaux qui, comme on le sait, ne sont plus recouverts que très partiellement par la notion de service public, les textes européens qui fixent le cadre juridique de fonctionnement de ces services, font eux aussi appel à la notion de qualité du service.

¹⁰²⁹ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, §55, p. 17.

¹⁰³⁰ CLUZEL (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 13 septembre 2004, sous la direction du professeur Jacques Chevallier, 644 p. – DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *R.F.D.A.* 2006, p. 1219. – VOISSET (Michèle), « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *R.F.D.A.* 1999, p. 743. – VOISSET (Michèle), « Qualité, adaptabilité, mutabilité », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, sous la direction de Robert KOVAR et Denys SIMON, Paris, La Documentation française, Tome 2, 1998, p. 397.

707. – Une vue de l'esprit – Face à des ruptures répétées de continuité, le consommateur peut être tenté de changer d'opérateur. En théorie la concurrence le lui permet aisément, en pratique cela s'avère plus compliqué, car il n'est pas si facile de changer d'opérateur. Les contrats liants le consommateur à son opérateur prévoient souvent des conditions précises et quelque peu restrictives pour que le contrat soit valablement rompu à l'initiative du consommateur. Certes, le droit de la consommation a eu tendance ces dernières années à améliorer la situation du consommateur face aux opérateurs. On pense notamment à la loi dite « Châtel » de 2008¹⁰³¹. Le droit européen n'est pas en reste en multipliant notamment dans les législations sectorielles des dispositions favorables au consommateur. Il n'en reste pas moins vrai que le consommateur n'est pas en situation de force. Il devra surmonter quelques obstacles pour changer d'opérateur : délai minimum pouvant aller jusqu'à quelques semaines, contraintes techniques, coût, etc. À quoi s'ajoute le fait que le nombre d'opérateurs en concurrence directe sur un marché de service en réseaux est souvent faible ; c'est particulièrement le cas de l'énergie et des télécommunications. La concurrence est donc limitée. De plus, changer d'opérateur engendre aussi une forme de rupture de continuité : ainsi par exemple, le consommateur qui bénéficie d'accès Internet chez Free télécom et souhaitant passer chez Bouygues Télécom, connaîtra vraisemblablement quelques heures, voire jours de carence sans accès Internet, le temps que le gestionnaire du réseau local (la fameuse boucle locale) effectue les opérations de permutation, et que par ailleurs le technicien du nouvel opérateur vienne installer le nouveau boîtier. Les exemples sont nombreux où lors d'un déménagement, il faut patienter plusieurs jours avant d'avoir le téléphone, le gaz, voire même l'électricité. Là où du temps des monopoles intégrés tout était devenu simple et efficace, aujourd'hui malgré la situation de concurrence, tout est plus complexe et hasardeux.

Dans le secteur des transports, le changement d'opérateur est plus une vue de l'esprit qu'une réelle possibilité. Être en possession d'un billet d'avion ou de train, lie le client à la compagnie de transport qui lui a délivré ce billet, pour le meilleur et pour le pire, y compris pour les attentes interminables dans les halls d'aérogare ou de gare... Si le client change d'opérateur c'est à ses frais, ou alors il y est invité par la compagnie d'origine, qui en fonction d'un accord avec un autre transporteur, transfère ses passagers en souffrances vers l'autre transporteur qui se charge de les amener à destination.

¹⁰³¹ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, *J.O.R.F.* du 4 janvier 2008, p. 258, texte n° 1.

708. – Une idée abstraite – En elle-même, la concurrence n'est pas incompatible avec la promotion de la continuité du service. Le marché est capable d'intégrer des considérations d'intérêt général. D'ailleurs, le marché peut même être considéré comme d'intérêt général. C'est cette idée qui fut notamment à l'origine de la fondation du marché commun dans les années mille neuf cent cinquante, et qui préside aujourd'hui à l'avènement du marché unique. Ce sont des considérations d'intérêt général qui sont à l'origine de l'engagement des États dans la construction européenne. L'existence du marché étant d'intérêt général, il serait propice à la prise en charge de certains aspects de l'intérêt général, dont la continuité de fonctionnement des services d'intérêt général. Mais cette idée, demeure abstraite. En pratique les écueils sont nombreux. Parmi eux, il y a le fait que le fonctionnement du réseau et son exploitation par le service final est un système complexe, faisant intervenir une multitude d'intervenants. L'opérateur du service final n'est qu'un intervenant parmi d'autres, dont beaucoup de sous-traitants. Lesquels sous-traitants sont eux-mêmes des acteurs d'un marché de sous-traitance. Or, pour que le fonctionnement du réseau et son exploitation soient continues, cela suppose que chacun des intervenants ait le souci de la continuité de la prestation du service final et de leur propre intervention sur le réseau, et plus largement que chacun des marchés (marché principal, marchés de sous-traitance, etc.) génère un fonctionnement continu de la prestation rendue sur ce marché.

709. – L'absence de « main invisible » – À moins d'une obligation précise imposée à chaque intervenant, tout cela ressemble à une vaste utopie. Il est vain d'attendre que le marché satisfasse à l'idée de continuité du service. Il n'y a pas de « main invisible » qui garantirait l'obtention de la continuité du service à l'insu des opérateurs et par les simples mécanismes du marché des services d'intérêt général en réseaux. Seule une obligation de continuité permettrait d'assurer cette continuité. Peut-il s'agir d'une obligation contractuelle ?

§2.- La continuité du service peut-elle résulter d'obligations contractuelles ?

710. – Les relations entre le prestataire du service d'intérêt général en réseaux et son client sont de nature contractuelle, soumises au droit privé. Déjà, du temps où les grands services en réseaux étaient des services publics industriels et commerciaux, la jurisprudence considérait que l'utilisateur était dans une relation contractuelle de droit privé

avec l'opérateur du service public. L'interférence avec le droit public existait, mais elle était limitée. À partir de la fin des années mille neuf cent soixante, l'essentiel du contentieux était judiciaire, sauf dans les télécommunications¹⁰³². Le droit des obligations n'est donc pas étranger aux services d'intérêt général, et il a pu tenir compte de certaines de leurs spécificités. C'est ainsi que la continuité du service peut être l'objet de certaines clauses contractuelles ; au-delà de la lettre des contrats, le juge peut considérer que la continuité constitue une obligation à la charge du prestataire de service (§1.-). Mais la responsabilité civile contractuelle qui en découle s'avère en pratique limitée (§2.-).

A.- La continuité de la prestation de service, parfois objet d'une obligation

711. – L'incident technique chez Orange – Le 6 juillet 2012, l'opérateur internet Orange a connu une panne générale de son réseau mobile et internet mobile. Pendant près de 12 heures, les 26 millions de clients que compte Orange ont été privés de leur téléphone. Auxquels il faut ajouter les clients des MVNO (Mobile Virtual Network Operator)¹⁰³³ et surtout de Free Mobile, qui ont conclu des accords d'itinérance avec Orange¹⁰³⁴. L'opérateur a indiqué vouloir indemniser ses clients par une journée de communications gratuites (échelonné par type de clientèle) et une place gratuite de cinéma, ceci pour le mois de septembre suivant¹⁰³⁵. Comme le rappelle Félix Rome dans son éditorial du *Recueil Dalloz* du 12 juillet 2012, cela ne peut suffire, car l'opérateur est

¹⁰³² TC, 24 juin 1968, *Sieur Ursot c./ Ministre des Postes et Télécommunications*, D. 1969, p 416, note Jean de GAUDUSSON.

¹⁰³³ Un MVNO est un opérateur de téléphonie mobile qui, ne possédant pas de concession de spectre de fréquences ni d'infrastructure de réseau propres, conclut des contrats avec les opérateurs mobiles possédant un réseau mobile (connu sous le sigle MNO, de l'anglais Mobile Network Operator) pour leur acheter des minutes de conversation en gros, afin de les revendre ensuite, sous sa propre marque, en services de communications mobiles à ses abonnés.

¹⁰³⁴ Selon le site internet de l'Expansion du 9 juillet 2012 : « Vendredi après-midi, c'est la tour de contrôle du réseau qui est tombée en panne, le HLR (Home Location Register). Il s'agit de la base de données centrale du réseau Orange gérant tous les droits des abonnés. Il regroupe les informations principales des utilisateurs mobiles, s'agissant aussi bien de leur identification que de la localisation de leurs communications. Une panne logicielle qui a empêché l'opérateur de gérer l'ensemble du trafic, en communication comme en données. Et une fois la panne identifiée et réparée, impossible de remettre immédiatement en route le service. Car il a fallu gérer ensuite l'afflux des connexions et des demandes de réenregistrement des téléphones à cette base. D'où la nécessité de procéder par étapes : voix, SMS, puis les data. Une opération de maintenance avait été effectuée sur le HLR deux jours avant la panne. Reste à établir si les événements sont liés... » Cf. : http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/les-raisons-de-la-mega-panne-chez-orange_312183.html

¹⁰³⁵ Source : Cf. : http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/panne-d-orange-comment-les-abonnes-seront-indemnisent_320758.html

tenu à une obligation de résultat. Cet incident ne l'exonère pas de l'application normale des règles de la responsabilité civile.

712. – Obligation de résultat – De quelle obligation de résultat s'agit-il ? Dans une affaire jugée en novembre 2009, la Cour de cassation a considéré qu'un fournisseur d'accès Internet était tenu par une obligation de résultat envers son client de lui fournir le service souscrit par lui¹⁰³⁶. Il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une obligation de continuité du service. Cependant, la continuité du service est incluse dans l'obligation de fourniture du service. On ne fournit pas un service de communications électroniques qui fonctionnerait par intermittence. L'opérateur du service de communications électroniques, ici de fourniture d'accès au réseau Internet a une obligation de résultat quant à une fourniture continue de ce service. D'ailleurs dans une affaire un peu plus ancienne concernant AOL, il était plus précisément question de cette continuité de fourniture d'accès au service.

La société AOL avait prévu dans un contrat-type utilisé en 2003 avec ses clients : « Vous reconnaissez, notamment compte tenu de la nature même du réseau donnant accès à l'Internet et des interventions nécessaires pour assurer son fonctionnement et sa qualité, qu'**aucune garantie** quelle qu'elle soit, expresse ou implicite, **notamment quant à l'absence d'interruption** ou d'erreur du service AOL ou aux performances et aux résultats découlant de l'utilisation de celui-ci ne vous est donnée par AOL. **En particulier, AOL ne peut offrir et n'offre pas la garantie que vous pourrez vous connecter au service AOL où et quand vous l'aurez choisi pour des raisons et contraintes liées au réseau lui-même.** Toutefois, AOL fera ses meilleurs efforts pour assurer la fourniture de l'accès au service AOL ». Sur recours de l'association UFC-Que choisir, la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 15 septembre 2005, avait considéré qu'il s'agissait d'une clause abusive¹⁰³⁷. En effet le caractère général de cette clause qui ne précisait pas les causes mêmes d'interruption ou d'erreur du service, exonérait le fournisseur d'accès à Internet des conséquences de ses propres carences. Cette clause a donc pour effet de dégager la société AOL de son obligation essentielle, à savoir une obligation de résultat, d'assurer effectivement l'accès au service promis. Cette clause est donc abusive. Cette position a été entièrement

¹⁰³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-21645, *M. Dezalle c./Sté Free Télécom*, D. 2009, p. 2927, obs. Patrice GUIOMARD.

¹⁰³⁷ CA Versailles, 15 septembre 2005, n° 04/05564, *SNC AOL France c./ UFC Que Choisir* : *Juris-Data* n° 2005-283144 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 171, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK.

validée par la Cour de cassation¹⁰³⁸. Plusieurs tribunaux avaient opté pour cette position jurisprudentielle dès avant l'intervention de la haute juridiction¹⁰³⁹. De même, la commission des clauses abusives considère depuis 2007 que du fait des évolutions techniques, la fourniture d'accès par le professionnel est une activité qui est dépourvue de tout aléa et qui est donc soumise à une obligation de résultat¹⁰⁴⁰.

Ainsi en matière de communications électroniques, il semble acquis que les fournisseurs d'accès sont débiteurs d'une obligation de résultat de fourniture du service. Ce qui est valable pour l'Internet est également valable pour la téléphonie fixe et la téléphonie mobile.

713. – Une obligation de résultat liée au principe de continuité ? – Une telle obligation de résultat semble exister dans le transport ferroviaire. La Cour d'appel de Paris a déjà eu plusieurs fois l'occasion de reconnaître explicitement ou implicitement l'existence d'une telle clause. Dernièrement ce fut par un arrêt du 22 septembre 2010¹⁰⁴¹. La cour juge que « *la SNCF a l'obligation contractuelle d'amener les voyageurs à destination selon l'horaire prévu tant pour les trains de grandes lignes que pour les trains de banlieue ; que cet impératif de ponctualité figure à son cahier des charges* ». Sa responsabilité est engagée pour manquement à cette obligation de ponctualité. Elle avait déjà jugé en ce sens dans un précédent arrêt de 1996¹⁰⁴², et de façon plus implicite dans un arrêt de 1994¹⁰⁴³.

L'obligation de ponctualité que doit respecter la SNCF ne figure pas explicitement dans le contrat de vente du billet de transport. La cour d'appel de Paris la rattache au cahier des charges de la SNCF, quand bien même celui-ci n'est pas directement opposable aux usagers. Il évoque en effet dans son article 1^{er} la ponctualité

¹⁰³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2007, pourvoi n° 05-20637, *SNC AOL France c./UFC Que Choisir* : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 7, obs. Anne DEBET.

¹⁰³⁹ TGI Paris, 5 avr. 2005, *UFC Que Choisir c/ SA Liberty Surf Group sous l'enseigne Tiscali et SA Tiscali Accès* : *Juris-Data* n° 2005-266903 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 104, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK. – TGI Paris, 21 févr. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-295356. – TI Cherbourg, 12 juill. 2007, *Jena-Marie L. c./SNCAOL France* : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 135, obs. Anne DEBET.

¹⁰⁴⁰ Commission des clauses abusives, recommandation n° 2007-01 *relative aux contrats proposant aux consommateurs les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision* (« *triple play* »), *BOCCRF* 31 juill. 2007, p. 976.

¹⁰⁴¹ CA Paris, 22 septembre 2010, n° 08/14438, *SELARL ACACCIA et M. Rémi Rouquette c./SNCF*, *D.* 2011, p. 12, obs. Isabelle GALLMEISTER ; *ibid.* p. 1445, chron. Hugues KENFACK ; *RJDA* 2011, n° 144 ; *Bull. transp.* 2010, p. 727, obs. M. TILCHE ; *JCP éd. G.* 2010, n° 47, note A. CLERC ; *JurisData* n° 2010-023260.

¹⁰⁴² CA Paris, 4 octobre 1996, *SNCF c./ Association des usagers des services publics d'Elancourt et de ses environs et autres*, *JCP éd. G.* 1997, II, 22811, note Philippe BRUN et Gilles PAISANT ; *D.* 1996, p. 243.

¹⁰⁴³ CA Paris, 31 mars 1994, *SNCF c./ Epx Beneteaud*, *D.* 1994, p. 134.

comme condition d'exploitation du réseau ferré. Autrement dit, contrairement aux services de télécommunications où le service public est absent des services d'Internet et de téléphonie mobile et où par conséquent l'obligation de résultat dans la fourniture continue du service est « déconnecté » du principe de continuité du service public, dans le transport ferroviaire, il existe encore une « connexion » entre le service public, donc le principe de continuité, et l'obligation contractuelle de ponctualité qui incombe à la SNCF.

À l'inverse, dans des arrêts relativement récents, rendus à propos de la responsabilité d'EDF en raison de coupures de courant électrique, la Cour de cassation a fait application d'un contrat de fourniture d'électricité, conclu en 1986 – soit bien avant la libéralisation du secteur de l'électricité –, qui comportait pour obligation essentielle « *la fourniture d'électricité, sans garantie de continuité* »¹⁰⁴⁴. Mais dans ce cas, les clients sont des entreprises. Il s'agit donc uniquement de contrats conclus entre professionnels.

714. – L'obligation contractuelle de continuité suffit-elle – L'obligation de continuité, lorsqu'elle existe dans un contrat de prestation de service, n'est donc pas liée à la présence du service public. Elle n'est pas une déclinaison du principe de continuité du service public adaptée aux relations contractuelles. Ce qui veut dire, à l'instar du secteur des communications électroniques, que le reflux du service public n'entamera en rien la présence éventuelle d'une obligation contractuelle de continuité. C'est donc légitimement qu'on peut s'interroger sur l'effet réel d'une telle obligation sur la continuité effective du service presté. Or, cet effet dépend quasi exclusivement de la responsabilité mise à la charge du débiteur de l'obligation. C'est donc le régime de la responsabilité encourue par le prestataire du service pour défaut de continuité, qu'il convient d'analyser maintenant.

B.- La responsabilité limitée du défaut de continuité de la prestation de service

715. – L'obligation de ponctualité et l'obligation de fourniture continue d'un accès Internet sont considérées par la jurisprudence comme étant des obligations de résultat. Ce qui veut dire que la responsabilité du débiteur de l'obligation, c'est-à-dire ici le

¹⁰⁴⁴ Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *Sté CNIM c./ EDF*, *Bull. civ. IV*, n° 265 ; *D.* 2008, p. 154, note Xavier DELPECH ; *Rev. des contrats*, 2008/2, p. 262, note Thomas GENICON, p. 287, note Geneviève VINEY ; *R.T.D.Civ.* 2008, n°2, p. 310, note Patrice JOURDAIN ; *Revue Lamy Droit des affaires*, 2008, n° 28, p. 37, note Christine BOILLOT.

prestataire du service, est engagée dès qu'un manquement à l'obligation est constaté. Aucune faute particulière n'est à prouver, l'existence du manquement suffit à engager la responsabilité. Mais alors se pose la question de l'étendue de cette responsabilité, ou plus précisément du préjudice indemnisé par le débiteur responsable.

On constate l'existence d'une pluralité de cas de figure, dont il se dégage néanmoins une tendance assez nette en faveur d'une limitation drastique de cette responsabilité pour manquement à l'obligation de continuité.

716. – L'évolution de la jurisprudence – Le contentieux opposant des voyageurs à la SNCF est sans doute celui qui reflète le mieux les paradoxes du mécanisme de responsabilité pour manquement à l'obligation de ponctualité.

La Cour d'appel de Paris, dans les trois arrêts précités de 1994, 1996 et 2010 engage la responsabilité de la SNCF et la condamne à verser des indemnités en réparation de préjudice subit. Dans l'arrêt de 1994¹⁰⁴⁵, des passagers qui sont victimes d'un retard important de leur train, n'ont pas pu atteindre l'aéroport à temps pour prendre le vol qu'ils avaient réservé. La SNCF est condamnée à leur rembourser le prix des billets d'avions plein tarif qu'ils ont dû racheter pour arriver sur leur lieu de vacance ; toutefois la cour refuse d'indemniser la perte d'une journée de vacances. Dans l'affaire jugée en 1996¹⁰⁴⁶, la SNCF est condamnée à verser 10.000 francs à une association d'usagers et 300 francs à chacun des trois voyageurs qui avaient assigné la SNCF devant la justice civile. Enfin, dans l'arrêt de 2010, l'avocat qui faute d'attraper sa correspondance à la gare de Lyon du fait du retard d'un premier train, n'a pu se rendre à l'audience où il devait plaider, est indemnisé pour le manque à gagner qui en résulte pour son cabinet, les billets de train et la perte de crédibilité vis-à-vis du client, à hauteur de 2836,12 euros et 500 euros de préjudice moral (inquiétude et énervement subi)¹⁰⁴⁷. La Cour d'appel de Paris cherchait donc à indemniser les préjudices les plus importants mais aussi ceux qui sont quantifiables sans difficulté. Comme l'écrit Hugues Kenfack dans sa chronique sous l'arrêt du 22 septembre 2010, « *quelle aurait été cette indemnisation s'il s'était agi d'un enseignant ayant raté sa correspondance et n'ayant pu effectuer ses cours devant ses étudiants ?* » Aucune, si l'on en croit la jurisprudence récente de la Cour de cassation.

¹⁰⁴⁵ CA Paris, 31 mars 1994, *SNCF c./ Epx Beneteaud*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁶ CA Paris, 4 octobre 1996, *SNCF c./ Association des usagers des services publics d'Elancourt et de ses environs et autres*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁷ CA Paris, 22 septembre 2010, n° 08/14438, *SELARL ACACCIA et M. Rémi Rouquette c./SNCF*, *op. cit.*

En effet, par un arrêt du 28 avril 2011¹⁰⁴⁸, la Cour de cassation casse et annule le jugement d'une juridiction de proximité qui avait indemnisé un couple de vacanciers qui n'ont pu rejoindre à temps l'aéroport d'Orly du fait d'un retard et d'une déviation de leur train pour la gare de Paris-Montparnasse. Pour condamner la SNCF, la juridiction de proximité, constate que l'arrivée s'était finalement effectuée à la gare de Massy-Palaiseau au lieu de la gare Montparnasse à Paris, et constate que l'horaire d'arrivée était à 14h26 au lieu de 11h34 ; elle juge que ces circonstances rendaient impossibles la poursuite du voyage tel qu'il avait été organisé. De plus, elle retient que d'une manière générale, les voyageurs que la SNCF transporte ne sont pas rendus à destination quand ils sont en gare d'arrivée, notamment quand il s'agit de gares parisiennes. Dès lors, la SNCF ne saurait prétendre que le dommage résultant de l'impossibilité totale pour les demandeurs de poursuivre leur voyage et de prendre une correspondance aérienne prévue était totalement imprévisible lors de la conclusion du contrat de transport. Au contraire, visant l'article 1150 du code civil¹⁰⁴⁹, la Cour de cassation juge « *qu'en se déterminant par des motifs généraux, sans expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale de M. et Mme X... et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ;* » Or, imagine-t-on un client de la SNCF indiquer lors de l'achat de son billet qu'il a ensuite une correspondance à tel aéroport ? Où serait consignée l'information ? Le contrat de transport, comme les contrats d'abonnement sont des contrats d'adhésion ; le client ne peut rien négocier. En définitive, comme l'écrit Mireille Bacache dans son commentaire sous cet arrêt « *en pratique il sera sans doute très difficile au voyageur de rapporter la preuve exigée par la Cour, de sorte que le dommage consécutif au retard ne sera jamais réparé. Le paradoxe de l'arrêt consiste alors à commencer par réaffirmer la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle pour ensuite la priver d'une grande partie de son effectivité par une appréciation stricte de la prévisibilité du dommage réparable.* »¹⁰⁵⁰ En réalité, la Cour de cassation a fait un choix de politique jurisprudentielle déterminé par le souci de préserver l'équilibre financier de la SNCF. Car comme l'écrit Patrice Jourdain, « *obliger la SNCF à réparer intégralement les*

¹⁰⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *SNCF c./Epx X.*, D. 2011, p 1725, obs. Isabelle GALLMEISTER ; *ibid.* p. 1745, éditorial de Félix ROME ; *Ibid.* p. 1725, note Mireille BACACHE ; RTD Civ. 2011, p. 547, note Patrice JOURDAIN

¹⁰⁴⁹ Article 1150 du code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* »

¹⁰⁵⁰ BACACHE (Mireille), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *SNCF c./Epx X.*, D. 2011, p 1725.

conséquences préjudiciables des retards risquerait de générer un contentieux non maîtrisable et fort onéreux pour celle-ci »¹⁰⁵¹.

717. – Les clauses limitatives de responsabilité – La Cour de cassation n'aurait pas eu besoin d'une lecture aussi stricte de l'article 1150 du code civil, si les clauses limitatives de responsabilité avait été praticable dans ce type de contrat de transport. Or, cela n'est pas possible dans les contrats avec les particuliers. De telles clauses sont présumées abusives en vertu de l'article R. 132-1, 6^e, du code de la consommation. De la même façon, on l'a vu, qu'AOL ne pouvait limiter sa responsabilité dans la fourniture d'un accès Internet¹⁰⁵². En revanche, ce type de clause est possible entre professionnels. C'est le cas pour EDF qui fournit de l'électricité sans obligation de continuité et avec une clause limitative de responsabilité en cas de coupures de courant inopinées¹⁰⁵³.

718. – Un modeste aiguillon en faveur de la continuité – Il apparaît donc que le droit des obligations est un très modeste aiguillon en faveur de la continuité du service d'intérêt général. La responsabilité des opérateurs des services en réseaux existe, elle est engagée par les tribunaux et les cours, mais elle demeure limitée, soit du fait de clauses limitatives de responsabilité lorsqu'elles existent, soit par une application stricte des règles communes de la responsabilité contractuelle, particulièrement l'article 1150 du code civil.

Dans ces conditions, les opérateurs ne subiront pas une pression excessive liée au risque de mise en jeu de leur responsabilité. Du point de vue du droit de la responsabilité, dans l'état actuel de la jurisprudence, l'obligation de continuité, quand elle existe, est d'une portée limitée. Elle n'est donc pas de nature à créer une forme de garantie d'un fonctionnement continu du service.

¹⁰⁵¹ JOUDAIN (Patrice), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *SNCF c./Epx X.*, RTD Civ. 2011, p. 547.

¹⁰⁵² CA Versailles, 15 septembre 2005, n° 04/05564, *SNC AOL France c./ UFC Que Choisir* : *Juris-Data* n° 2005-283144 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 171, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK. – Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2007, pourvoi n° 05-20637, *SNC AOL France c./UFC Que Choisir* : *Comm. com. électr.* 2008, comm. 7, obs. Anne DEBET.

¹⁰⁵³ Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *Sté CNIM c./ EDF*, *Bull. civ. IV*, n° 265 ; *D.* 2008, p. 154, note Xavier DELPECH ; *Rev. des contrats*, 2008/2, p. 262, note Thomas GENICON, p. 287, note Geneviève VINEY ; *R.T.D.Civ.* 2008, n°2, p. 310, note Patrice JOURDAIN ; *Revue Lamy Droit des affaires*, 2008, n° 28, p. 37, note Christine BOILLOT.

Section 2.- Le respect des libertés de circulation ou la volonté d'obtenir la continuité par la contrainte ?

719. – Autre vecteur de la concurrence dans le cadre du marché unique, le respect des libertés de circulations qui sont garanties par les traités de l'Union européenne, pourrait être un moyen d'obtenir une forme de continuité du service par raréfaction des cas possibles de mouvement social désorganisant tel ou tel service en réseaux. D'autant que les autorités de l'Union européenne, que ce soit principalement la Cour de justice, mais aussi dans une large mesure la Commission européenne, ont développé une conception radicale du respect de ces libertés de circulation. La primauté du marché supporte peu d'exception. Cette contrainte exercée sur les droits d'action collective serait-elle de nature à favoriser la continuité du service par raréfaction des cas de grève et de blocage des services en réseaux par des mouvements sociaux ? En réalité rien n'est moins sûr. On constate tout d'abord que l'atteinte aux libertés de circulation est sévèrement réprimée par la Cour de justice de l'Union européenne (§1.-), mais les tentatives de réglementations européennes des droits d'action collective semblent vaines (§2.-).

§1.- L'atteinte aux libertés de circulation sévèrement réprimée par la Cour de justice de l'Union européenne

720. – La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît le caractère fondamental des libertés de circulation (A.-), ce qui lui permet d'en réprimer plus facilement les atteintes y compris du fait de l'exercice d'autres libertés fondamentales (B.-).

A.- Le caractère fondamental des libertés de circulation

721. – ***Des libertés fondamentales consacrées par les textes européens*** – Le caractère fondamental des libertés de circulation qui nous intéressent ici, libertés de circulation des personnes, libertés d'établissement, liberté de prestation de service et liberté de circulation des marchandises, est déterminé soit par les textes des traités européens, soit par l'interprétation qu'en fait la Cour de justice de l'Union européenne. La liberté de circulation des personnes et la liberté de circulation des services font partie des fondements de la Communauté économique européenne, puisque le traité de Rome

comportait un titre III dans sa deuxième partie, consacré à « La libre circulation des personnes, des services et des capitaux ». En l'absence de citoyenneté européenne, la liberté de circulation des personnes était essentiellement conçue comme la liberté de circulation des travailleurs européens. L'objectif étant de réaliser un marché du travail commun. Pour essentielles que furent dès l'origine ces libertés, elles n'avaient pas été qualifiées de fondamentales, au sens juridique du terme.

Aujourd'hui l'architecture des textes ayant considérablement été modifiée, c'est par eux que le caractère fondamental de ces trois libertés est juridiquement reconnu. En premier lieu, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne distingue clairement la liberté de séjour et de circulation des citoyens de l'Union européenne (cf. : articles 20, §2, et 21 du TFUE), de la liberté de circulation des travailleurs (cf. : articles 45 et suivant du TFUE), de la liberté d'établissement (cf. : articles 49 et suivants du TFUE) et de la liberté de circulation (ou de prestation) de services (cf. : articles 56 et suivants du TFUE). En second lieu, cette architecture est reprise par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui depuis le traité de Lisbonne a pleinement force juridique au sein de l'Union européenne. En ce qui concerne les libertés professionnelles, selon les 1 et 2 de son article 15, « *toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* », et « *tout citoyen de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre* ». La formulation est certes différente de celle figurant dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, mais on retrouve bien ici les trois libertés professionnelles consacrées par le traité, à savoir la libre circulation des travailleurs, la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Quant à l'article 45 de la charte, il consacre le droit de circuler et de séjourner sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne à tous les citoyens de l'Union.

Les libertés de circulation des personnes et des travailleurs, de prestation de services, et d'établissement sont des libertés fondamentales au sein de l'Union européenne. Elles sont consacrées avec d'autres droits fondamentaux par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Nul ne peut contester le caractère fondamental de ces libertés. La Cour de justice de l'Union européenne se trouve donc dans l'obligation de garantir et de faire respecter ses libertés fondamentales de circulation.

722. – *Un ancrage solide pour mieux résister aux entraves* – Déjà avant que la Charte des droits fondamentaux intègre le système juridique de l'Union européenne, la Cour de justice avait consacré le caractère fondamental des libertés de circulations

garanties par le traité. Étrangement, il n’y a pas à proprement parler d’arrêt de principe affirmant soudainement ce caractère fondamental. Comme l’écrit fort justement le professeur Claude Blumann, « *Il faut d’ailleurs relever cette expression de “libertés fondamentales” utilisées de plus en plus souvent tant par la Cour que par ses avocats généraux. Il s’agit de bien montrer notamment par l’abandon de toute référence au caractère originairement économique de ces libertés qu’elles n’ont pas à céder nécessairement le pas devant les motifs d’intérêt général avancés par les États membres y compris lorsque ceux-ci découlent de droits fondamentaux* »¹⁰⁵⁴. Ainsi par exemple, dans un arrêt *Humanplasma GmbH* de décembre 2010, la Cour de justice de l’Union européenne considère que « *La libre circulation des marchandises est un principe fondamental du traité CE qui trouve son expression dans l’interdiction, énoncée à l’article 28 CE, des restrictions quantitatives à l’importation entre les États membres ainsi que de toutes mesures d’effet équivalent* »¹⁰⁵⁵, puis plus loin, « *il ressort de la jurisprudence qu’une réglementation qui est de nature à restreindre une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises* »¹⁰⁵⁶. L’arrêt cite ainsi des arrêts un peu plus anciens qui en réalité ne qualifient pas de « fondamentale » la liberté de circulation des marchandises¹⁰⁵⁷.

Cette consécration par petites touches, sans fracas apparent, instaure un ancrage solide de ce caractère fondamental conçu pour résister aux entraves, y compris celles provenant de l’exercice d’autres libertés tout aussi – voire plus – fondamentales.

B.- La répression des entraves à l’exercice des libertés fondamentales de circulation

723. – La notion de mesure d’effet équivalent aux restrictions quantitatives – Dès l’origine, afin d’assurer l’effectivité notamment de la liberté de circulation des marchandises, le traité de Rome organisait aux articles 30 et suivants « *l’élimination des restrictions quantitatives entre les États membres* ». Sont interdites en vertu de l’article 30 du traité de Rome, les restrictions quantitatives à l’importation ainsi que toutes mesures d’effet équivalent. La disposition existe pour les exportations (article 34). Ces dispositions se retrouvent aujourd’hui aux articles 34 et 35 du TFUE. La Cour de justice

¹⁰⁵⁴ BLUMANN (Claude), note sous CJCE, gr. ch., 17 nov. 2009, aff. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna*, JCP éd. G. 18 janvier 2010, comm. 68.

¹⁰⁵⁵ CJUE, 9 décembre 2010, aff. n° C-421/09, *Humanplasma GmbH c./ Republik Österreich*, point 25.

¹⁰⁵⁶ *Ibid*, point 34.

¹⁰⁵⁷ CJCE, 8 mai 2003, aff. n° C-14/02, *ATRAL*, Rec. p. I-4431. – CJCE, 7 juin 2007, aff. n° C-254/05, *Commission c./ Belgique*, Rec. p. I-4269.

a défini plus précisément la notion de mesure d'effet équivalent avec l'arrêt *Dassonville* de 1974¹⁰⁵⁸. Il en ressort que la mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives se caractérise par trois éléments : en premier lieu il s'agit d'une réglementation, en second lieu elle a un objet commercial ou plutôt ayant des effets sur le commerce, et en troisième lieu elle doit affecter le commerce ou les échanges intracommunautaire.

Sans revenir sur le détail de cette jurisprudence, qui est très fournie et subtile, c'est à partir de la notion de mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives que certaines entraves provoquées par des grèves ou manifestations ont pu être jugées illégales ou pas aux règles du traité.

724. – L'arrêt « Guerre des fraises » – Ainsi, dans un arrêt rendu le 9 décembre 1997¹⁰⁵⁹, saisie d'un recours en manquement contre la France par la Commission européenne, la Cour de justice des Communautés européennes condamna la France pour ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour faire cesser le blocage des frontières et les actes de vandalisme des producteurs français de fruits et légumes. Pendant plusieurs années de suite, ceux-ci manifestaient leur opposition au marché commun et à la concurrence des producteurs d'autres pays de l'Union, principalement espagnols, qu'ils jugeaient déloyale. La Cour retient que « *compte tenu de la fréquence et de la gravité des incidents énumérés par la Commission, les mesures que le gouvernement français a adoptées en l'occurrence n'ont manifestement pas été suffisantes pour garantir la liberté des échanges intracommunautaires de produits agricoles sur son territoire, en empêchant et en dissuadant efficacement les auteurs des infractions en cause de les commettre et de les répéter* »¹⁰⁶⁰. En principe les agissements de personnes privées ne sont pas qualifiés de mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Mais le fait qu'ils n'aient pas été interdits et réprimés avec vigueur par l'État modifie la perception du problème, qui ne devient plus uniquement un agissement isolé d'une personne privée, mais une inaction ou une passivité de l'État membre où se déroulent les faits en cause. Ce n'est donc pas tant le comportement des agriculteurs que la Cour condamne, mais le manquement de l'État français à son obligation de prendre les mesures nécessaires au respect des règles de fonctionnement du marché commun. Pour la Cour, seule la circonstance d'éviter des troubles plus graves

¹⁰⁵⁸ CJCE, 11 juillet 1974, aff. n° 8/74, *Procureur du Roi c./Benoît et Gustave Dassonville*, Rec. p. 837 ; in *Les Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Michaël Karpenschif et Cyril Nourissat, (dir.), Paris, PUF, Coll. « Thémis Droit », 2010, p 61, n° 13.

¹⁰⁵⁹ CJCE, 9 décembre 1997, Aff. n° C-265/95, *Commission c./ République française*, Rec. I, p. 6959 ; *Europe* février 1998, n° 55, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; *R.F.D.A.* 1998, p. 120, note Louis DUBOUIS.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, point 52.

à l'ordre public pourrait justifier une absence d'intervention des forces de l'ordre. Mais comme le fait remarquer la Cour, « *cet argument ne saurait, en tout état de cause, être avancé que dans un cas précis, et non pas, comme en l'espèce, de manière globale pour l'ensemble des incidents évoqués par la Commission* »¹⁰⁶¹. La France fut donc condamnée pour son inaction face aux manifestations violentes et destructrices de ses producteurs de fruits et légumes, nonobstant la légitimité éventuelle de leurs revendications qui n'est pas prise en considération par cet arrêt.

725. – L'arrêt Eugen Schmidberger – Cependant, dans une autre affaire, la Cour n'a pas condamné l'État mis en cause pour avoir laissé bloquer un axe important de trafic routier par des manifestants. Le gouvernement autrichien avait laissé se dérouler une grande manifestation d'une association écologiste qui avait pour effet de bloquer la circulation sur l'autoroute du Brenner pendant plus de trente heures. La Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle par une juridiction autrichienne, devait déterminer si la fermeture complète de l'autoroute du Brenner pouvait être considérée comme constitutive d'une entrave à la libre circulation des marchandises, et donc comme une violation du droit communautaire imputable à l'État autrichien. Dans un arrêt *Eugen Schmidberger* du 12 juin 2003¹⁰⁶², la cour constate d'abord que l'autoroute du Brenner est une voie routière de première importance pour la libre circulation des marchandises au sein de la Communauté européenne reliant l'Europe septentrionale et l'Italie. La cour reprend ensuite le raisonnement qu'elle avait initié avec l'arrêt *Dassonville* de 1974 et ensuite l'arrêt « *Guerre des fraises* » de 1997¹⁰⁶³. La Cour réaffirme donc que les articles 28 et 29 du TCE (applicable à l'époque)¹⁰⁶⁴ ne prohibent pas seulement les actes ou comportements d'origine étatique susceptibles de constituer un obstacle aux échanges, mais impliquent l'obligation positive pour les États membres de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de la « liberté fondamentale » de circulation des marchandises. Cette obligation vaut aussi bien pour les actes affectant les flux d'importation et d'exportation, mais aussi le simple transit des marchandises comme c'était le cas en l'espèce.

Ayant admis, en l'espèce, que le blocage de cet axe de circulation de première importance pouvait être considéré comme un obstacle à la libre circulation imputable aux autorités autrichienne et tombant sous le coup de la prohibition de l'article 28 du

¹⁰⁶¹ CJCE, 9 décembre 1997, Aff. n° C-265/95, *Commission c./ République française*, op. cit., point 58.

¹⁰⁶² CJCE, 12 juin 2003, aff. n° C-112/00, *Eugen Schmidberger*, Rec. I-5659 ; *Europe* 2003, comm. 272, note Anne RIGAUX et Denys SIMON.

¹⁰⁶³ CJCE, 9 décembre 1997, Aff. n° C-265/95, *Commission c./ République française*, op. cit.

¹⁰⁶⁴ Actuellement, il s'agit des articles 41 et 67 du TFUE

TCE, il restait à vérifier si une telle entrave pouvait être justifiée. Une telle justification pouvant provenir soit des raisons visées à l'article 30 du TCE¹⁰⁶⁵, soit par une exigence impérative d'intérêt général au sens de la jurisprudence *Cassis de Dijon*¹⁰⁶⁶. La cour considère que seul doit être pris en compte l'objectif poursuivi par les autorités nationales, s'agissant de l'autorisation ou de l'interdiction de la manifestation écologiste ayant eu pour effet de bloquer l'autoroute. Or, l'attitude des autorités autrichienne a été justifiée pour l'essentiel par la volonté de respecter le droit fondamental de manifester et d'exprimer ses opinions, droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et par la constitution autrichienne. La cour juge alors que la protection de ces droits fondamentaux tels que notamment garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, constitue bien un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par la liberté de circulation des marchandises. La cour vérifie *in fine* que cette restriction est proportionnée au but recherché ; elle opère pour ce faire une balance des intérêts en présence et contrôle le respect d'un juste équilibre entre ceux-ci. Elle juge que d'une part l'obstacle à la libre circulation des marchandises avait une portée limitée et circonstanciée ; d'autre part le blocage ne visait pas spécifiquement des produits d'origine déterminée ; enfin, les autorités autrichiennes se sont efforcées de limiter les perturbations à la circulation, de gérer le bon déroulement de la manifestation et d'organiser des itinéraires de contournements précédés d'une campagne d'information des usagers de l'autoroute du Brenner. La République d'Autriche n'a donc aucunement violé ses obligations découlant du droit communautaire.

726. – Le point d'équilibre – Ainsi, avec l'arrêt *Eugen Schmidberger* du 12 juin 2003, la Cour de justice semble avoir fixé sa jurisprudence en matière d'atteinte aux libertés de circulation par l'exercice d'autres libertés fondamentales telle que la liberté de manifester. Ce n'est pas tant l'exercice de cette liberté de manifester que la cour condamne le cas échéant, mais l'attitude de l'État membre concerné par ces manifestations. La cour ne semble pas remettre en cause l'exercice des libertés par les citoyens. Comme tous les droits subjectifs, ces libertés ne sont pas absolues. De la même manière d'ailleurs que les libertés de circulation ne sont pas absolues. La cour semble à la recherche d'un point d'équilibre entre les droits des citoyens – ici droit de manifester – et les libertés de circulation. Mais dans ces deux arrêts, *Commission c./*

¹⁰⁶⁵ Actuellement, il s'agit de l'article 87 et 88 du TFUE

¹⁰⁶⁶ CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Arrêt dit « Cassis de Dijon »), *Rec.* p. 649 ; *R.T.D. eur.* 1980, p. 611, note Jean-Claude MASCLET ; *R.M.C.* 1980, p. 514, note A. MATTERA ; *J.D.I.* 1981, p. 106, note Robert KOVAR.

France de 1997 et *Eugen Schmidberger* de 2003, c'était l'État qui était finalement mis en cause dans l'exercice de ses prérogatives régaliennes de maintien de l'ordre public. Et ce d'autant plus que dans les deux cas, les actions collectives et manifestations se sont déroulées sur la voie publique.

727. – La bascule – En 2007, par deux arrêts, la Cour de justice semble vouloir durcir sa position à l'égard de l'exercice par les citoyens des libertés d'actions collectives et du droit de grève en cas d'entrave aux libertés de circulation, en l'espèce la liberté d'établissement et la liberté de prestation de service.

728. – L'arrêt Viking – Dans l'arrêt dit *Viking* du 11 décembre 2007¹⁰⁶⁷, était en cause la société finlandaise de transport maritime *Viking Line ABP* qui exploitait un ferry, le *Rosella* entre Helsinki et Tallinn. La société Viking souhaitait transférer en Estonie l'établissement exploitant le navire, afin de profiter de niveaux de salaires inférieurs et fournir ses services de ferry depuis ce pays et non plus à partir de la Finlande. Mais, elle s'est heurtée de front à un syndicat finlandais de marins qui menaçait la compagnie maritime de déclencher une grève et d'organiser un boycott si la délocalisation était menée à bien sans maintenir le niveau des salaires des employés basés en Finlande. Ce syndicat étant par ailleurs vivement soutenu par une association internationale de syndicats des secteurs de transport (ITWF), la compagnie prit très au sérieux ces menaces et engagea une procédure judiciaire notamment contre l'ITWF qui aboutit aux questions préjudicielles dont la Cour de Justice fut saisie : 1°/ L'action collective en cause échappe-t-elle au champ d'application de l'article 43 TCE compte tenu de la politique sociale communautaire ? 2°/ Ces mêmes dispositions de l'article 43 TCE peuvent-elles être invoquées par une entreprise privée ? 3°/ Les actions collectives en cause constituent-elles une restriction à la libre circulation, sont-elles objectivement justifiées, appropriées et proportionnées et respectent-elles un juste équilibre entre d'une part, le droit social fondamental de mener une action collective et, d'autre part, la liberté d'établissement et la libre prestation des services ?

La cour répondant par la négative à la première question et par l'affirmative à la deuxième question, elle peut examiner la troisième question qui nous intéresse ici principalement.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 11 décembre 2007, aff. n° C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP et OÜ Voking Lines Eesti*, Europe 2008, comm. 48, note Denys SIMON ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, note Patrick CHAUMETTE ; *J.C.P. éd. G.*2008, II, 10060, note Christophe VIGNEAU.

Sa réponse s'inscrit dans la droite ligne de sa jurisprudence selon laquelle une restriction à la liberté d'établissement – comme à toute autre liberté de circulation – ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Elle observe que le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité, et que la protection des travailleurs figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général. Mais, elle ajoute aussitôt que cette restriction n'est valable qu'à la condition qu'il soit établi qu'elle est apte à garantir la réalisation de l'objectif légitime poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. En l'espèce, elle n'indique pas précisément si l'action collective en cause outrepassait les limites qu'elle vient de fixer. Elle laisse au juge national le soin d'opérer ce contrôle de proportionnalité.

729. – L'arrêt Laval – Puis, par l'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007, la cour va encore plus loin dans cette logique de restriction des libertés fondamentales des travailleurs européens. Dans cette affaire étaient opposés la société *Laval un Partneri Ltd*, société de droit letton ayant son siège à Riga à des syndicats suédois du bâtiment. Dans le cadre d'une prestation de service menée en Suède, la société Laval avait détaché certains de ses employés soumis aux conditions de travail et donc de rémunération issues du droit letton. Or les syndicats suédois demandaient que les travailleurs de la société Laval détachés en Suède, soient soumis aux conditions prévues par les conventions collectives suédoises applicables. Des négociations ont eu lieu mais n'ont pas abouti. La société Laval s'en tenant au respect du droit du travail letton dans le cadre de cette prestation de service en Suède. C'est alors que les syndicats suédois ont mené des actions collectives visant l'ensemble des chantiers sur lesquels intervenaient la société Laval, entraînant un blocus de tous les travaux d'électricité et bloquant en conséquences les travaux de la société Laval. La juridiction suédoise du travail fut saisie pour mettre fin à ces agissements collectifs. Cette juridiction suédoise interrogea la Cour de justice de la Communauté européenne sur la conformité au droit communautaire des actions syndicales collectives visant à contraindre un prestataire de services, originaire d'un autre État membre que celui dans lequel il intervient, de signer au profit de ses employés détachés une convention collective issue du système juridique de l'État membre d'accueil.

La Cour de justice considère que le droit de mener une action collective est un droit fondamental, reconnu par la constitution suédoise, mais qui est néanmoins soumis

à des restrictions. Ensuite elle rappelle qu'elle a déjà jugé que la protection des droits fondamentaux constitue certes un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux libertés de circulation, mais elle affirme aussitôt que le droit de mener une action collective n'échappe pas au champ d'application du droit communautaire : autrement dit, la cour s'autorise à confronter ces différentes libertés fondamentales dans sa mission principale d'assurer le respect du droit communautaire. Revenant concrètement aux faits de l'espèce, elle juge en premier lieu que l'action collective en cause qui a pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier en principe une restriction à la liberté de prestation de service. Néanmoins, ce n'est pas le cas lorsque, comme dans le cas présent, les actions collectives menées par les syndicats visent à imposer, à une entreprise établie dans un autre État membre, une négociation salariale qui s'inscrit dans un contexte national (suédois) marqué par l'absence de dispositions qui soient suffisamment précises et accessibles. L'entreprise qui souhaite effectuer des prestations de service dans le pays d'accueil, se trouve en pratique dans l'impossibilité de déterminer les obligations qu'elle doit respecter en termes de salaire minimal. Autrement dit, il résulte de l'arrêt Laval, que si le droit national n'est pas précis sur les minimas salariaux, ce n'est pas à la négociation collective de le clarifier, quand bien même la négociation collective est le moyen privilégié pour définir le droit du travail dans l'État membre d'accueil.

730. – Une continuité obtenue par la liquidation des droits d'action collective –

La Cour de justice de l'Union européenne s'est donc progressivement arrogé le pouvoir de confronter les libertés collectives du travail avec les libertés de circulation, pour condamner l'exercice des libertés collectives qui porterait une atteinte disproportionnée, selon elle, aux libertés de circulation. Mais ce faisant, elle devient juge à part entière de la légitimité de la mise en œuvre des droits fondamentaux d'actions collectives. Ce qui est loin d'être évident en termes de compétence *rationae materiae* de la cour, et ce qui pose de nombreuses questions juridiques. Ses condamnations de telles ou telles actions collectives, agissent comme une mise sous pression du droit de grève notamment, et de son exercice par les syndicats et les salariés au sein des entreprises de services d'intérêt général en réseaux. Or, cette incitation à ne pas mener d'actions collectives disproportionnées au regard de l'atteinte portée aux libertés de circulation pourrait agir comme un facteur puissant de continuité du service en cas de mouvement social dans les entreprises de réseaux. Les libertés de circulations suffiraient à assurer la continuité des prestations de services d'intérêt général en réseaux.

731. – L’absence de conciliation des droits et libertés contraires – Pour autant, ce n’est pas une solution satisfaisante, qui pourrait compenser l’absence d’un principe de continuité du service d’intérêt général en réseaux.

D’une part, il est navrant de constater que cela aboutit à faire prévaloir les libertés de circulations sur les autres libertés fondamentales. La cour ne cherche pas à concilier les libertés fondamentales, elle exerce un contrôle de conformité de l’usage des libertés collectives du travail aux libertés de circulation. Comme l’écrit le professeur Patrick Chaumette à propos des arrêts *Viking* et *Laval*, « ces deux arrêts semblent confirmer l’hypothèse [...], selon laquelle une conciliation existe entre le droit social et le droit de la concurrence selon des principes entièrement gouvernés par celui-ci »¹⁰⁶⁸. Le déséquilibre est patent et interroge sur la finalité même du droit de l’Union européenne.

D’autre part, si tenté que cela aboutisse à favoriser la continuité du service en réseaux, ce qui en pratique n’est pas démontré, cela ne peut avoir la force d’un principe juridique de continuité, en bonne et due forme. Cette jurisprudence ne vise à favoriser la continuité du service qu’en cas de mouvement social. Non seulement comme nous le verrons ultérieurement, cette limitation des droits d’action collective des travailleurs est problématique d’un point de vue juridique, mais par ailleurs toutes les autres situations de rupture de continuité du service seront très mal encadrées juridiquement.

732. – La jurisprudence de la cour n’est-elle pas trop contraignante sur les libertés fondamentales autres que les libertés de circulation ? N’a-t-elle pas privilégié les libertés de circulation et donc le fonctionnement du marché commun sur l’autel de l’Europe sociale ? L’adoption d’une réglementation ne serait-elle pas de nature à rééquilibrer la conciliation entre l’exercice de ces diverses libertés fondamentales au sein de l’Union européenne ? Certains ont pu le penser et pousser à l’adoption de règlements européens tentant de trouver un équilibre moins sujet à la critique que les solutions jurisprudentielles.

¹⁰⁶⁸ CHAUMETTE (Patrick), « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.* 2008, p. 211.

§2.- Les tentatives de réglementations européennes des droits d'action collective au regard de la continuité des services en réseaux

733. – Ces positions jurisprudentielles successives prises par la Cour de justice ont donné lieu à des réponses institutionnelles impulsées par la Commission européenne. Celle-ci tenta de légiférer sur ces questions relatives à l'articulation entre actions collectives et respect des libertés de circulation. Elle réussit à faire adopter un règlement dit « fraises » visant à éviter les entraves à la libre circulation des marchandises dans les transports. On peut s'interroger sur la capacité de ce règlement d'envergure limitée, à favoriser la continuité dans les transports (A.-). Suite aux arrêts *Viking* et *Laval*, la Commission européenne a souhaité mettre en place une réglementation de l'exercice du droit de mener des actions collectives lorsqu'étaient en jeu la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Ce projet censuré par une majorité qualifiée des parlements nationaux n'aurait pas permis s'il avait été adopté de générer une quelconque garantie de continuité des services en réseaux (B.-).

A.- L'application du règlement « fraises », facteur de continuité des transports ?

734. – ***L'inefficacité de la procédure en manquement*** – Le règlement n° 2679/98 a été adopté par le Conseil le 7 décembre 1998¹⁰⁶⁹ à la suite de l'affaire dite de la guerre des fraises jugée par le Cour un an plus tôt. La procédure en manquement qui avait donné lieu à l'arrêt du 9 décembre 1997¹⁰⁷⁰, s'est révélée en réalité peu adaptée face à un blocage des frontières et donc aux entraves aux libertés de circulation. C'est une procédure longue comportant notamment une phase précontentieuse obligatoire s'étalant sur plusieurs mois de délai.

¹⁰⁶⁹ Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil, 7 décembre 1998, *relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres*, *J.O.C.E.* 12 décembre 1998, n° L 337, p. 8. Sur ce texte, voir : MUÑOZ (R.), « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? », *Europe*, février 1999, chron. 2 ; GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah.dr.eur.* 2002, pp. 45-93 ; MATTERA (A.), « Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du marché intérieur : le Règlement n° 2679/98. De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi" », *R.M.U.E.* 1999/2, pp. 11-23.

¹⁰⁷⁰ CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, Aff. n° C-26/95, *Rec. I*, p. 6959 ; *Europe* février 1998, n° 55, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; *R.F.D.A.* 1998, p. 120, note Louis DUBOUIS.

Initialement, la Commission avait mis au point un projet de règlement instaurant une procédure en manquement simplifiée en cas d'entraves à la liberté des échanges intracommunautaires. Or, cette proposition fut rejetée par les États membres, parce qu'ils considéraient que cette procédure aurait donné trop de pouvoir à la Commission et portait une atteinte à leur souveraineté. Néanmoins un accord fut trouvé pour adopter un règlement instaurant une procédure plus modeste, permettant d'enclencher une procédure rapide en réaction aux entraves à la libre circulation des marchandises¹⁰⁷¹.

735. – Le contenu du règlement « Fraises » – Au sens du règlement, une entrave à la libre circulation des marchandises doit être imputable à un État membre du fait de son action ou de son inaction. Cela doit être susceptible de constituer une violation des articles 30 et 36 du Traité et doit par ailleurs respecter trois conditions : premièrement, l'entrave doit provoquer une perturbation grave de la libre circulation des marchandises en retardant ou détournant, que ce soit physiquement ou de toute autre manière, l'importation ou le transit de marchandises dans un État membre ou l'exportation de ces marchandises à partir de ce même État membre ; deuxièmement, l'entrave doit causer des dommages sérieux aux particuliers lésés ; troisièmement, l'entrave nécessite une action immédiate afin d'éviter toute continuation, extension ou aggravation de la perturbation ou des dommages en question.

Le système d'alerte rapide mis en place par le règlement 2679/98 est fondé sur un échange d'informations entre les États membres et la Commission. Il s'agit d'abord d'informer sur une entrave qui se produit, ou qui risque de se produire. Tout État qui détient des informations à ce sujet doit en informer les autres États membres et la Commission. L'État concerné, sur le sol duquel l'entrave se produit ou risque de se produire doit informer la Commission de toutes les mesures nécessaires et proportionnées pour assurer la liberté de circulation sur son territoire, la Commission se chargeant de répercuter les informations pertinentes aux autres États membres. Enfin, le règlement permet à la Commission d'identifier toute entrave qui se produit dans un État membre, de notifier à celui-ci les raisons qui l'ont amené à considérer qu'une telle entrave existait et de demander à l'État concerné de prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnées pour faire cesser cette entrave dans un délai qu'elle fixe en fonction de l'urgence en cause. Dans un délai de cinq jours l'État informe alors la

¹⁰⁷¹ Sur l'historique de l'adoption du règlement 2679/98 voir : MUÑOZ (R.), « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? », *Europe*, février 1999, chron. 2 ; GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah.dr.eur.* 2002, pp. 45-93, spéc. pp. 46-59.

Commission soit des mesures qu'il a prises pour faire cesser ladite entrave soit apporter la preuve de l'absence d'entrave constituant une violation des articles 30 et 36 du TCE.

736. – Les difficultés d'application du règlement « Fraises » – L'application de ce règlement en cas de mouvement social dans les services en réseaux pose au moins deux difficultés.

Tout d'abord, le règlement vise à faire respecter la liberté de circulation des marchandises dans l'espace européen. Parmi les services en réseaux étudiés, seuls les services de transport, aérien et ferroviaire, sont principalement concernés par son application. Sont également concernés, les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution du gaz et des réseaux de transport et de distribution d'électricité, ainsi que les activités de transport du courrier et des colis. En effet, on peut aisément comprendre que dans ces services qui effectuent des transports de marchandises, tout blocage lié à des grèves ou des manifestations, risque d'entraver la circulation des marchandises et des biens au sein du marché commun. Le règlement n'exige pas un blocage total, ou un nombre d'entreprises victimes, ou une quantité minimum de marchandises en souffrance. D'ailleurs, le simple risque qu'un blocage survienne suffit à pouvoir mettre en œuvre le système. Les seules conditions qui doivent être remplies sont celles déjà indiquées et figurant à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement, à savoir les conditions de gravité, de dommage sérieux et de nécessité d'intervention. Ces conditions sont cumulatives. On peut donc aisément imaginer qu'une grève bloquant plusieurs convois ferroviaires de fret ou qu'un blocage d'un gazoduc transeuropéen, seraient des événements de nature à déclencher la procédure et aboutir au déblocage de la situation, dans un délai de quelques jours, dès lors que les trois conditions susvisées sont remplies.

Ensuite, l'article 2 du règlement semble même s'opposer à son application en cas de grève à l'origine de l'entrave : « *Le présent règlement ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève.* »¹⁰⁷² Il semble toutefois qu'on puisse dissocier l'entrave et la grève qui en est à l'origine. Notons en effet que parmi les droits fondamentaux figure notamment en sus du droit de grève, le droit de manifester. Or, c'est lors des manifestations des producteurs français de fruits et légumes que le commerce intracommunautaire avait été bloqué. Ce

¹⁰⁷² Cet article 2 est parfois présenté comme étant la « clause dite Monti » du nom de Mario Monti, alors commissaire européen au Marché intérieur, aux Services, aux Douanes et à la Fiscalité, et qui était en charge à l'époque de la préparation de ce règlement européen.

qui a entraîné le recours en manquement de la Commission, l'arrêt de la Cour de Justice condamnant la France, et l'année suivante l'adoption du règlement ici étudié. Celui-ci n'a donc pas pour objet d'interdire le droit de manifester mais d'interdire des actions entravant la liberté de circulation en marge des manifestations. Il en va donc a priori de même pour le droit de grève ; le point limite étant par exemple qu'une grève de certaines catégories de personnels dans les services de transport, à commencer par les conducteurs, entraîne un arrêt du service, lequel peut générer une entrave aux libertés de circulation comme nous l'avons indiqué précédemment. Dans ce cas, il faudra opter soit pour le droit de grève, soit pour les libertés de circulation.

737. – Un résultat ne permettant pas une continuité effective du service – La continuité du service obtenue par application du règlement n° 2679/98 est très loin d'être satisfaisante. Une série de trois considérations va nous permettre d'étayer cette analyse.

En premier lieu, comme nous l'avons remarqué, seuls certains services en réseaux sont concernés par l'application de ce règlement. Il ne s'agit donc en rien d'une solution générale au problème de continuité rencontré dans les services en réseaux, mais plutôt d'une solution partielle car sectorielle et même infra-sectorielle. Ce serait une solution éventuelle, dès lors qu'elle permet la continuité du service dans ces secteurs d'activité. Ce que les deux autres considérations ne nous permettent pas d'envisager de façon satisfaisante.

En second lieu en effet, les conditions d'application prévues par le règlement limitent les cas de figure de sa mise en œuvre. Sur les trois conditions déjà évoquées, deux d'entre elles s'avèrent très contraignante. Tout d'abord, pour que le règlement soit mis en application, la situation d'entrave à la liberté de circulation des marchandises doit être grave. L'appréciation de cette gravité doit logiquement être liée à l'intensité de l'entrave à la liberté de circulation. Plus le blocage sera intense, plus évidemment la situation pourra être jugée grave. Notons que des blocages ponctuels ont déjà donné lieu à l'application du règlement, comme le relate dans son article Carlos Gimeno Verdejo¹⁰⁷³. Mais ensuite une autre condition doit être remplie pour que le règlement soit appliqué, celle des dommages sérieux résultant de cette entrave à la liberté de circulation des marchandises. Ces dommages sérieux se traduiraient en des pertes financières pour les utilisateurs des services en réseaux ; concrètement, il peut s'agir de la perte ou de la destruction de marchandises, perte de marchés, méventes, etc. La

¹⁰⁷³ GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah.dr.eur.* 2002, pp. 45-93, spéc. pp. 69-72.

troisième condition nous importe peu ici, puisqu'il s'agit de la nécessité d'intervention de l'État pour éviter la continuation, l'extension ou l'aggravation de la perturbation en cause. Bien évidemment, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache aux services en réseaux étudiés, en cas de blocage de ceux-ci, l'intervention de l'État n'est en elle-même pas contestable.

En troisième et dernier lieu, le règlement 2679/98 institue une procédure qui certes est plus rapide que la traditionnelle procédure en manquement figurant aux articles 258 et suivants du TFUE, mais elle dure néanmoins quelques jours. Autant dire que la continuité du service est loin d'être assurée. De plus, la clef de la solution appartient à l'État membre sur le territoire duquel a lieu l'atteinte à la liberté de circulation des marchandises. Lui seul est habilité à prendre les mesures nécessaires pour faire cesser l'entrave. Le règlement ne donne aucun véritable pouvoir à la Commission européenne, si ce n'est celui de faire pression sur les États membres lorsque se produisent sur leur territoire des événements de nature à entraver la liberté de circulation des marchandises. Toute solution reste donc d'envergure étatique. Comme l'écrit Carlos Gimeno Verdejo, « *les effets positifs du Règlement doivent donc être recherchés dans son volet préventif [...] les États membres sont encouragés à éviter autant que possible qu'une entrave survienne sur leur territoire et la pression médiatique suscitée par l'intervention de la Commission peut servir d'alibi au moment de l'adoption, à l'intérieur des États membres, de mesures tendant à mettre fin à l'entrave* »¹⁰⁷⁴. La continuité recherchée à travers l'application du règlement n° 2679/98 revient en réalité à la recherche d'une solution de continuité du service en droit interne. Or, nous savons qu'en l'État actuel du droit positif, cette solution n'est pas évidente et nécessite vraisemblablement de nouveaux outils juridiques.

B.- Le projet censuré de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services : un facteur improbable de continuité du service

738. – L'origine du projet – De l'aveu même de la Commission européenne, les arrêts *Viking* et *Laval* « *ont alimenté un débat intense concernant, en particulier, les conséquences de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement sur la*

¹⁰⁷⁴ GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah.dr.eur.* 2002, p. 92.

protection des droits des travailleurs, ainsi que le rôle des syndicats dans la protection de ces droits dans les situations transfrontalières »¹⁰⁷⁵. Les syndicats européens ont milité pour une clarification de la situation juridique afin d'empêcher la Cour de justice de statuer à l'encontre des libertés fondamentales du travail. En revanche, les arrêts de la cour avaient été bien accueillis par l'association patronale *Business Europe* et certains États membres avaient modifié leur législation pour se conformer à la solution retenue par la cour. Cela dit, la Commission européenne a jugé utile de légiférer sur cette question. En mars 2012, elle fit donc une proposition de règlement visant à régler l'exercice du droit de mener des actions collectives avec les libertés d'établissement et de prestation de services, qui étaient les deux libertés mises en cause dans les arrêts de décembre 2007¹⁰⁷⁶.

739. – La recherche d'une conciliation ? – Selon l'article 2 du projet de règlement, « *L'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services énoncées par le traité respecte le droit fondamental de mener des actions collectives, y compris le droit ou la liberté de faire grève, et, inversement, l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives, y compris le droit ou la liberté de faire grève, respecte ces libertés économiques* ». Ainsi, tout en réaffirmant qu'il n'y a pas de conflit intrinsèque entre, d'une part, l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives et, d'autre part, la liberté d'établissement et la libre prestation des services énoncées et protégées par le traité, de même qu'il n'y a pas de primauté de l'un sur l'autre, l'article 2 de ce projet de règlement admet néanmoins la nécessité de concilier leur exercice en cas de conflit. Cette conciliation devant se faire dans le respect du principe de proportionnalité, conformément à ce que pratique la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence. Comme l'indiquait la Commission dans l'exposé des motifs, « *le fait que le statut des droits fondamentaux et celui de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services soient généralement placés sur un pied d'égalité implique que ces libertés sont susceptibles d'être restreintes pour protéger les droits fondamentaux, mais aussi que l'exercice de ces libertés peut justifier une restriction à l'exercice effectif des droits fondamentaux* »¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ Exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil *relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services*, 31 mars 2012, COM(2012) 130 final, p. 5.

¹⁰⁷⁶ Proposition de règlement du Conseil *relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services*, 31 mars 2012, COM(2012) 130 final.

¹⁰⁷⁷ Exposé des motifs de la proposition de règlement du Conseil *relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services*, 31 mars 2012, COM(2012) 130 final, p. 13.

740. – Une reprise de la logique des arrêts Viking et Laval ? – Comme l’écrit Isabelle Desbarats, « *il est vrai que ce projet de règlement avait pris soin de situer à équidistance droits sociaux et libertés économiques, excluant que les premiers puissent l’emporter sur les secondes et réciproquement. Mais cette approche égalitariste supposant que tous soient identiquement respectés, un tel raisonnement pouvait conduire à d’éventuelles restrictions apportées à la mise en œuvre des uns ou des autres* »¹⁰⁷⁸. En définitive, ce texte reprenait à son compte « *l’idée issue de la jurisprudence qu’une action collective entrant en conflit avec les libertés économiques doit être soumise à un test de proportionnalité* »¹⁰⁷⁹. Loin d’écarter la jurisprudence *Viking* et *Laval*, le texte en reprenait la logique intrinsèque.

741. – Une extension du champ de compétence de la Commission européenne – Bien évidemment cela ne pouvait pas satisfaire les contempteurs de cette jurisprudence. D’autant plus que ce faisant, la Commission européenne étendait le champ de la législation européenne bien au-delà de ses limites prévues par le Traité. Le projet de règlement était fondé sur l’article 352 du TFUE, selon lequel « *Si une action de l’Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l’un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n’aient prévu les pouvoirs d’action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l’unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l’unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.* » mais « *Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d’harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation* ». Par ailleurs la Commission est tenue d’attirer l’attention des parlements nationaux sur de telles propositions législatives.

742. – Le « carton jaune subsidiarité » des parlements nationaux – Investis par le Traité de Lisbonne de veiller au respect du principe de subsidiarité¹⁰⁸⁰, les parlements nationaux peuvent contester le non-respect de ce principe par un projet d’acte législatif européen. Ils le font par voie d’avis motivé. Un tiers des parlements nationaux sont en

¹⁰⁷⁸ DESBARATS (Isabelle), « Détachement dans le cadre d’une prestation de travail internationale. – Vers une révision du droit communautaire », *Cah. Dr. entrepr.* Mai 2013, Dossier 18.

¹⁰⁷⁹ « Vers un cadre sur le détachement », *Liaison sociales Europe*, n° 296, 9-22 février 2012, p. 1.

¹⁰⁸⁰ Ceci en vertu de l’article 5, §3, alinéa 2 du TUE. Les parlements nationaux sont tenus de respecter la procédure prévue au protocole n° 2 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

mesure de demander à la Commission de revoir un projet de règlement ou de directive qu'ils jugent non-conforme au principe de subsidiarité. Plusieurs parlements nationaux ont fait savoir leur hostilité au projet de règlement présenté par la Commission. C'est d'ailleurs la première application effective de la procédure du « carton jaune subsidiarité » pour reprendre l'expression du professeur Denys Simon¹⁰⁸¹. En France le Sénat a adopté le 22 mai 2012 une résolution portant avis motivé par lequel il estime que l'article 2 et l'article 3, paragraphe 4, de la proposition de règlement du Conseil *relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services* ne sont pas conformes, dans leur rédaction proposée, au principe de subsidiarité tel qu'évoqué à l'article 5 du traité sur l'Union européenne et au protocole n° 2 annexé à ce traité¹⁰⁸². Dans son exposé des motifs sur cette proposition de résolution, la commission des affaires européennes du Sénat considère que l'article 153, §5 du TFUE exclut catégoriquement le droit de grève et le droit d'association des domaines pouvant faire l'objet d'une action ou d'une harmonisation de l'Union européenne. Or dans la mesure où l'article 352 du TFUE sur lequel se base la Commission pour asseoir sa compétence, précise que les actes législatifs pris sur son fondement ne peuvent pas porter sur des domaines excluant toute harmonisation des législations, le Sénat français en déduit donc la non-conformité des dispositions de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 4, de la proposition de règlement¹⁰⁸³.

La Commission européenne a donc été sommée par la majorité des deux tiers des parlements nationaux de l'Union à revoir sa copie. Elle a retiré son projet de règlement le 12 septembre 2012, non parce qu'elle était convaincue d'avoir violé le principe de subsidiarité, mais parce que politiquement elle considérait que son projet ne recueillait pas la majorité qu'elle aurait espérée¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ SIMON (Denys), « Première application effective de la procédure du “carton jaune subsidiarité” », *Europe* Juillet 2012, repère 7.

¹⁰⁸² Sénat, Résolution européenne portant avis motivé *sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives*, Session ordinaire de 2011-2012, Séance du 22 mai 2012, n° 119.

¹⁰⁸³ Sénat, Proposition de résolution européenne portant avis motivé *sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives*, présentée au nom de la commission des affaires européennes par M. Simon Sutour, Sénateur, Session ordinaire de 2011-2012, annexe n° 509, Séance du 25 avril 2012.

¹⁰⁸⁴ Selon les explications données par le porte-parole du commissaire européen en charge de l'Emploi, des Affaires sociales : <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/09/comm-droit-greve-directive-detachement/index.html>

743. – L’insuffisance des mesures projetées – S’il avait été adopté, ce règlement aurait été loin de constituer une solution valable pour assurer la continuité du service en cas de mouvement social dans les services d’intérêt général en réseaux. Son champ d’application limité aux cas d’atteintes à la libre prestation de service et à la liberté d’établissement, ne concernait que les situations transfrontières et transnationales. Il ne permettait donc évidemment pas de faire face à la majorité des situations de mouvement social dans ces services. De plus, il renvoyait à l’intervention des juridictions, nationales en principe, mais le recours en interprétation est toujours possible devant la Cour de justice de l’Union européenne. Pas moins qu’aujourd’hui, il demeurait une forme d’insécurité juridique sur le licéité d’un mouvement social provoquant une discontinuité de service et portant atteinte aux libertés de prestation de service ou d’établissement. Les solutions jurisprudentielles *Viking* et *Laval* ne sont pas très éloignées dans ce cas, mais elles ne sont pas non plus certaines. En pratique une telle insécurité juridique n’est pas de nature à limiter les mouvements sociaux.

744. – Propos conclusifs du Chapitre 13 – Au terme de cette analyse, rien ne semble pouvoir remplacer le principe de continuité, rien ne peut suppléer l’absence de ce principe. Ni le fonctionnement du marché, ni les obligations de résultats qui pèsent sur le prestataire de service, ni le caractère fondamental des libertés de circulation, ne permettent d’obtenir la garantie d’une continuité effective du service. Tout au plus, ils en sont les aiguillons.

745. – Toutefois, il est vrai que les forces du marché et les contraintes juridiques liées à la mise en jeu de la responsabilité sont de nature à limiter les grèves et les mouvements d’action collective dans les entreprises de service en réseaux. Mais cette limitation résulte de la pression du marché, et des diverses contraintes juridiques que nous avons évoquées, telle que la mise en jeu de la responsabilité civile du prestataire de service, ou encore le contrôle de proportionnalité mis en œuvre pour l’application du droit de l’Union européenne en matière de liberté de circulation. Cette pression qui pèse sur l’entreprise, est déclinée au sein même de l’entreprise et pèse sur les salariés qui se trouvent pris en étau entre la défense des intérêts professionnels collectifs et le management de l’entreprise. Le risque de cette situation, c’est la négation pure et simple des droits d’action collective, sacrifiés sur l’autel du bon fonctionnement du marché unique et de l’équilibre économique du secteur considéré de service d’intérêt général en

réseaux. Cette négation n'est que factuelle. Juridiquement, persiste l'illusion d'un droit de grève et de droits d'actions collectives, droits considérés comme des libertés fondamentales reconnus à tous citoyens de l'Union européenne. Mais dans la réalité, ce droit de grève ne sera que difficilement mis en œuvre, les contraintes pesant sur les agents devenant de plus en plus importantes, surtout en situation de crise économique divisant l'Europe et où le chantage à l'emploi existe.

746. – Le droit français nous avait appris que la conciliation des contraires était possible, dans le cadre d'un compris équilibré, respectant à la fois l'intérêt professionnel des travailleurs et l'intérêt général du service d'intérêt général en réseaux. Cette conciliation était en pratique imparfaite et pouvait être améliorée. Elle pourrait être utilement reprise dans le contexte juridique renouvelé des secteurs en réseaux.

De plus, insidieusement, le droit, particulièrement le droit européen, sert indirectement de soutien à cette négation des libertés d'action collective. Or, au-delà de la difficulté de mener une action collective se pose la question du régime juridique de l'action collective lorsqu'elle est déclenchée. Plus encore, sur quelle base juridique ce régime peut-il reposer ? Autant de questions, que nous examinerons par la suite.

Conclusion du Sous-titre 6.-

747. – Il est dorénavant établi que le service d'intérêt général doit être par nature continu, sans quoi il n'est pas d'intérêt général ou bien la réponse à l'intérêt général qu'il contient n'est pas adaptée. Dans la mesure où il existe une forme de consubstantialité entre le service d'intérêt général et la continuité de celui-ci, la reconnaissance du principe de continuité du service d'intérêt général devrait être concomitante à la qualification juridique des grands services en réseaux en service d'intérêt général. Il convient cependant d'accentuer la recherche autour de l'avènement possible d'un tel principe. Quelles sont notamment les voies que peut emprunter ce principe pour accéder à la vie juridique ? Le Sous-Titre 7 va apporter une réponse à cette question.

Sous-titre 7.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt économique général

748. – Les justifications du principe de continuité du service d'intérêt économique général étant établies, il reste néanmoins à s'interroger sur les conditions d'effectivité sur le plan juridique d'un tel principe. Est-ce que ce principe sera uniquement effectif dans l'ordre juridique européen ? ou bien le sera-t-il aussi dans l'ordre interne ? Il faut donc s'interroger sur les voies juridiques qui doivent être empruntée pour que le principe soit opposable en droit.

749. – Le chapitre 14 va donc étudier les conditions de l'autonomie du principe de continuité en droit de l'Union européenne, et le chapitre 15 est consacré aux conditions de cette autonomie en droit interne.

- **Chapitre 14.- Les conditions de l'autonomie du principe de continuité dans le droit de l'Union européenne**
- **Chapitre 15.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne**

Chapitre 14.- Les conditions de l'autonomie du principe de continuité dans le droit de l'Union européenne

750. – Propos introductif du Chapitre 14 – Dans notre recherche d'un principe de continuité du service d'intérêt économique général qui viendrait se substituer au principe de continuité du service public, nous devons nous interroger sur les conditions de l'autonomie juridique d'un tel principe dans le droit de l'Union européenne.

Nous constatons à l'issue de nos investigations que la continuité du service d'intérêt général est considérée comme une valeur commune aux États membres et à l'Union européenne. La continuité est une valeur en ce qu'elle est non seulement digne d'estime, mais que surtout, elle a acquis dans la conscience collective des sociétés européennes le statut de norme de référence dans la conduite des services d'intérêt général, tant elle répond aux finalités que la société exige du fonctionnement de ces services. Rappelons-nous, que la continuité du service d'intérêt général, tout comme la continuité du service public, ont une fonction sociale extrêmement importante en ce qu'elle garantit la prise en charge des besoins d'intérêt collectif les plus importants pour les citoyens. La continuité de fonctionnement du service d'intérêt général est une valeur en ce qu'elle garantit l'exercice par les citoyens des libertés et droits fondamentaux.

Dès lors que la continuité de fonctionnement du service d'intérêt général est une valeur « morale » un référent incontournable et même indispensable, pourquoi n'aurait-elle pas une valeur juridique, c'est-à-dire plus précisément une force juridique qui lui serait reconnue et qui la rendrait effective dans l'ordre juridique européen ?

751. – Après avoir constaté que la continuité du service d'intérêt général est considérée comme une valeur commune aux États membres et à l'Union européenne (Section 1.-), nous analyserons les modalités juridiques permettant l'émergence d'un tel principe en droit de l'Union européenne devient donc possible (Section 2.-).

Section 1.- La continuité, une valeur commune aux services d'intérêt général en Europe

752. – La continuité est une valeur commune aux services d'intérêt général en ce qu'elle est d'abord partagée par les systèmes juridiques des États membres de l'Union (§1.-). Mais elle est aussi une valeur commune en ce qu'elle est également partagée par l'Union européenne elle-même (§2.-).

§1.- La continuité, une valeur partagée par les systèmes juridiques des États membres de l'Union

753. – ***Le modèle européen de société*** – De manière récurrente, la Commission européenne, dans ses communications sur les services d'intérêt général, affirme que les services d'intérêt général font partie des valeurs communes à toutes les sociétés européennes. Dès 1996, elle opérait le lien entre ces services et le modèle européen de société, et elle constatait l'existence de quelques principes de fonctionnement essentiels que l'on retrouve sous une forme ou une autre dans les droits nationaux. Parmi ces principes, figure la continuité du service¹⁰⁸⁵. De même, l'étude de droit comparé des législations des pays européens en matière de réglementation du droit de grève dans les services d'intérêt général, menée en 2003 par le député Robert Lecou, montre que la continuité du service est une exigence présente dans tous les droits nationaux¹⁰⁸⁶.

Notre ambition ici, n'est pas l'exhaustivité, et c'est la raison pour laquelle nous ne procéderons pas à une forme d'inventaire des droits nationaux. Nous avons fait le choix de nous borner dans ce paragraphe à quelques exemples de pays européens géographiquement limitrophes de la France qui démontrent l'existence de cette valeur commune que serait la continuité du service dans les services publics ou assimilés : l'Italie, l'Espagne et le Royaume-Uni.

754. – ***Le cas de l'Italie*** – L'Italie dont le système juridique s'est inspiré du système français, ne connaît pas le principe de continuité en tant que tel. En revanche, la

¹⁰⁸⁵ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, §7, p. 4.

¹⁰⁸⁶ Ass. Nat., Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne *sur le service minimum dans les services publics en Europe*, et présenté par M. Robert LECOUC, député, Annexe n° 1274, Séance du 4 décembre 2003, 105 pp.

continuité du service public est une valeur qui est juridiquement traduite dans des textes venant établir une forme de service minimum.

L'article 40 de la Constitution italienne reconnaît le droit de grève, mais précise que ce droit s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. La loi du 11 juin 1990 a instauré un service minimum dans un certain nombre de services publics de types administratif ou industriel et commercial. Elle a été complétée par la loi du 11 avril 2000 ; cette loi instaure un équilibre entre le droit de grève et la continuité des services publics. L'exposé de cette loi précise que son objet ne cherche pas à supprimer le droit de grève aux agents des services publics concernés, mais elle vise à garantir le fonctionnement minimum des services publics essentiels. Cependant, la grève peut être prohibée dans certains cas et à certaines périodes de l'année notamment les périodes de Noël et de Pâques, ainsi qu'au moment des élections. Les deux lois des 11 juin 1990 et 11 avril 2000 définissent les services essentiels comme ceux ayant pour objet de garantir la jouissance des droits de la personne protégés par la Constitution : droits à la vie, à la santé, à la liberté et à la sécurité, à la liberté de circulation, à l'assistance et à la prévoyance sociale, à l'éducation et à la liberté de communication. Les lois énumèrent les services qui sont concernés. Sont notamment énumérés l'approvisionnement en énergie, les transports en commun y compris le chemin de fer et l'avion, le transport maritime pour la desserte des îles, les postes et les télécommunications.

Le droit italien cherche donc garantir la satisfaction des besoins essentiels de la population par la mise en place de mécanismes de sauvegarde de la continuité du service en cas de grève.

755. – Le cas de l'Espagne – L'Espagne est également un pays où le système juridique a été influencé par le système français. La Constitution de 1978, prévoit en son article 28, §2, que « *le droit de grève des travailleurs est reconnu pour la défense de leurs intérêts. La loi qui réglemente l'exercice de ce droit établira les garanties précises pour assurer le maintien des services essentiels de la communauté* »¹⁰⁸⁷. De même, l'article 37, §2, concerne la résolution des conflits collectifs du travail dispose : « *Le droit des travailleurs et des chefs d'entreprises à s'entendre sur le règlement des conflits collectifs est reconnu. La loi qui réglemente l'exercice de ce droit, sans préjudice des limitations qu'elle pourrait établir, inclura les garanties précises pour assurer le fonctionnement des services essentiels de la communauté* »¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁷ Cité par Stéphane Rodrigues, in *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Paris, éd. Tec & Doc, 2000, p. 337.

¹⁰⁸⁸ Cité par Stéphane Rodrigues, *ib idem*.

Stéphane Rodrigues en conclut que ces dispositions ont donné, par le biais de renvoi indirect, « *aux principes de continuité et de régularité une véritable assise constitutionnelle, du moins à l'égard des services publics qualifiés d'essentiels* »¹⁰⁸⁹. Cependant, en l'absence d'un mouvement jurisprudentiel en ce sens, aucune doctrine juridique unanime n'est parvenue à globaliser les principes de fonctionnement du service public dans un régime juridique général des services publics. La continuité du service n'étant pas garantie par un principe général du droit, elle est garantie par la loi.

756. – Le cas du Royaume-Uni – Au Royaume-Uni, il n'y a pas de reconnaissance explicite des principes du « service public » comme en droit français. Néanmoins, comme le note John Bell¹⁰⁹⁰, professeur à l'Université de Leeds, de tels principes semblent émerger, de manière indirecte ou implicite, de la jurisprudence administrative récente. Comme l'explique Stéphane Rodrigues, quand bien même il n'y a pas de principe explicite de continuité du service public, les autorités publiques peuvent faire fonctionner le service par tout moyen, y compris la réquisition. La jurisprudence fait respecter l'égalité d'accès au service et admet les adaptations du service. Ainsi, « *en dehors de toute théorie générale, le juge anglais arrive donc au même résultat : l'affirmation et le respect de principes de service public, mais selon une démarche à la fois plus pragmatique et plus sectorielle que celle du droit français* »¹⁰⁹¹. Par ailleurs, le droit de grève est strictement encadré au Royaume-Uni, et le droit de réquisition encadré par la loi est à la disposition des pouvoirs publics, en vue d'assurer la continuité du service¹⁰⁹².

757. – Une diversité d'approche, mais une valeur partagée – Plus généralement, il apparaît que parmi les pays européens, beaucoup organisent un service minimum ou un droit de réquisition dans un certain nombre de services d'intérêt général, d'autres ont une législation sur l'exercice du droit de grève extrêmement contraignante assortie bien souvent d'une pratique très développée du dialogue social. Cela ressort des conclusions

¹⁰⁸⁹ Stéphane Rodrigues, *ib idem*.

¹⁰⁹⁰ BELL (John), « L'expérience britannique », in n° spécial *A.J.D.A.* 20 juin 1997 sur le service public, pp. 130-137.

¹⁰⁹¹ Stéphane Rodrigues, *ib idem*, p. 339.

¹⁰⁹² Comme le note la sénatrice Catherine Procaccia dans le rapport législatif de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, « *une loi de 2004 sur l'état d'urgence, abrogeant l'Emergency Powers Act de 1920, permet désormais à l'exécutif de prendre "toute mesure adaptée aux circonstances en situation de crise", c'est-à-dire toute mesure susceptible de prévenir, de contrôler ou de limiter la crise, à condition qu'elle respecte le principe de proportionnalité. Ces mesures deviennent caduques si elles ne sont pas approuvées par le Parlement dans les sept jours* ». Cf. : Sénat, annexe n° 385, Séance du 12 juillet 2007, p. 53.

du rapport d'information présenté par le député Robert Lecou sur le service minimum dans les services publics en Europe¹⁰⁹³.

Autrement dit, si le droit public français présente une certaine originalité par la systématisation, d'origine doctrinale, des principes du service public conduisant à leur application effective en l'absence de tout texte par la juridiction administrative, il n'en demeure pas moins vrai qu'en ce qui concerne la continuité du service notamment, tous les pays européens veillent à ce qu'elle soit garantie en certaines circonstances. Il n'est donc pas exagéré de prétendre que la continuité du service d'intérêt général est une valeur partagée par les pays européens. Cette communion de valeur n'exclut pas la diversité des approches juridiques. Mais cela n'a pas grande importance puisque nous nous situons ici sur le terrain des valeurs.

Et par conséquent, la continuité du service d'intérêt général étant une valeur commune aux États membres de l'Union européenne, il est plus facile à celle-ci de la faire sienne également.

§2.- La continuité, une valeur partagée par l'Union européenne

758. – Parmi les institutions de l'Union européenne, c'est la Commission européenne qui a de façon répétée depuis 1996, affirmé que la continuité du service d'intérêt général était une valeur commune aux États membres et à l'Union européenne (A.-). Cette position doctrinale a trouvé un écho dans les traités constitutifs à partir de la révision opérée par le traité d'Amsterdam. En effet, depuis lors, une plus large place est faite aux services d'intérêt général particulièrement les services d'intérêt économique général dans le traité et partant dans la législation de l'Union européenne. Le principe de continuité du service d'intérêt général, sans être explicitement admis comme faisant partie des valeurs de l'Union européenne, l'est implicitement du fait de sa consubstantialité avec le service d'intérêt général (B.-).

¹⁰⁹³ Ass. Nat., Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne *sur le service minimum dans les services publics en Europe*, et présenté par M. Robert LECOUC, député, Annexe n° 1274, Séance du 4 décembre 2003, 105 pp.

A.- Une valeur affirmée par la Commission européenne

759. – Depuis plus d'une quinzaine d'années qu'elle s'est emparée de la notion de service d'intérêt général pour contribuer à la construction d'un cadre théorique puis juridique qui lui serait dédié, la Commission européenne a affirmé son attachement à la continuité du service. Cela apparaît clairement dès 1996 dans sa toute première communication sur les services d'intérêt général en Europe¹⁰⁹⁴. Paradoxalement, c'est peut-être celle des communications sur le sujet où le principe de continuité est particulièrement mis en avant. Il résulte des écrits de la Commission européenne que les services d'intérêt général sont une valeur pour l'Union européenne (1.-) ; ce qui invite à considérer que la continuité de ces services est également une valeur de l'Union (2.-).

1.- Le service d'intérêt général, une valeur explicite

760. – **Le cœur du modèle européen de société** – Pour la Commission européenne le service d'intérêt général est d'abord au « *cœur du modèle européen de société* »¹⁰⁹⁵. Elle l'affirme dès 1996. Ils « *sont un élément clé du modèle européen de société* »¹⁰⁹⁶. Elle le réaffirmera en 2001 dans son rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken : « *Dans un monde en mutation, les services d'intérêt général restent une composante essentielle du modèle de société européen* »¹⁰⁹⁷. Elle le rappellera dans ses deux communications de 2006 et 2007 sur les services sociaux d'intérêt général. En 2006¹⁰⁹⁸ dans un élan néolibéral, il s'agit pour elle de préserver le modèle social européen tout en rendant le marché intérieur des services pleinement opérationnel. Tandis qu'en 2007, il s'agit d'indiquer de façon plus positive que les services d'intérêt général, parce qu'ils sont indispensables pour la vie quotidienne des citoyens et des entreprises « *reflètent le modèle européen de société* »¹⁰⁹⁹. Tant le livre vert de 2003 que le livre blanc de 2004 n'évoquent pas précisément cette idée de « modèle de société

¹⁰⁹⁴ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, pp. 3-12.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, § 1^{er}, p. 3.

¹⁰⁹⁶ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, p. 3.

¹⁰⁹⁷ Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « Les services d'intérêt général », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, § 1^{er}, p. 3.

¹⁰⁹⁸ Communication de la Commission, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », COM(2006) 177 final, 26 avril 2006, p. 3.

¹⁰⁹⁹ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, pp. 3-4.

européen », mais en décrivent largement l'existence, à travers l'idée d'attachement pour les citoyens européens à des services d'intérêt général de qualité.

761. – Une valeur commune – Mais la Commission va donc plus loin puisqu'elle utilise le mot valeur pour désigner le service d'intérêt général. Dans sa communication de 1996, elle rappelle que « *l'importance des missions d'intérêt général a été relevée par les chefs d'État et de gouvernement [lors du Conseil européen de Cannes des 26 et 27 juin 1995¹¹⁰⁰] qui ont confirmé ainsi l'appartenance de celles-ci à un ensemble de valeurs qui seront communes à tous nos États et font l'originalité de l'Europe* »¹¹⁰¹. Les missions d'intérêt général appartiennent donc à un ensemble de valeurs. En 2001, la Commission européenne précise que « *l'accès de tous aux services d'intérêt général figure parmi les valeurs communes propres à toutes les sociétés européennes* »¹¹⁰². D'ailleurs la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée lors du Conseil européen de Nice en 2000 a élevé l'accès aux services d'intérêt économique général au rang de droit fondamental. Le terme de valeur est utilisé par le livre vert et le livre blanc pour désigner plus généralement les services d'intérêt général. Ainsi dans le livre vert, il est écrit : « *les services d'intérêt général jouent un rôle croissant. Ils font partie des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes* »¹¹⁰³. Ce n'est plus la mission d'intérêt général qui appartient à un ensemble de valeurs, ni le simple accès et néanmoins droit fondamental qui est considéré comme une valeur : ce sont les services d'intérêt général dans leur ensemble, qui sont des valeurs partagées par toutes les sociétés européennes. Le livre blanc se situe dans cette ligne tracée par le livre vert, en faisant un pas de plus vers l'intégration des valeurs communes. La Commission constate que le débat sur le Livre vert confirme l'existence d'une conception commune des services d'intérêt général dans l'Union et que cette conception « *reflète les valeurs et objectifs de la Communauté* ». Au-delà des valeurs communes, les services d'intérêt général constituent des valeurs de l'Union européenne. Déjà en 1996, la Commission européenne se disait « *convaincue que les services d'intérêt général doivent trouver dans le projet européen un rôle en rapport avec la place qu'ils tiennent dans les valeurs communes sur lesquelles sont bâties les sociétés européennes* »¹¹⁰⁴. Les bases de la

¹¹⁰⁰ Conclusion de la présidence du Conseil européen de Cannes des 26 et 27 juin 1995 – SN 211/95, point A.I.1.7.

¹¹⁰¹ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, § 2, p. 3.

¹¹⁰² Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « *Les services d'intérêt général* », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, § 1^{er}, p. 3.

¹¹⁰³ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, §2, p. 3.

¹¹⁰⁴ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, §72, p. 12.

« communautarisation » doctrinale des services d'intérêt général en tant que valeur, étaient posées. Il aura fallu sept ans pour la Commission pour exprimer cette idée selon laquelle, les services d'intérêt général représentaient une valeur fondamentale de l'Union européenne dans son ensemble.

762. – Une valeur bien ancrée ? – En revanche, la communication de 2006¹¹⁰⁵, la première sur les services sociaux d'intérêt général, semble en retrait. Ce mot valeur n'y est pas employé, et l'économie générale du texte paraît davantage teintée de néolibéralisme que les autres textes de la Commission. Quant à la communication de 2007, la deuxième sur les services sociaux d'intérêt généraux, elle n'emploie pas le terme de valeurs. Cette communication semble, en revanche, beaucoup plus respectueuse des spécificités des services d'intérêt général. En réalité, en 2007, la Commission n'a plus besoin de marteler l'idée que les services d'intérêt général constituent des valeurs de l'Union européenne. Le traité de Lisbonne s'est chargé entre temps de l'inscrire dans le marbre conventionnel entre les États membres. Sa doctrine peut avancer sur d'autres aspects des services d'intérêt général.

2.- La continuité du service d'intérêt général, valeur implicite

763. – La continuité du service, une préoccupation des instances européennes
– Les services d'intérêt général sont une composante essentielle du modèle de société européen, ils constituent même une valeur partagée entre les États membres qui en fait une valeur à part entière de l'Union européenne. Mais notre questionnement concerne la continuité du service d'intérêt général. Celle-ci est-elle aussi une valeur de l'Union européenne ?

Il apparaît que la Commission européenne a intégré la continuité dans sa réflexion comme un principe de fonctionnement essentiel et caractéristique de ces services. Encore une fois, rappelons que la communication de 1996 est fondatrice de cette doctrine. En effet, après avoir expliqué la fonction particulière que remplissaient les services d'intérêt général en Europe, notamment leur importance pour les citoyens et pour la vie économique et sociale – la Commission parle de « ciment de la société » comme nous l'avions précédemment noté¹¹⁰⁶ –, la Commission conclue qu'il « en

¹¹⁰⁵ Communication de la Commission, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », COM(2006) 177 final, 26 avril 2006, 11 pp.

¹¹⁰⁶ Cf. : *Supra*, Chapitre 11.

découlent quelques principes de fonctionnement essentiels : continuité, égalité d'accès, universalité, transparence »¹¹⁰⁷.

Cependant, c'est au niveau intergouvernemental que la continuité du service va être l'objet d'une préoccupation qui indique la place fondamentale qu'elle occupe parmi les principes de fonctionnement des services d'intérêt général. Le Conseil européen de Nice, qui s'était tenu du 7 au 9 décembre 2000, avait approuvé une déclaration du Conseil des ministres « Marché intérieur » datée du 28 novembre 2000, exprimant deux préoccupations dont une concernant le respect de certains principes de fonctionnement des services d'intérêt général, dont le principe de continuité¹¹⁰⁸. La Commission rappelle cette préoccupation dans son rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken en octobre 2001¹¹⁰⁹. Dans la réflexion qu'elle mène au sujet de l'élaboration d'un concept communautaire des services d'intérêt général dans son Livre vert de 2003, la Commission rappelle que la « *législation communautaire en vigueur sur les services d'intérêt économique général contient toutefois un certain nombre d'éléments communs aux différents secteurs qui peuvent servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt économique général. Ces éléments comprennent notamment le service universel, la continuité, la qualité de service, l'accessibilité tarifaire ainsi que la protection des utilisateurs et des consommateurs* »¹¹¹⁰. La Commission va plus loin : « *Ces éléments communs mettent en évidence les valeurs et les objectifs communautaires. Ils ont été traduits en obligations dans les législations applicables et visent à garantir des objectifs tels que l'efficacité économique, la cohésion sociale ou territoriale, la sécurité de tous les citoyens* »¹¹¹¹. Si on suit la logique du propos de la Commission européenne ci-dessus rapporté, la continuité du service est un élément commun dans le fonctionnement des services d'intérêt économique général tous secteurs confondus. Cet élément commun révèle les valeurs et les objectifs communautaires. Il n'est pas explicitement dit que la

¹¹⁰⁷ Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, §7, p. 4.

¹¹⁰⁸ Selon le Conseil des ministres « Marché intérieur : « *L'application des règles du marché intérieur et de la concurrence doit permettre aux services d'intérêt économique général d'exercer leurs missions dans des conditions de sécurité juridique et de viabilité économique qui assurent entre autres les principes d'égalité de traitement, de qualité et de continuité de ces services* ». Cf. : Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « Les services d'intérêt général », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, §5, p. 4.

¹¹⁰⁹ Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « Les services d'intérêt général », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, 24 pp.

¹¹¹⁰ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, §49, p. 16.

¹¹¹¹ *Ib. idem.*

continuité est une valeur de l'Union européenne, mais qu'elle révèle ou reflète cette valeur.

Dans les paragraphes suivants du Livre vert, la Commission européenne fait un état des lieux de la continuité dans les services d'intérêt général, telle qu'appréhendée par la législation sectorielle notamment : il n'y a pas de principe général effectif, ce sont uniquement les obligations de service public qui permettent dans la législation sectorielle de tenir compte de cet impératif¹¹¹².

764. – La continuité, une valeur par inclusion – En définitive, à partir du moment où de façon constante, les services d'intérêt général y compris les services d'intérêt économique général sont considérés comme une valeur commune entre les États membres et comme une valeur de l'Union européenne en tant que telle, et à partir du moment où la continuité du service est un principe de fonctionnement commun à ces services, peu importe au fond que la continuité soit qualifiée explicitement de valeur ou non ; elle fait partie intégrante du service d'intérêt général en tant que valeur, elle est donc une partie de cette valeur.

Le Livre vert de 2003 a donc marqué une étape dans l'inclusion de la continuité dans les valeurs de l'Union européenne en matière de prise en compte de l'intérêt général. Les communications postérieures de la Commission européenne n'iront pas au-delà de ce qu'a énoncé le Livre vert. C'est qu'en réalité, le débat s'est porté sur la nécessité ou non d'un cadre législatif communautaire des services d'intérêt général. Le Livre vert avait pour ambition de poser les bases du débat autour de cette question importante. Il lui fallait donc insister sur ces « valeurs », de façon à ce que le débat ne porte pas tant sur les principes concernés que sur la nécessité ou non d'une telle législation.

B.- Une valeur prise en compte par le droit originaire de l'Union européenne

765. – Le traité d'Amsterdam – À l'origine, le traité de Rome, ne traitait qu'incidemment la question des services d'intérêt économique général à travers l'article 90. Le traité d'Amsterdam a profondément modifié l'état du droit en incluant un nouvel article 16 qui leur était consacré. Cet article disposait en substance que les services

¹¹¹² Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, §49-50, pp. 16-17.

d'intérêt économique général faisaient partie des valeurs communes de l'Union et que les États membres de la Communauté européenne, dans le respect des limites de leurs compétences, veillaient « à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Les principes de fonctionnement ne sont pas précisément énumérés, mais compte tenu de ce que l'on sait tant des valeurs partagées entre les États membres et la Communauté, nul doute que la continuité du service figurait implicitement parmi ces principes.

766. – Le projet de traité constitutionnel – Le projet de traité constitutionnel européen reprenait en substance cet article 16 dans son article III-122. Toutefois il était ajouté que « *La loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions [...]* ». Il s'agissait de donner une base juridique à une éventuelle législation cadre sur les services d'intérêt général. Ce projet, qui n'a pas abouti comme on le sait, démontre la volonté de mieux prendre en considération ces fameux principes de fonctionnement des services d'intérêt général.

767. – Le traité de Lisbonne – L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne résultant du traité de Lisbonne, va réaliser la synthèse entre l'article 16 TCE issu du traité d'Amsterdam et l'article III-122 du projet de traité constitutionnel. Cet nouvel article 14 du TFUE dispose : « *Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent 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. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services* ».

Par ailleurs, le traité de Lisbonne donne pleinement valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 36 intitulé « Accès aux services d'intérêt économique général » dispose : « *L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale*

et territoriale de l'Union ». En outre, le traité de Lisbonne adjoint au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne un protocole n° 26 sur les services d'intérêt général. Ce protocole dispose en son article 1^{er} que « *les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment : [...] un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs* ». Là encore, le principe de continuité n'est pas énuméré, mais il n'est pas exclu. On peut néanmoins s'interroger sur la raison qui explique que la continuité du service ne soit pas explicitement visée. Est-ce en raison de l'évidence du principe ? Est-ce en raison de sa présence ancienne sous une forme ou une autre dans les droit nationaux, qui fait qu'il n'est pas à promouvoir, sa place de choix étant assurée ? Il est inutile de se perdre en conjecture. La liste dressée par ce protocole ne se veut pas exhaustive. De plus, comme on le sait, le principe de continuité peut être sous-entendu à travers le principe de qualité et le principe de sécurité.

768. – Une intégration implicite dans les valeurs de l'Union européenne – En définitive, le traité de Lisbonne, tant par ses dispositions propres que par les textes qui lui sont rattachés, reconnaît que les services d'intérêt économique général font partie intégrantes des valeurs de l'Union européenne, qu'un certain nombre de principes sont essentiels à leur bon fonctionnement et qu'il appartient en fonction des champs de compétences, tant aux États qu'à l'Union européenne de veiller à ce que ces principes soient effectifs et respectés. De ce fait, nous pouvons considérer, sans aucun effort d'interprétation, que principe de continuité du service d'intérêt économique général est implicitement inclus dans les valeurs de l'Union européenne.

Section 2.- D'une valeur partagée vers un principe commun : quelles voies juridiques possibles pour l'avènement du principe de continuité du service d'intérêt général en Europe ?

769. – Vouloir faire de la continuité du service d'intérêt général un principe juridique effectif, n'a rien d'utopique, au sens de ce qui est chimérique. Il y a encore quelques années, il y avait à la Commission européenne un projet de directive-cadre relatif aux services d'intérêt général dont l'objet était précisément de préciser les grands principes

de fonctionnement de ces services. Nous avons donc été très proches de l'avènement du principe de continuité des services d'intérêt général en Europe. Puis nous nous en sommes éloignés, puisque ce projet a été abandonné avec réserve en 2004, puis de façon plus nette en 2007 à l'occasion de la dernière communication sur les services sociaux d'intérêt général en Europe. Notre travail n'aurait d'ailleurs pas exactement la même physionomie si ce projet avait abouti. Alors que nous sommes encore à faire œuvre prospective à plusieurs niveaux, nous aurions eu là un point d'appui solide pour étayer notre thèse. Nous devons donc, nous contenter d'expliquer sur ce point ce que fut ce projet et les raisons de son abandon ainsi que ce qu'une telle voie permettrait de réaliser en matière de continuité du service d'intérêt général en Europe (§1.-).

770. – Cependant, la voie législative n'est pas le seul moyen possible en droit de l'Union européenne pour faire avancer la cause du principe de continuité de fonctionnement du service d'intérêt général. La voie prétorienne ou jurisprudentielle est également envisageable. Si la Cour de Justice de l'Union européenne était convaincue de la nécessité de faire advenir ce principe à la vie juridique, elle en aurait les moyens. Car la continuité du service d'intérêt général remplit les critères permettant de la considérer en droit européen comme un principe général du droit de l'Union européenne (§2.-).

§1.- La voie législative abandonnée, mais toujours possible

771. – Le projet de directive cadre bien qu'abandonné est plus que jamais d'actualité, depuis que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit expressément son adoption sur la base de l'article 14, tel qu'issu du traité de Lisbonne. Cette potentialité n'étant donc pas à négliger, il convient ici de rappeler quelles furent les grandes lignes du projet de directive-cadre envisagé dès le début des années 2000 par la Commission européenne et les raisons de son abandon (A.-). Mais les écueils inhérent à ce type de législation-cadre sur un sujet aussi sensible, doit aussi nous faire prendre conscience de la nécessité pour parvenir à son adoption, que l'ambition d'un tel projet doit être limitée. Pourtant, même minimaliste, un tel projet garderait de son intérêt pour faire advenir à la vie juridique de l'Union européenne un principe de continuité du service d'intérêt général (B.-).

A.- Le projet de directive-cadre sur les services d'intérêt général et les raisons d'un abandon

772. – La volonté politique initiale – Au début des années 2000, une volonté politique assez nette semblait exister autour de l'idée d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général en Europe. Dans ses conclusions, le Conseil européen de Barcelone qui s'était tenu les 15 et 16 mars 2002, avait explicitement invité la Commission européenne à « *poursuivre son examen en vue de consolider et de préciser, dans une proposition de directive-cadre, les principes relatifs aux services d'intérêt économique général qui sous-tendent l'article 16 du Traité dans le respect des spécificités des différents secteurs concernés et compte tenu des dispositions de l'article 86 du Traité* »¹¹¹³. Pour le Conseil, cette demande s'inscrit dans sa volonté « *de garantir l'accès aux services d'intérêt économique général* » « *aux fins de la cohésion territoriale et sociale* » et afin de garantir que « *L'intégration des réseaux européens et l'ouverture des marchés des services publics [se fera] en accordant toute l'importance voulue à la qualité de ces services* »¹¹¹⁴. En réponse à cette invitation, la Commission européenne a présenté une brève communication le 4 décembre de la même année¹¹¹⁵, par laquelle elle informe tant le Conseil que le Parlement, le Comité économique et social et le Comité des régions, qu'elle avait décidé d'élaborer un Livre vert sur les services d'intérêt général, afin « *d'examiner la question d'une proposition de directive-cadre* »¹¹¹⁶ sur le sujet. Déjà dans son rapport du 17 octobre 2001, la Commission précisait réfléchir à la question de la directive-cadre qui « *permettrait de mettre en relief l'importance qu'accorde l'Union européenne aux services d'intérêt général et de clarifier certains concepts pertinents du droit communautaire, dans le plein respect du principe de subsidiarité* »¹¹¹⁷. Elle notait cependant à cette occasion qu' « *une directive-cadre ne serait pas suffisamment spécifique pour prendre en compte les caractéristiques particulières à chaque service d'intérêt général. Par conséquent, elle ne pourrait pas se substituer à une réglementation propre à chaque secteur et sa valeur ajoutée par rapport à une réglementation sectorielle devrait être évaluée* »¹¹¹⁸. Ce en quoi, elle avait parfaitement raison.

¹¹¹³ Conseil européen, 15 et 16 mars 2002, conclusions de la présidence, SN 100/1/02 REV 1, p. 18

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ Communication de la Commission, sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général, COM(2002) 689 final, 4 décembre 2002, 4 pp.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹¹¹⁷ Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « Les services d'intérêt général », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, p. 22, § 51.

¹¹¹⁸ Cf. : *Ib idem.*

773. – Le questionnement de la Commission européenne – Le Livre vert ayant vocation à poser les termes du débat à venir, la Commission a présenté à cette occasion l'état de ses réflexions. Elle considère qu'un « *instrument général pourrait définir, préciser et renforcer les objectifs et les principes communs à tous les types de services d'intérêt général ou à plusieurs d'entre eux dans les domaines de compétence communautaire. Il pourrait servir de base à de nouvelles législations sectorielles, qui pourraient mettre en œuvre les objectifs définis dans l'instrument-cadre, ce qui simplifierait et consoliderait le marché intérieur dans le secteur* »¹¹¹⁹. Il s'agirait explicite-elle de consolider l'acquis communautaire reposant sur les éléments communs de la réglementation sectorielle en vigueur. Ceci « *contribuerait à garantir la cohérence globale des approches adoptées à l'égard des différents services d'intérêt général* », et « *pourrait également avoir une grande valeur symbolique en mettant clairement en évidence l'approche communautaire et l'existence d'un concept communautaire de service d'intérêt général. En outre, une consolidation pourrait aider les nouveaux États membres à élaborer leurs stratégies réglementaires dans ce domaine* »¹¹²⁰.

Cependant, elle nuance cette approche en affirmant qu'« *une telle approche aurait également ses limites car un instrument-cadre fixant des objectifs et des principes communs serait de nature générale et devrait reposer sur le dénominateur commun de différents services possédant des caractéristiques très dissemblables. Pour maintenir les niveaux de protection actuels, cet instrument devrait être complété par une législation sectorielle établissant des dispositions plus détaillées qui reflètent les caractéristiques particulières des différents services d'intérêt général. De plus, l'article 16 ne fournit pas de base juridique pour l'adoption d'un instrument spécifique. D'autres dispositions du traité pourraient servir de base juridique, selon le contenu de l'instrument. L'article 95 pourrait par exemple être utilisé, mais un instrument-cadre basé sur celui-ci devrait être limité aux services d'intérêt économique général ayant un effet sur les échanges intracommunautaires. En conséquence, de nombreux secteurs importants seraient exclus de son champ d'application en raison de leur nature non économique ou de leur effet limité sur le commerce. Si une réglementation communautaire est jugée souhaitable dans de tels secteurs, une modification du traité pourrait être le meilleur moyen de disposer d'une base juridique appropriée* »¹¹²¹.

¹¹¹⁹ Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, pp. 13-14, § 38.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 14, § 39.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 14, § 40.

En outre, elle précise que la consolidation des objectifs et des principes communs aux services d'intérêt général, pourrait être réalisée aussi bien par un acte législatif, c'est-à-dire une directive ou un règlement, que par un acte non législatif tel qu'une recommandation, une communication un accord interinstitutionnel voire de simples lignes directrices. Bien évidemment, elle admet que « *ces divers instruments diffèrent non seulement par leurs effets juridiques, mais également par le degré d'implication des institutions communautaires dans leur procédure d'adoption* »¹¹²².

In fine, la Commission pose deux séries de questions pour lancer le débat à ce sujet. La première : « *Un cadre communautaire général pour les services d'intérêt général est-il souhaitable ? Quelle serait sa valeur ajoutée par rapport à la législation sectorielle en vigueur ? Quels seraient les secteurs, les matières et les droits couverts ? Quel instrument utiliser (directive, règlement, recommandation, communication, lignes directrices, accord interinstitutionnel) ?* ». La seconde : « *Quelle a été à ce jour l'incidence de la réglementation sectorielle ? A-t-elle engendré des incohérences ?* »¹¹²³.

774. – L'abandon – Cette proposition de directive-cadre sera pourtant abandonnée par le Livre blanc. Selon la Commission, le débat autour des pistes évoquées par le Livre vert n'a pas permis de démontrer un consensus. Bien au contraire, les avis des contributeurs dont les États membres, se sont montrés partagés sur cette question. Le Parlement européen s'est lui-même montré sceptique. De plus, la Commission constate que le débat n'a pas permis de démontrer la valeur ajoutée que constituerait un cadre horizontal par rapport à l'approche sectorielle qui avait été menée jusqu'à lors.

En conséquence, la Commission européenne « *estime qu'il vaut mieux ne pas présenter de proposition pour l'instant, mais réexaminer la question ultérieurement* »¹¹²⁴. Elle projette donc de « *poursuivre et développer son approche sectorielle en proposant, en tant que de besoin, des règles sectorielles permettant de tenir compte des besoins et situations spécifiques de chaque secteur* »¹¹²⁵. Néanmoins, si elle se refuse d'engager un processus législatif sur l'adoption d'un cadre horizontal sur les services d'intérêt général, elle envisage une telle approche horizontale pour régler « *un certain nombre de questions particulières, comme les intérêts des consommateurs, le suivi et l'évaluation des services d'intérêt général, l'application des règles sur les aides d'État à la*

¹¹²² Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 14, § 41.

¹¹²³ *Idem.*

¹¹²⁴ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 12.

¹¹²⁵ *Ib idem.*

compensation financière ou le recours aux fonds structurels pour le soutien des services d'intérêt général »¹¹²⁶.

775. – Une possibilité préservée pour l'avenir – Depuis près de dix ans, ce projet de directive-cadre est abandonné. Il n'est cependant peut-être pas abandonné de façon définitive. Le Livre blanc comptait sur l'adoption de la « constitution européenne » en 2005 pour relancer le débat, puisque ce nouveau traité constitutif de l'Union européenne aurait contenu un article 122-III permettant de fonder solidement sur le plan juridique un tel acte législatif. Or, aujourd'hui, suite à l'adoption et la ratification du traité de Lisbonne, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne contient un article 14, qui peut remplir le même office. Autrement dit, les États membres ont souhaité se réserver cette possibilité pour l'avenir. Pourtant la Commission a confirmé à la fin de l'année 2007 sa position de refus d'aller plus avant en ce domaine.

B.- Les écueils d'une législation cadre sur les services d'intérêt général, et l'intérêt d'une telle législation même minimaliste

776. – L'intérêt d'une législation-cadre – Pour résoudre la problématique qui nous préoccupe, une législation cadre sur les services d'intérêt général présenterait un intérêt évident, à condition toutefois qu'un certain nombre de difficultés soient levées. Une telle législation permettrait d'imposer une obligation de continuité à l'ensemble des services d'intérêt général et donc des services d'intérêt économique général. Il en résulterait que la législation sectorielle, qu'elle soit européenne ou nationale, prendrait appui sur cette législation afin de garantir l'effectivité de l'obligation générale de continuité.

777. – Une ambition nécessairement modeste – Ce cadre législatif « horizontal » commun à l'ensemble des services d'intérêt général ne devrait pas avoir d'ambition autre que celle de préciser les grands principes de fonctionnement de ces services. Il n'est même pas certain qu'il faille en faire le lieu de définition des notions de service d'intérêt général, service d'intérêt économique général ou d'obligation de service public. La place de telles définitions semblent davantage se situer dans des actes à caractère doctrinal, tels que les communications de la Commission européenne. La doctrine peut évoluer

¹¹²⁶ Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 12.

plus facilement que la législation. Or, les contours de ces notions, dont il est question ici, sont loin d'être définitifs. Il n'est donc pas pertinent de vouloir les fixer dans le marbre de la loi.

Il sera vraisemblablement plus simple d'aboutir à l'adoption d'un cadre législatif précisant seulement que les services d'intérêt général, y compris les services d'intérêt économique général et les services sociaux d'intérêt général, doivent fonctionner dans le respect des principes de continuité, d'égalité d'accès, de transparence et de qualité ; qu'il appartient aux États membres et à l'Union européenne, chacun dans la limite de ses compétences de veiller à ce que le fonctionnement de ces services respecte des principes.

778. – Une utilité certaine – Sans doute un tel cadre législatif est réduit et semble manquer d'ambition. Mais en la matière, c'est l'efficacité qu'il faut d'abord viser et non pas la perfection idéale. Comme le note Pierre Bauby dans un ouvrage récent, « *force est de constater, d'une part qu'un tel cadre, qui prétendrait couvrir des secteurs aussi différents que les télécommunications, l'eau, la santé, l'éducation, la justice, soit le tiers des activités économiques et sociales, paraît quasi impossible à réaliser ou se limiter à quelques principes généraux* »¹¹²⁷. De même, Berend Jan Drijber écrivait en 2006, qu'« *une directive cadre recouvrant des situations très variables s'annonce d'avance comme un projet politique épineux* »¹¹²⁸. Le fait que le projet initialement porté par la Commission européenne soit aujourd'hui abandonné pour des raisons politiques, et que dans l'immédiat aucun autre projet n'apparaisse, montre la réalité de ces difficultés.

Mais contrairement aux apparences, un tel cadre législatif minimaliste n'aurait cependant rien de superflu dans les services en réseaux. Il offrirait un fondement juridique solide au principe de continuité de fonctionnement des services d'intérêt économique général. Il ne contrarierait pas l'application du droit de la concurrence à ces services, car tous les opérateurs seraient logés à la même enseigne, tous seraient soumis dans leurs activités à ce principe. Et aucune compensation particulière ne viendrait en contrepartie. En aucun cas les principes figurant dans ce cadre législatif ne seraient considérés comme des obligations de service public.

¹¹²⁷ BAUBY (Pierre), *L'eupéanisation des services publics*, Paris, Presse de Sciences Po, 2011, p. 165.

¹¹²⁸ DRIJBER (Berend Jan), « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 93.

§2.- La voie prétorienne encore inexplorée

779. – La Cour de justice de l'Union européenne n'a encore jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'existence d'un principe général du droit de l'Union européenne de continuité du service d'intérêt général.

En revanche, sa jurisprudence se montre capable de tenir compte de l'impératif de continuité du service, qu'il soit service dit public ou service dit d'intérêt général ou d'intérêt public, selon les législations nationales. Ainsi, dans un arrêt du 3 avril 2008, statuant sur recours en manquement introduit par la Commission européenne, la Cour de Justice était amenée à se prononcer sur la validité de la législation espagnole relative aux marchés publics au regard de la directive n°89/665/CEE du 21 décembre 1989¹¹²⁹, dite « directive recours ». Or, selon la Cour, la finalité des dispositions critiquées par la Commission européenne « *est non de faire obstacle à l'exécution de la déclaration de nullité d'un contrat déterminé, mais d'éviter, lorsque l'intérêt général est en jeu, les conséquences excessives et éventuellement préjudiciables d'une exécution immédiate de ladite déclaration, ce dans l'attente de l'adoption de mesures urgentes, en vue d'assurer la continuité du service public* » ; « *Dans ces conditions, la Commission n'a pas démontré que, la législation critiquée porte atteinte aux exigences de la directive recours* »¹¹³⁰. L'importance de la continuité du service public est donc bien prise en considération par la Cour, puisque les dispositions législatives prises dans le but d'assurer cette continuité peuvent justifier des mesures urgentes et provisoires qui sont en contrariété avec les dispositions de la directive. Mais le caractère provisoire de ces dispositions de la législation espagnole, permet néanmoins de les considérer comme compatibles avec les exigences de la directive recours.

780. – Par ailleurs, la Cour de justice a été amenée à reconnaître « *la nécessité de garantir la continuité du service public européen* » ; ce qui justifiait le maintien des effets du budget de la Communauté européenne de l'année 1995, et ce malgré son annulation par le même arrêt¹¹³¹. On pourrait trouver quelques autres exemples, où la Cour tient

¹¹²⁹ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *J.O.C.E.* n° L395 du 30 décembre 1989 pp. 33-35.

¹¹³⁰ CJCE, 3 avril 2008, Aff. n° C-444/06, *Commission c./ Royaume d'Espagne*, *Rec.* 2008, p. I-2045, §55 et §56.

¹¹³¹ CJCE, 7 décembre 1995, Aff. n° C-41/95, *Conseil de l'Union Européenne c./ Parlement*, *Rec.* 1995, p. I-4411.

compte de l'impératif de continuité du service dans la résolution des problèmes juridiques qui lui sont soumis.

Dès lors, le principe de continuité du service public et services assimilés est l'équivalent d'une norme de référence en droit de l'Union européenne. Il n'est donc pas à exclure, lorsque l'occasion se présentera, que la Cour de Justice reconnaisse l'existence du principe de continuité du service d'intérêt général. En effet, les conditions de la reconnaissance d'un tel principe général du droit au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne peuvent être réunies par la Cour (A.-). Un tel principe, s'il advenait, présenterait quelques avantages pour résoudre la problématique qui nous préoccupe (B.-).

A.- Les conditions de reconnaissance d'un principe général du droit par la Cour de justice de l'Union européenne

781. – La technique juridique – La technique des principes généraux du droit est utilisée par la Cour de Justice de l'Union européenne depuis l'arrêt *Stander* du 12 novembre 1969¹¹³². Pourtant, ce n'est qu'avec le traité de Maastricht sur l'Union européenne, en 1992, que les principes généraux du droit communautaire sont expressément visés comme source de droit¹¹³³. Cette disposition se retrouve aujourd'hui à l'article 6, §3, du traité sur l'Union européenne¹¹³⁴, laquelle évoque la notion de « principes généraux ». D'ailleurs, la terminologie utilisée par la Cour de Justice n'est pas définitivement fixée. Depuis plus de quarante ans de jurisprudence en ce domaine, elle a utilisé les expressions « principes généraux du droit communautaire », « principes généraux de droit communautaire », « principes fondamentaux du droit communautaire » ou « principes fondamentaux de la communauté ». Sans doute remplacera-t-elle l'adjectif « communautaire » par l'expression « de l'Union européenne » dans ses prochaines jurisprudences en ce domaine. On retrouve ce même phénomène en droit interne. Ceci n'est pas déterminant, quelle que soit la dénomination utilisée, ce sont bien les mêmes principes qui sont visés.

¹¹³² CJCE, 12 novembre 1969, Aff. n° 29/69, *Stander c./ Ulm*, Rec. p. 419.

¹¹³³ Article 6 §2 du TUE.

¹¹³⁴ Selon cette disposition : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

La technique des principes généraux du droit est par nature peu utilisée comme méthode de règlement juridictionnel des conflits. Le juge se réfère autant que possible aux textes applicables, quitte à leur conférer une portée plus ou moins large et leur donner une interprétation plus ou moins large. Le juge n'en fait usage que lorsqu'il se trouve démuné pour juger en droit un litige, et que cette technique lui permette de donner une solution qui soit la plus ajustée au cas d'espèce qui lui est soumis.

782. – Les critères – Lorsqu'elle reconnaît l'existence d'un principe général du droit, la Cour de Justice procède par voie d'affirmation et non pas par voie de démonstration. Elle indique le cas échéant les sources de cette reconnaissance explicite. De la jurisprudence existante, particulièrement de celle rejetant l'existence d'un tel principe, il est possible d'identifier les critères principaux de reconnaissance des principes généraux du droit de l'Union européenne.

Le premier critère de reconnaissance d'un principe général du droit de l'Union européenne réside dans ce que la norme qu'il contient relève de l'un des objectifs du traité. Cela résulte notamment de l'arrêt *Jippes* du 12 juillet 2001¹¹³⁵. Si le principe de continuité du service d'intérêt général devait être reconnu comme principe général du droit de l'Union européenne, nul doute qu'il serait considéré comme relevant des objectifs du traité et de la Charte des droits fondamentaux qui est rattachée au traité depuis le traité de Lisbonne. D'une part, l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a notamment pour objectif que les services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Or, le principe de continuité du service est justement l'un de ces principes de fonctionnement qui permet à un service d'intérêt général de remplir avec efficacité ses missions. Il en va de même, d'autre part, de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, dont l'objectif est de garantir l'accès aux services d'intérêt économique général. Bien que cette disposition ne crée pas de droits fondamentaux nouveaux par rapport à l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, elle accentue la dimension « accès » des services d'intérêt économique général. Cet objectif d'accessibilité de ces services, serait évidemment conforté par la reconnaissance d'un principe général du droit de continuité du service d'intérêt général.

Un second critère de reconnaissance d'un principe général du droit de l'Union européenne réside dans ce que la norme invoquée soit dotée d'un contenu bien déterminé qui puisse s'imposer aux institutions de l'Union européenne¹¹³⁶. Cette norme

¹¹³⁵ CJCE, 12 juillet 2001, Aff. n° C-189/01, *Jippes E.A.*, Rec. I-5689.

¹¹³⁶ Notamment, CJCE, 23 novembre 1999, Aff. n° C-149/96, *Portugal c./Conseil*, Rec. p. I-8395.

doit générer une contrainte juridique et ayant pleinement un effet direct dans les ordres juridiques nationaux. Or, tel est bien le cas du principe de continuité. Il imposerait un fonctionnement du service d'intérêt général en toutes circonstances et justifierait l'existence de mécanismes de sauvegarde du service en cas de dysfonctionnement, quelle qu'en soit la cause.

783. – Les sources – Lorsqu'il reconnaît l'existence d'un principe général du droit, le juge de l'Union européenne a également l'habitude de s'appuyer, autant que faire se peut, sur des sources préexistantes qui contiennent, ou à tout le moins qui puissent fortement inspirer, ce principe général. En cela d'ailleurs, la démarche est quelque peu différente du travail d'identification de ces principes par le juge administratif ou le juge constitutionnels français, lesquels ont découvert, par le passé, des principes généraux du droit ou des principes à valeur constitutionnelle sans préciser leurs sources d'inspiration. Tel est le cas d'ailleurs du principe de continuité du service public dont on sait que le conseil constitutionnel n'a jamais pris soin de préciser un quelconque rattachement à une disposition de la Constitution¹¹³⁷.

Le juge de l'Union a l'habitude de sourcer les principes qu'il reconnaît soit dans les droits nationaux, le droit international dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les traités institutifs et la Chartes des droits fondamentaux. En ce qui concerne le principe de continuité du service d'intérêt général, il pourrait combiner au moins trois sources. 1^o/ Comme nous venons de l'expliquer, ce principe répondrait aux objectifs du traité et aux objectifs de la Charte des droits fondamentaux. 2^o/ De plus, l'ancrage de ce principe dans les sources nationales des États membres peut être sérieusement envisagé. Cet ancrage peut se faire soit à travers les traditions constitutionnelles communes aux États membres¹¹³⁸, soit sur la base des principes généraux du droit communs aux ordres juridiques des États membres.

¹¹³⁷ Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A. 1979, n°9, p. 46 ; R.D.P. 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; *Cahier du CFPC*, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; D. 1980, p. 333, note Léo HAMON ; *Rev. adm. de L'Est de la France*, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; D. 1980, p. 101, note PAILLET ; A.J.D.A. 1980, p. 191, note LEGRAND ; J.C.P. éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Dr. soc.* 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.

¹¹³⁸ CJCE, 17 décembre 1970, Aff. n° 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c./Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, Rec. p. 1125.

Quelle que soit la source nationale de référence, il n'est pas besoin de réunir le caractère commun des traditions juridiques ou des principes généraux nationaux pour que la source soit valable. La Cour de justice de l'Union européenne peut en effet consacrer l'existence d'un principe général du droit de l'Union européenne, sur la base d'une tradition constitutionnelle ou d'un principe général commun à quelques États membres, voire consacré dans un seul État membre. Ce qui importe fondamentalement à la Cour, c'est que le principe qu'elle consacre soit approprié aux besoins de l'ordre juridique de l'Union. Ce fut le cas du principe de confiance légitime existant dans le seul droit allemand, et pourtant plusieurs fois affirmé et utilisé par la Cour de justice en tant que principe général du droit de l'Union européenne¹¹³⁹. Le principe de continuité du service d'intérêt général peut se retrouver sous une forme ou sous une autre dans les diverses traditions juridiques des États membres ; parfois avec une dénomination différente, ce qui pourrait s'avérer être un barrage à une telle reconnaissance. Et l'on peine à imaginer la Cour de justice de l'Union européenne se référer au seul principe français de continuité du service public qui a valeur constitutionnelle pour reconnaître en droit de l'Union européenne un principe général du droit de continuité du service d'intérêt général. D'une part, les notions de service public et de service d'intérêt général ne sont pas totalement équivalentes bien que proches. D'autre part, la Cour ne pourrait pas s'appuyer sur le seul concept de continuité du service sans le qualifier soit de « service public », soit de « service d'intérêt général ». Il en résulterait que tous les services quels qu'ils soient seraient potentiellement soumis au principe de continuité.

Cependant, l'idée de continuité du service public ou d'intérêt général est présente dans de nombreux ordres juridiques des pays membres, et la Cour pourrait vraisemblablement fonder un principe général du droit de fonctionnement continu des services d'intérêt général en relevant qu'il s'agit d'une tradition juridique commune aux États membres. Or, l'expression « tradition commune » est plus large que celle de « notion commune » ou de « principe commun » et permettrait une telle interprétation commune de notions juridiques proches mais ayant néanmoins des différences notables.

Quoi qu'il en soit, une chose nous paraît certaine, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait reconnaître l'existence d'un principe général de continuité du service d'intérêt économique général, sur la seule base du traité, sans avoir à se justifier plus avant.

¹¹³⁹ CJCE, 3 mai 1978, Aff. n° 112/77, *Töpfer c./Commission*, Rec. p. 1019.

B.- Les avantages d'un principe général du droit de l'Union européenne

784. – Un puissant facteur d'harmonisation – Le recours aux principes généraux du droit de l'Union européenne constituerait un puissant facteur d'homogénéisation des ordres juridiques des États membres de l'Union européenne dans la mise en œuvre des services d'intérêt général. Sachant que pour ceux de ces services qui font l'objet d'une politique européenne sectorielle, cette homogénéisation est plutôt bienvenue et va dans le sens souhaité tant de l'Union que des États membres. C'est du moins ce que l'on peut supposer. En revanche, pour ceux de ces services qui ne font pas l'objet d'une telle politique sectorielle européenne, un tel principe général peut-il s'appliquer sans rogner abusivement sur les compétences des États membres ? Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général indique expressément que « *le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs* »¹¹⁴⁰. Autrement dit, ce protocole met en pratique le principe de subsidiarité au profit des États membres. Or, est-ce faire une entorse à ce principe que de reconnaître l'existence juridique d'un principe général de continuité par les autorités juridictionnelles de l'Union ?

785. – Le caractère général de la règle européenne – La réponse est négative dès lors que l'on distingue entre la fixation d'un principe et les mécanismes juridiques de sa mise en œuvre. D'autant qu'il convient également de distinguer entre ce qui est du domaine de compétence de l'Union et de ce qui est du domaine de compétence exclusif des États membres. Le principe général peut être fixé par l'Union sans qu'il y ait atteinte au principe de subsidiarité et les États membres restent compétents pour définir les règles de mise en œuvre. L'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que l'Union et les États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives veillent à ce que les services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Selon ce texte, l'Union est bien compétente pour fixer un de ces principes de fonctionnement. En revanche, elle ne pourra pas déterminer certaines des règles concrètes de mise en œuvre du principe de continuité, dès lors que ces règles ressortent du domaine de compétence exclusif des États membres. Il en irait ainsi d'une

¹¹⁴⁰ Article 1^{er}, alinéa 3, du Protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

réglementation du droit de grève, puisque l'article 153, §5 du TFUE semble exclure catégoriquement le droit de grève du champ de compétence de l'Union européenne.

786. – L'articulation possible avec les droits nationaux – La reconnaissance d'un principe général de continuité du service d'intérêt général constituerait un point d'appui juridique solide pour conformer le droit national à l'objectif européen recherché. Le paradigme serait renouvelé. La continuité ne sera plus celle du service public, notion nationale qui serait abandonnée pour la cause, mais celle du service d'intérêt général, et plus particulièrement pour les secteurs qui nous préoccupent, celle des services d'intérêt économique général. Basé sur ces notions européennes, l'objectif de continuité deviendrait européen, cependant que sa mise en œuvre resterait largement basée sur un droit national partiellement renouvelé, compte tenu de l'effet direct dans les droits internes du principe général du droit de l'Union européenne. Les notions européennes de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général serait ainsi progressivement assimilées par les droits nationaux. Nul doute qu'en France, il s'agirait d'une petite révolution.

787. – Propos conclusif du Chapitre 14 – Le principe de continuité du service d'intérêt économique général pourrait donc bénéficier d'une existence et d'une autonomie dans l'ordre juridique de l'Union européenne, soit en étant intégré dans une législation-cadre, soit comme principe général du droit. Dans les deux cas, cela suppose une volonté politique de faire advenir à la vie juridique ce principe de fonctionnement du service d'intérêt général. En effet, pour qu'une législation cadre sur les services d'intérêt général puisse voir le jour, et contenir un tel principe de fonctionnement des services, il faudra une volonté politique de la Commission européenne, du Conseil européen et du Parlement européen. Et pour que la Cour reconnaisse le moment venu un principe général de continuité du service d'intérêt général, il est nécessaire qu'elle l'inscrive dans sa « politique jurisprudentielle ».

788. – Alors évidemment, une telle volonté politique peut-elle exister dans une Union européenne encore trop marquée par une idéologie ultra-libérale, qui fait peu de cas des services d'intérêt général. La Cour de Justice est sans doute devenu l'institution de l'Union où la prégnance de cette idéologie est presque paroxystique, les arrêts *Laval* et

Viking de décembre 2007¹¹⁴¹ nous le montrent utilement. Il est donc certain que dans l'immédiat, cette première branche de notre thèse, est un vœu pieux. Toutefois, l'Union européenne n'est pas vouée à demeurer sous la coupe du néolibéralisme. Un rééquilibrage, nous semble inéluctable, sans quoi ce serait hélas, vraisemblablement la fin de l'Union européenne. Il n'est donc pas impossible que dans quelques années, l'Union européenne s'intéresse davantage qu'aujourd'hui à faire émerger une conception large et cohérente des services d'intérêt général, et intègre le principe de continuité de fonctionnement de ces services dans l'arsenal juridique de l'Union. Qu'elle le fasse via la Commission ou par la voie jurisprudentielle via la Cour de Justice, peu importe.

789. – Mais, à défaut d'une telle solution européenne, il n'est pas non plus exclu que l'ordre juridique français intègre la notion européenne de service d'intérêt général et reconnaisse l'existence d'un principe de continuité de fonctionnement de ce service d'intérêt général. C'est la deuxième branche de notre thèse, qui nous reste à expliquer.

¹¹⁴¹ CJCE, 11 décembre 2007, aff. n° C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP et OÜ Voking Lines Eesti*, Europe 2008, comm. 48, note Denys SIMON ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, note Patrick CHAUMETTE ; *J.C.P. éd. G.*2008, II, 10060, note Christophe VIGNEAU.

Chapitre 15.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne

« Le moment est sans doute venu de bannir l'expression "service public" de notre vocabulaire juridique. [...] le droit français est aujourd'hui mûr pour le remplacer dans son vocabulaire par "service d'intérêt général". »

Didier TRUCHET¹¹⁴²,

790. – Propos introductif – S'interroger sur les perspectives d'autonomie juridique du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne est presque incongru. Le service d'intérêt général n'est pas une notion de droit interne, et lorsque le juge y fait référence, c'est uniquement dans le cas précis de l'application d'une législation européenne qui emploie cette notion. Le juge statue alors en tant que juge de l'application du droit de l'Union européenne, vérifiant sa compatibilité avec le droit interne. Dès lors, envisager l'autonomie en droit interne du principe de continuité du service d'intérêt général, revient à s'interroger sur la possibilité d'intégrer en droit interne la notion européenne de service d'intérêt général, dont le principe de continuité serait évidemment aussi consubstantiel qu'il ne l'est pour le « sacro-saint » service public. Il va donc principalement être question, dans ce chapitre, des perspectives d'autonomie en droit interne de la notion de service d'intérêt général.

791. – Le questionnement est toutefois plus complexe, car il ne s'agit pas forcément d'intégrer la notion de service d'intérêt général en droit interne, mais peut-être davantage de voir dans quelle mesure le droit interne peut utiliser la notion européenne en tant que telle. Il y aurait donc deux possibilités : soit la notion est absorbée par le droit interne pour la transformer en une notion de droit interne, soit la notion est utilisée par le droit interne, mais en conservant sa nature de notion de droit européen. À moins qu'une troisième voie soit possible ?

¹¹⁴² TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

Faire du service d'intérêt général une notion de droit interne totalement autonome du droit de l'Union européenne, risquerait d'être un non-sens au regard de notre propos général. On risque de créer une confusion inextricable entre la notion originelle issue du droit européen et la notion nouvellement créée en droit français. Ainsi, il semble préférable d'avoir une réflexion qui parte de la notion européenne. L'interrogation que nous pouvons avoir, porte alors sur la capacité de l'ordre juridique interne à s'approprier la notion européenne de service d'intérêt économique général, et à lui donner un supplément d'âme sans craindre d'aller au-delà de ce qu'en dise les institutions européennes, mais sans franchir la ligne rouge qui pour l'instant s'impose à l'ordre interne, à savoir le respect des règles de concurrence issues du traité et du droit dérivé. Il n'est alors pas interdit de penser que la notion de service d'intérêt économique général, puisse être une notion « Janus », ayant une face tournée vers chacun des deux ordres juridiques.

La notion européenne de service d'intérêt économique général pourrait être utilisée en droit national, tant par les autorités publiques que par les juges, et sur cette base, ils pourraient les unes et les autres invoquer et reconnaître le principe de continuité de ce service. Ce principe serait alors utilisé en droit interne pour résoudre, au moins en partie, la question de l'application d'un régime particulier du droit de grève dans les services en réseaux.

Le droit interne peut-il donc se saisir de la notion européenne de service d'intérêt économique général pour lui reconnaître l'existence d'un principe consubstantiel de continuité ? Et s'il le peut en théorie, comment cela peut-il advenir ?

792. – Pour répondre à ces interrogations, nous démontrerons dans une première section que l'ordre juridique interne est prêt à accueillir en son sein la notion de service d'intérêt économique général (Section 1.-), puis, dans une seconde partie, nous étudierons les modalités d'intégration de la notion de service d'intérêt économique général dans l'ordre juridique interne (Section 2.-).

Section 1.- L'ordre juridique interne prêt à accueillir en son sein la notion de service d'intérêt économique général

793. – L'ordre juridique interne est prêt à accueillir en son sein la notion de service d'intérêt économique général, car nous constatons la convergence objective des deux

ordres juridiques, interne et européen (§1.-), et une partie de la doctrine juridique semble prête à franchir le pas (§2.-).

§ 1.- La convergence objective des deux ordres juridiques

794. – Il est loin aujourd’hui le temps où le Conseil d’État fustigeait ouvertement le droit de l’Union européenne. N’écrivait-il pas dans son rapport public de l’année 1994, « *L’Europe n’instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) : elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l’existence de services publics, ayant tendance à n’identifier aucune zone intermédiaire entre les services régaliens ou sociaux qui sont certes placés sous un régime spécial, mais non pas en tant que services publics, à raison, pour l’essentiel, de leur participation aux prérogatives de puissance publique, et les entreprises ordinaires* »¹¹⁴³. La convergence des notions de service public et de service d’intérêt économique général est réelle, et donc la convergence des ordres juridiques auxquelles elles appartiennent aussi.

795. – Cette convergence se manifeste d’abord dans la prise en charge de l’intérêt général. Nous avons démontré précédemment¹¹⁴⁴ que la notion de service d’intérêt économique général était proche de la notion de service public, d’autant plus que dans la logique actuelle du droit européen, il n’y a de service d’intérêt économique général que si sont imposées au gestionnaire du service, des obligations de service public ou de service universel, voire des droits exclusifs. Mais, même si on adopte une vision plus large du service d’intérêt économique général, sont couverts par cette notion les services répondant à un intérêt général certain, bien qu’opérant par ailleurs sur un marché. De plus, nous avons mis en évidence qu’entre la notion de service public et celle de service d’intérêt économique général, le point commun est que l’un et l’autre de ces services contribuent fortement à la cohésion sociale¹¹⁴⁵. Ces deux types de service répondent aux besoins collectifs les plus importants dans une logique d’interdépendance sociale. De ce point de vue, la substitution de l’un par l’autre est donc théoriquement possible.

¹¹⁴³ Conseil d’État, Rapport public 1994, Considérations générales « Service public, services publics : déclin ou renouveau », *E.D.C.E.* 1994, Paris, La Documentation française, p. 38.

¹¹⁴⁴ Cf. : *Supra*, Chapitre 11.

¹¹⁴⁵ Cf. : *Supra*, Chapitre 12.

796. – Ensuite, il ne faut pas non plus sous-estimer la convergence des deux notions quant à la logique de marché qui les enveloppe. Car les services en réseaux, qui sont par nature des services économiques et qui historiquement ont souvent été le lieu de rencontre de la puissance publique et des intérêts privés, financiers, industriels et commerciaux, sont particulièrement disposés à répondre aussi à la logique du marché en même temps qu'à l'intérêt général. L'histoire des services publics en réseaux, est explicite en ce sens. Il y a eu les grandes concessions de production d'énergie électrique, de transports par voie de chemins de fer notamment. Et puis, il y a eu les nationalisations, juste avant et surtout après la seconde guerre mondiale. Même si les lois de nationalisation ont éloigné la logique économique de marché, elle est vite revenue par la petite porte. Dès les années 1960', une réflexion était en cours sur l'amélioration de la gestion des entreprises publiques monopolistiques. On se souvient du rapport de Simon Nora sur l'autonomie de gestion des entreprises publiques, rendu en 1966 au Premier ministre Georges Pompidou¹¹⁴⁶. Il ne faut pas se voiler la face quant au fait que la logique économique plus marquée du service d'intérêt économique général et les politiques européennes sectorielles qui ont été menées dès la fin des années des années 1980' dans les télécommunications et le transport aérien, ont rencontré la volonté des gouvernements français (mais pas forcément des français) de sortir les grands services publics en réseaux de la logique étatiste et monopolistique dans laquelle ils étaient plongée depuis la Libération. Or, la notion de service public s'est considérablement adaptée à cette nouvelle donne européenne. On peut dire que depuis l'arrêt de section *Société Million et Marais* du 3 novembre 1997¹¹⁴⁷, le Conseil d'État a développé une jurisprudence qui fait une large place à l'application du droit de la concurrence en droit administratif. Le concessionnaire de service public, ne trouve plus dans le droit administratif un rempart impénétrable dressé contre l'application du droit de la concurrence.

797. – De ce point de vue, le rapprochement matériel entre la notion française de service public et la notion européenne de service d'intérêt économique général est incontestable. Le politiste Pierre BAUBY emploie d'ailleurs le vocable d' « européanisation des services publics » pour constater cette convergence. Un de ses

¹¹⁴⁶ Groupe de travail du Comité interministériel des Entreprises publiques, présidé par Simon NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à M. Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La Documentation française, 131 pp.

¹¹⁴⁷ CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406, concl. Jacques-Henri STAHL ; C.J.E.G. 1997, p. 441, concl. Jacques-Henri STAHL ; A.J.D.A. 1997, p. 945, chr. Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD.

ouvrages récents en porte le titre¹¹⁴⁸, tout comme un article publié pendant l'été 2013 à la *Revue de l'Union européenne*¹¹⁴⁹. Ce qu'il précise en introduction de son ouvrage est éclairant pour comprendre ce que cache cette formule : « *L'eupéanisation se traduit par un double mouvement : d'un côté d'imprégnation du droit européen par les droits et les concepts nationaux lors du long processus d'élaboration des propositions législatives par la Commission européenne et de leur adoption par les institutions ; de l'autre l'importation du droit, des politiques et des concepts communautaires dans le droit de chacun des États membres, parfois en recopiant ou décalquant celui-ci [...], une sorte de "nationalisation" du droit et des politiques communautaires* »¹¹⁵⁰. Il décrit ensuite les différentes étapes de ce rapprochement entre le droit communautaire et la notion de service public. Mais, il n'aborde pas la possibilité concrète d'utiliser en droit interne la notion de service d'intérêt économique général, ou celle de service d'intérêt général. S'il y a eupéanisation du service public, il n'y a pas en revanche d'internalisation des notions européennes. Autrement dit, quand bien même le rapprochement deviendrait similitude, les deux notions coexisteraient, mais chacune ne produisant d'effet juridique que dans son ordre juridique respectif. Dans ce cas de figure, on continuera donc, de convertir systématiquement la notion européenne en notion française, et inversement, selon que la question juridique posée nécessite l'application du droit de l'Union européenne ou du droit français et inversement. Après-tout, rien n'oblige vraiment à changer de vocable ; c'est en tout cas ce que beaucoup pensent. Nous serions tentés de les rejoindre dans cette posture, si nous n'avions découvert ce vide, pour le moins sidérant, où la notion de service public se trouve contrainte par l'application du droit européen et ne permet pas de recouvrir de sa protection l'ensemble des services qui pourtant remplissent une fonction d'intérêt général essentiel dans nos sociétés. Et puisque le droit européen contraint l'application du droit français, l'inverse n'est-il pas possible ? Du moins, peut-on imaginer un recours par le droit interne à la notion européenne de service d'intérêt général pour remplacer celle de service public, et tenter ainsi de desserrer l'étau de l'emprise du marché comme seul référentiel apparent des services ayant pourtant une fonction d'intérêt général certain ? En tout cas, la doctrine – ou plutôt une toute petite partie d'entre elle –, a déjà émis la possibilité d'abandonner la notion de service public pour utiliser celle de service d'intérêt général. Ce qu'il convient d'expliquer maintenant.

¹¹⁴⁸ BAUBY (Pierre), *L'eupéanisation des services publics*, Préface de Jean-Louis Quermonne, Paris, Les Presses de Sciences Po, Coll. « La bibliothèque du citoyen », 2011, 196 pp.

¹¹⁴⁹ BAUBY (Pierre), « L'eupéanisation des services publics », *R.U.E.* n° 570, juillet-août 2013, pp. 393-402.

¹¹⁵⁰ BAUBY (Pierre), « L'eupéanisation des services publics », Paris, Les presses de Sciences Po, Coll. « La bibliothèque du citoyen », 2011, p. 25.

§ 2.- Une partie de la doctrine juridique prête à franchir le pas

798. – La tribune ouvrant la dispute – C’est le professeur Didier Truchet qui, au printemps en 2008, dans une tribune publiée dans la revue *Actualité juridique - Droit administratif (AJDA)* émet l’idée de substituer dans le langage juridique le terme « service d’intérêt général » à celui de « service public »¹¹⁵¹. Idée que beaucoup trouvent iconoclaste au sens propre du terme d’ailleurs, et que nous même nous aurions volontiers pris pour un poisson d’avril si elle n’avait été publiée un 24 mars ! Car dans notre ordre juridique, le service public, tient de l’icône vivante, plusieurs fois portée disparue, et plusieurs fois ramenée à la vie, tel un Lazare juridique¹¹⁵². Jamais dans notre parcours universitaire n’a été un jour émise l’idée que l’on puisse se passer de la notion de « service public », pour utiliser à sa place celle de « service d’intérêt général ».

799. – Une notion plus précise et plus exacte – Il faut donc en revenir à la proposition de Didier Truchet pour en comprendre les motivations. Il estime que le droit français est « mûr » pour remplacer dans son vocabulaire « service public » par « service d’intérêt général ». Le droit français, que ce soit la législation ou la jurisprudence, a fait évoluer le service public pour le rendre « euro-compatible ». Par ailleurs, il considère que le droit communautaire européen a rendu le service d’intérêt général « franco-compatible ». Il explique que le traité de Lisbonne en réformant l’ancien article 16 du traité de Rome, et son protocole n° 9 permettent d’enlever les dernières réticences qui existeraient dans la doctrine française.

Dans ce contexte juridique renouvelé, Didier Truchet estime que la querelle de mots n’a plus d’objet sachant qu’en plus elle améliorerait l’intelligibilité interne de notre droit. Le service public est devenu une notion qui « *couvre des réalités si diverses et supporte tant de pesanteurs historiques qu’elle n’a plus guère de valeur juridique explicative* »¹¹⁵³. De fait, nous avons constaté que dans les services en réseaux (nous ne parlons pas ici d’autres services publics ou assimilés), la notion de service public n’explique plus rien, elle ne persiste dans les services en réseaux que dans la mesure où elle est compatible avec le droit de l’Union européenne. Elle couvre alors uniquement

¹¹⁵¹ TRUCHET (Didier), « Renoncer à l’expression “service public” », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

¹¹⁵² LATOURNERIE (Roger), « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ? », *E.D.C.E.* 1960, pp. 61-71.

¹¹⁵³ TRUCHET (Didier), « Renoncer à l’expression “service public” », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

des réalités strictement circonscrites, essentiellement sous la forme d'obligations spécifiques et précises¹¹⁵⁴. En revanche, selon Didier Truchet, le service d'intérêt général est selon lui « *plus précis et plus exact : il met l'accent sur la mutation du service public en obligations d'intérêt général comportant dans la seule mesure nécessaire les droits exclusifs ou spéciaux, les aides ou les prérogatives de puissance publique dont a besoin l'opérateur pour s'en acquitter convenablement sous le contrôle de la collectivité publique* »¹¹⁵⁵.

800. – Un nouveau label – Ce changement sémantique peut se faire car, explique aussi Didier Truchet, aujourd'hui le service d'intérêt général est porteur comme le service public des « *valeurs essentielles de justice sociale et d'efficacité économique* »¹¹⁵⁶. Il considère en outre que le service d'intérêt général a une approche plus réaliste en terme de marché et mieux ajusté à la diversité des besoins essentiels de la population dans nos sociétés contemporaines. Pour lui, l'expérience du service universel dans le secteur postal est des communications électroniques le confirme. Ce en quoi, nous serions plus dubitatifs. Car, ce n'est pas le service universel qui a évolué, il n'a même vraisemblablement pas suffisamment évolué comme beaucoup l'aurait espéré. Mais il est vrai, que le marché et les notions européennes permettent une plasticité sans doute plus grande, au moins potentiellement, qui permettent d'envisager une adaptation rapide du service d'intérêt général aux besoins essentiels de la population.

Sur un plan pratique ce changement n'aurait que peu de conséquences, selon Didier Truchet : l'identification serait de même nature. Faisant référence à son célèbre article du début des années 1980¹¹⁵⁷, il écrit, « *le service d'intérêt général n'est pas moins un "label" que le service public* »¹¹⁵⁸. Il précise même que le service d'intérêt général serait davantage un label, compte tenu de l'approche sectorielle privilégiée par l'Union européenne. Cette notion peut en outre servir à qualifier les actes, les agents, les biens et les travaux... etc, dès lors qu'il est associé à la puissance publique et dans le respect de la concurrence. Enfin, il explique qu'il faudrait utiliser la notion de « *service d'intérêt économique général* » et celle de « *service non économique d'intérêt général* », pour distinguer au sein de la catégorie plus large de service d'intérêt général. Sans être enthousiasmé par ces expressions, qu'il juge « *lourdes et, pire, fallacieuses, car même*

¹¹⁵⁴ Cf. : Supra, Sous-titre 1.

¹¹⁵⁵ TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

¹¹⁵⁶ *Idem.*

¹¹⁵⁷ TRUCHET (Didier), « Label de service public et statut du service public – Nouvelles récentes d'un illustre vieillard », *A.J.D.A.* 1982, pp. 427-439.

¹¹⁵⁸ TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

à objet économique, un service d'intérêt général poursuit des objectifs sociaux »¹¹⁵⁹, il considère, à juste titre selon nous, que ce n'est pas pire que la distinction entre les « services publics administratifs » et les « services publics industriels et commerciaux », distinction qui d'ailleurs n'est plus très claire.

801. – Le symptôme – Comme nous l'avons sous-entendu en introduction de cette position doctrinale, cette tribune fut une petite bombe dans le champ de la réflexion générale sur le devenir du service public et de l'intérêt général. Depuis les effets sont retombés, mais l'histoire n'étant pas finie, rien ne dit que cette proposition ne sera pas le ferment d'un mouvement de fond plus large en droit public français. En ce qui nous concerne, après l'effet de surprise, il nous faut admettre que cette position, d'un éminent membre de la doctrine juridique française, a déclenché cet aspect de notre réflexion que nous exposons à travers l'ensemble de ce titre et de ce sous-titre. Certes pour Didier Truchet il s'agit de reprendre la notion de service d'intérêt général, et la notion de service d'intérêt économique général, telles qu'elles sont conceptualisées aujourd'hui par les institutions communautaires. Sa réflexion se fait donc à droit constant. Mais peu importe, car le fait qu'il puisse émettre cette idée, est selon nous le signe qu'il peut exister une telle possibilité. D'ailleurs, sa proposition est parfaitement adaptable à une conception plus large de la notion de service d'intérêt économique général telle que nous la formulons¹¹⁶⁰. Notre réflexion n'est donc plus tout à fait hypothétique, elle est au contraire symptomatique d'un monde qui change et d'un droit en mouvement. La doctrine peut anticiper ce mouvement pour mieux l'accompagner.

802. – La controverse – Cet éditorial a donné lieu à une petite controverse, par tribunes interposées de l'*AJDA*, entre les professeurs Didier Truchet, Gérard Marcou et Martine Lombard. Nous exposons donc les points de vue successifs des professeurs Marcou et Lombard.

803. – La charge en défense du service public – Dans une tribune du 28 avril 2008¹¹⁶¹, le professeur Gérard Marcou a catégoriquement rejeté la proposition de Didier Truchet, et nous pensons qu'il exprime une position qui fut sans doute assez majoritaire dans la doctrine juridique française actuelle. Ainsi affirme Gérard Marcou, le droit communautaire incorpore la notion de service public ; c'est donc une raison de plus pour

¹¹⁵⁹ TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression “service public” », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.

¹¹⁶⁰ Cf. : *Supra*, Chapitre 11.

¹¹⁶¹ MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de “service public” », *A.J.D.A.* 2008, p. 833.

conserver la notion française. Il précise, « *en effet, le droit communautaire fait droit aujourd'hui à la notion de service public dans ce qu'elle a d'universel, malgré les mises en cause doctrinales dont elle fait l'objet dans divers pays* »¹¹⁶². Il y fait droit quant à sa fonction, la notion de service public est bien l'expression de « l'interdépendance sociale » ; il y fait droit quant à son contenu, la notion de service public correspond à la détermination par les pouvoirs publics de l'offre de service, en fonction du niveau de satisfaction des besoins qu'ils estiment nécessaires d'assurer. Gérard Marcou ajoute, que l'on retrouve ses caractéristiques du service public dans tous les pays européens, que la notion trouve place ou non dans les systèmes juridiques. Mais, « *précisément, aucune autre doctrine juridique que celle du service public, n'a pu donner à cette réalité une expression aussi synthétique et aussi forte* »¹¹⁶³. Or, Gérard Marcou explique que la notion de service d'intérêt général, celle de service d'intérêt économique général ne sont pas plus claires que celle de service public. En outre, la notion de service public est tout à fait adaptée au nouveau contexte du marché. De plus, « *la notion de service public, bien plus que celle de service d'intérêt général, peut être reconnue comme une notion scientifique, en raison de l'importance de l'élaboration doctrinale à laquelle elle a donné lieu et de ses liens avec la théorie de l'État, avec les progrès de la garantie juridique des droits fondamentaux et avec l'économie des fonctions collectives* »¹¹⁶⁴. Enfin, « *les notions du droit communautaire – service d'intérêt général, service universel – peuvent être analysées au contraire à la lumière de la notion de service public telle qu'on l'a rappelée, comme peuvent l'être des notions en usage dans d'autres pays dont le système ne connaît pas la notion de service public* »¹¹⁶⁵, il précise ici l'Allemagne et les États-Unis.

804. – L'exercice du doute – Cette position est fondée. Du point de vue scientifique, le service public est une notion fondamentale du droit public, explicative d'autres notions et explicative du droit administratif. Mais nous en connaissons aussi la fragilité intrinsèque, qui plus d'une fois a failli se révéler fatale. C'est une notion très importante certes, mais peut-on se contenter d'elle seule ? Car, nous ne pensons pas que la notion de service public soit en définitive beaucoup plus claire que celle de service d'intérêt général. Surtout, nous doutons que le droit communautaire incorpore la notion de service public. Il s'évertue plutôt à cantonner la notion de service public le plus possible dans la notion très restrictive d'obligation de service public. Et nous savons qu'aujourd'hui, dans

¹¹⁶² MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 833.

¹¹⁶³ *Idem.*

¹¹⁶⁴ *Idem.*

¹¹⁶⁵ *Idem.*

les services en réseaux, toute une partie des prestations ne sont plus couvertes par la notion de service public, sans l'être par la notion de service d'intérêt économique général. Dans ces conditions, il ne semble pas superflu d'admettre que le droit de l'Union européenne incorpore l'idée de service public, à défaut d'incorporer la notion ; encore nuanceons-nous, une « certaine idée » du service public, pas forcément l'idée que l'on s'en fait de ce côté-ci de Quiévrain. En réalité, service public ou non, c'est une prise en compte de l'intérêt général qui a lieu en droit européen. Ce qui compte, ce n'est pas tant de savoir si c'est telle ou telle notion qui emporte le bras de fer virtuel que certains s'imaginent, mais il s'agit d'identifier les valeurs partagées par ces deux notions venues de deux mondes différents, et dont l'époque commande un rapprochement et un cheminement commun.

805. – Le renfort – Valeurs ? C'est exactement sur ce point que porte la tribune de Martine Lombard, publiée dans l'*A.J.D.A.* près de deux mois après celle de Gérard Marcou¹¹⁶⁶. S'invitant dans cette controverse doctrinale, Martine Lombard constate que les deux auteurs précédents de la controverse convergent sur le sens, quand bien même ils divergent sur les mots. Elle rappelle que ce débat sémantique avait été très bien synthétisé par Stéphane Rodrigues dans sa thèse publiée en 2000 (*La nouvelle régulation des services publics en Europe*). Mais, « *ce qui est nouveau est le constat d'une large adhésion du droit de l'Union européenne, au moins depuis le traité de Lisbonne, à ces valeurs traduisant l'interdépendance sociale* »¹¹⁶⁷. Il serait utile de vérifier la cohérence de ce socle commun et pour cela il faudrait commencer par expliciter ces valeurs. Martine Lombard se réfère au rapport, alors récemment publié par le conseiller d'État Jean-Ludovic Silicani, intitulé « Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique »¹¹⁶⁸, et dans lequel il a tenté de dresser un inventaire de ses valeurs du service public. On n'y trouve pas en première ligne les fameux principes dégagés par Louis Rolland. Ceux-ci sont relégués en seconde position. Mais on trouve d'abord la devise de la République : Liberté, égalité et fraternité. C'est au sein des valeurs professionnelles de la fonction publique qu'on trouve les principes de Rolland, en plus de la probité. Ce rapport propose ensuite une charte des valeurs du service public et de la fonction publique ; qui n'aurait pas de valeur normative ; cette *soft law* ou ce droit souple¹¹⁶⁹ serait

¹¹⁶⁶ LOMBARD (Martine), « Mots et valeurs du service public », *A.J.D.A.* 2008, p. 1225.

¹¹⁶⁷ *Idem.*

¹¹⁶⁸ SILICANI (Jean-Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, Paris, La Documentation française, Avril 2008, 240 pp.

¹¹⁶⁹ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, Paris, La Documentation française, 2013, 200 pp.

néanmoins la base de médiation dans chaque ministère. Comme l'explique Martine Lombard, « *cet ensemble de valeurs est-il effectivement commun aux États de l'Union européenne ? Sans doute pas dans leur formulation, tant celle-ci est le reflet de notre histoire. La recherche de solidarités est cependant bien la marque de notre culture européenne* »¹¹⁷⁰. Dans cette logique, nous avons démontré qu'au fondement du service public et du service d'intérêt général, se trouvent la nécessité de répondre de façon continue à des besoins fondamentaux ou essentiels et la nécessité d'assurer la cohésion sociale. Et quand on lit les diverses communications de la Commission européenne, il apparaît très clairement que les valeurs fondamentales du service public d'un côté et du service d'intérêt général de l'autre sont comparables pour ne pas dire similaires.

806. – *Un nouveau porte-étendard de l'intérêt général* – Pour autant, que la convergence ait lieu sur les valeurs est un fait certain. Mais nous pensons, qu'en ce qui concerne les services en réseaux et compte tenu de ce que nous avons démontré précédemment, il est nécessaire d'aller plus loin dans l'intégration des notions. Le droit national pourrait donc utiliser la notion de service d'intérêt économique général, pour en faire le porte-étendard de la prise en charge de l'intérêt général dans les services en réseaux et pour y appliquer le principe de continuité qui fait partie de ces valeurs partagées.

Section 2.- Les modalités d'intégration de la notion de service d'intérêt économique général dans l'ordre juridique interne

807. – L'intégration de la notion de service d'intérêt économique général dans l'ordre juridique interne, suppose d'accepter d'en faire une notion à double face, ce que nous appelons une notion « Janus ». Elle aurait une face « Union européenne » et une face « droit interne ». Lesquelles seraient parfaitement compatibles à défaut d'être identiques (§1.-). Une fois résolue cet aspect théorique, il nous reste à explorer les voies d'intégration de la notion en droit interne (§2.-).

¹¹⁷⁰ LOMBARD (Martine), « Mots et valeurs du service public », *A.J.D.A.* 2008, p. 1225.

§1.- Faire du service d'intérêt économique général, une notion « Janus »

808. – Le double visage – Si les autorités publiques françaises, ou le juge national, se saisissent de la notion européenne de service d'intérêt général et des notions qui lui sont subséquentement rattachées, à savoir celle de service d'intérêt économique général et celle de service non économique d'intérêt général, pour l'utiliser dans le règlement de situation intéressant uniquement l'ordre juridique national, la notion européenne devient alors une notion de droit interne. Mais elle demeure aussi une notion de l'ordre juridique de l'Union européenne. Nous pensons qu'il n'y a pas de choix à faire entre une notion simplement nationale ou purement européenne. La notion utilisée a un double visage : une face européenne ayant des effets de droit précis dans l'ordre juridique de l'Union européenne, une face interne ayant des effets juridiques dans l'ordre interne. C'est, nous semble-t-il, le seul moyen d'éviter la complication du droit en créant deux notions différentes. Dans la configuration, d'une notion Janus, les deux faces de la notion doivent être compatibles. Loin d'une conformité, ou d'une identité des deux faces, l'idée de compatibilité exprime la possibilité de laisser une marge d'appréciation et le jeu nécessaire au bon fonctionnement d'un ensemble systémique, réunissant deux ordres juridiques distincts autour d'une même notion. La notion est la même, mais elle s'exprime de façon différente selon l'ordre juridique dans lequel elle sert.

809. – Les paramètres – Plusieurs paramètres doivent être pris en compte pour permettre l'émergence de cette notion à double visage : le principe de primauté, le principe de subsidiarité et une approche systémique de l'articulation des deux ordres juridiques.

810. – La primauté – En premier lieu, il y a la primauté du droit de l'Union européenne sur l'ordre juridique interne. C'est un principe extrêmement important en droit européen, dégagé par la Cour de Justice¹¹⁷¹ dans le but d'assurer l'effectivité des règles du traité, mais aussi du droit dérivé, dans les droits nationaux. Cette primauté veut dire que le droit de l'Union européenne s'impose à l'ordre juridique national, mais uniquement pour les effets de droit européen, pas pour les effets de droit interne. Ce principe de primauté, bien compris, n'est pas un frein à l'émergence de la face interne de la notion de service d'intérêt économique général.

¹¹⁷¹ CJCE, 15 juillet 1964, Aff. n°6/64, *Flaminio Costa c./ Enel*, Rec. p. 1141 ; KARPENSCHIF (Michaël) et NOURISSAT (Cyril) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, Coll. « Thémis », p. 15, n°3.

En effet, le principe de primauté est indifférent à l'utilisation de la notion européenne en droit interne, dès lors, et c'est la seule limite, que cette utilisation dans l'ordre juridique interne ne prive pas la notion de l'ensemble des effets qui lui sont attachés dans l'ordre juridique communautaire. Autrement dit, la face interne de la notion de service d'intérêt économique général, ne peut être utilisée en droit interne que si cela ne court-circuite pas l'application du droit communautaire. C'est donc en fonction du domaine de compétence des autorités nationales et des institutions de l'Union européenne que l'utilisation de la notion en droit interne est possible.

De plus, le principe de primauté ne veut pas forcément dire intangibilité de la notion. Certes, il est convenu d'appliquer le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de Justice. Mais cela ne vaut que pour autant que les effets juridiques de la notion se produisent dans l'ordre juridique communautaire ou lorsque les règles issues de cet ordre juridique s'imposent en droit interne. Mais si les effets concernent uniquement l'ordre juridique interne, l'unification absolue de l'interprétation du droit de l'Union européenne ne s'impose pas. Alors, le droit interne peut sans doute faire évoluer la notion dans sa face interne. La question étant de savoir si le droit national peut opter pour une interprétation plus large des notions européennes, sachant que pour le moment le droit de l'Union européenne a opté pour une interprétation étroite. Les éléments de réponse à cette question sont en grande partie liés à ce qui suit.

811. – La subsidiarité – Ainsi, en second lieu, notre réflexion doit tenir compte de l'application du principe de subsidiarité. Ce principe veut que ce soient les autorités nationales qui définissent les services d'intérêt économique général. La Cour de Justice de l'Union européenne le rappelle maintenant régulièrement. Elle ne peut contredire cette appréciation que s'il y a erreur manifeste d'appréciation. La Commission rappelle aussi cette position dans sa doctrine. Depuis le traité de Lisbonne, ce principe de subsidiarité en matière de service d'intérêt général est rappelé à plusieurs reprises, dans l'article 14, le protocole n° 26 et même l'article 36 de la charte des droits fondamentaux. Les autorités nationales ont donc une marge d'appréciation pour décider si tel ou tel service peut être un service d'intérêt économique général. Cependant, elles ne le font que selon les règles d'identification imposées par la Cour de Justice, et notamment en vérifiant le fait que des obligations de service public soient imposées au service en cause. Mais ces règles d'identification ne s'imposent *a priori* que dans la mesure où se joue l'application des règles de droit de l'Union européenne. Si la notion de service d'intérêt économique général n'a d'effet qu'en droit interne et pas en droit de l'Union européenne, il n'y a pas lieu de craindre un contrôle de la Cour de Justice voire de la

Commission européenne. Dire cela, ce n'est pas donner un encouragement aux autorités nationales à utiliser n'importe comment la notion de service d'intérêt économique général ; c'est simplement ouvrir cette notion à un rayonnement plus large.

812. – La logique de système – En définitive, et c'est le troisième élément important qui nous guide dans cette réflexion, il nous semble important d'envisager une telle réflexion dans une logique de rapports de systèmes, et non pas dans une logique purement hiérarchique du droit. Car si on reste dans une logique hiérarchique, on risque de considérer que du fait du principe de primauté, il n'y a pas de marge de manœuvre pour interpréter la notion de service d'intérêt économique général, autrement que ce que font aujourd'hui la Cour de Justice et la Commission européenne. Le principe hiérarchique ne vaut que si on reste dans une logique juridique intéressant uniquement l'ordre juridique de l'Union européenne : c'est-à-dire l'application de règles issues de cet ordre ayant des effets juridiques dans cet ordre, soit par application des règles du traité, des règlements, soit par transposition des règles édictées par les directives. Or, ce n'est pas le cas de figure de notre proposition. Il s'agit pour nous d'utiliser la notion européenne de service d'intérêt économique général dans le but de provoquer des effets juridiques dans l'ordre interne et uniquement dans cet ordre.

813. – Une nouvelle articulation – La logique de rapports de systèmes permet de trouver une nouvelle façon de penser l'articulation entre des normes issues d'ordres juridiques différents ayant vocation à régler une même situation. Cette logique est particulièrement utile en cas de conflit normatif. Comme l'écrit Baptiste Bonnet, « *Une logique de rapports de systèmes conduit à chercher des solutions pour gérer les rapports entre norme interne et normes internationales en évitant le conflit et, partant, permet de maintenir l'harmonie indispensable au bon fonctionnement de l'ensemble, cet ensemble n'étant pas constitué d'une seul système composé de normes internes et externes d'origine diverses mais de plusieurs systèmes sédimentés les uns aux autres* »¹¹⁷². L'idée est de « *tenter de sortir du rapport entre ordres juridiques fondé sur le principe hiérarchique pour construire et organiser des rapports fondés sur une articulation des normes, sur une combinaison des normes et donc sur un dialogue des juges, desquels serait extrait le rapport hiérarchique* »¹¹⁷³. Baptiste Bonnet ajoute, « *Cette conception des rapports entre norme interne et norme internationale conduirait à adopter un raisonnement fondé sur la compétence et non pas sur la hiérarchie pour trancher le*

¹¹⁷² BONNET (Baptiste), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, 2013, pp. 67-68.

¹¹⁷³ *Ibid*, p. 67.

conflit normatif »¹¹⁷⁴. Or, quand bien même notre étude ne porte pas sur la résolution d'un conflit normatif au sens propre du terme, nous pensons que la logique de système, telle qu'exposée ici, permet de résoudre le conflit d'interprétation de la notion de service d'intérêt économique général, en tant que notion à double face, européenne et interne.

814. – Une logique de compétence – En effet, dans une logique de rapports de système, le raisonnement juridique, et notamment le raisonnement du juge, sera fondé soit sur une logique hiérarchique – celle qui est classiquement appliquée aujourd'hui –, soit sur une logique de compétences qui est une logique novatrice. Dans la logique hiérarchique, le conflit de norme se résout par l'affirmation d'une suprématie d'une norme sur d'autres normes issues d'un ordre juridique distinct. Alors que dans une logique de système, on ne cherche pas à faire prévaloir une norme définitivement par rapport à une autre, mais on fixe une règle de priorité d'application de la norme adéquate, sur le fondement du titre en vertu duquel on gère le conflit normatif. Baptiste Bonnet explique que dans cette logique, « *le juge identifie la norme applicable en priorité sans affirmer la primauté de cette norme sur la norme qui ne peut être appliquée du fait du conflit* »¹¹⁷⁵. Dans une logique de systèmes, il n'y a donc pas, à proprement parler, de concurrence entre les ordres juridiques en cause. Dans cette optique, « *L'interpénétration des ordres induit ici des rapports de systèmes qui conduisent dans le même temps à situer le juge dans son ordre et dans une logique d'ensemble, qui dépasse nécessairement la seule identité nationale : le prisme n'est plus la hiérarchie des normes mais l'harmonie des systèmes qui coexistent et s'influencent mutuellement* »¹¹⁷⁶.

815. – La recherche d'une harmonie – Cette logique de rapports de système peut trouver application dans la résolution des difficultés liées à l'utilisation en droit interne de la notion européenne de service d'intérêt économique général. Comme nous l'avons évoqué, il ne s'agit pas en tant que tel de faire prévaloir l'unique interprétation de la notion par la Cour de Justice mais de permettre l'émergence d'une interprétation novatrice, car élargie, de la notion, tout en restant dans un rapport de compatibilité avec l'interprétation donnée au niveau européen à l'heure actuelle. Autrement dit, c'est l'harmonie entre les diverses interprétations possibles de la notion que nous recherchons. Pour parvenir à cette harmonie, il nous faut nous extraire d'une vision purement hiérarchique des ordres juridiques de l'Union européenne et interne. La voie à

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 67.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 70-71.

suivre est celle du titre de compétence permettant la résolution du problème juridique qui nous préoccupe, à savoir assurer la continuité de fonctionnement des services en réseaux et imposer les règles utiles à cette continuité à leurs personnels. Ce sont là des questions qui intéressent avant tout l'ordre interne. La compétence d'action est donc donnée par l'ordre juridique interne, sans interférer avec l'ordre juridique européen. Ainsi, en se fondant sur cette logique juridique de système, rien ne s'oppose à ce que l'autorité compétente et le juge, se saisissent de la notion européenne de service d'intérêt économique général et lui donnent l'interprétation qui nous paraît la plus utile, afin de régler les questions qui nous taraudent.

§2.- Les voies d'intégration envisageables

816. – La notion européenne de service d'intérêt économique général pourrait intégrer l'ordre juridique interne, dès lors qu'elle serait utilisée par les autorités publiques ou juridictionnelles compétentes. Il en ressort que trois voies sont possibles : la voie réglementaire, la voie juridictionnelle et la voie législative. Toutefois nous ne concentrerons pas l'analyse sur la première d'entre elle, puisqu'en définitive elle sera, tôt ou tard, validée ou non par le juge administratif. Nous analyserons donc le potentiel de la voie réglementaire à travers une étude de la voie jurisprudentielle (A.-), puis nous examinerons la voie législative (B.-).

A.- La voie jurisprudentielle

817. – ***Les interrogations préalables*** – Peut-on imaginer le juge administratif abandonner la notion de service public pour s'emparer, non sans précaution, de la notion de service d'intérêt économique général ? C'est particulièrement difficile à imaginer, dans la mesure où le juge administratif, précisément le Conseil d'État, a très largement contribué à la construction de la notion de service public. Peut-il alors se détacher, même de façon limitée, de cette notion qu'il a fait naître et croître ? S'il le fait, nous ne doutons pas que ce sera avec un certain déchirement. Mais n'a-t-il pas eu lui-même des doutes quant au périmètre exact à conférer à cette notion ? Sa jurisprudence reflète les courants parfois contraires qui la traversent selon les époques, avec des mouvements de flux et de reflux du service public.

818. – Pour une nouvelle effervescence de la pensée juridique – Mais, au fond la question n'est pas là. Le juge ne statue pas en fonction de l'affect envers telle ou telle notion juridique qui révèle une page glorieuse de son histoire. Le juge administratif est là pour juger en droit de la légalité des actes administratifs qui lui sont soumis. Il le fait en fonction des outils juridiques dont il dispose. La notion de service d'intérêt économique général fait partie des outils dont il peut se saisir, s'il lui venait de considérer que cet outil pourrait mieux convenir au règlement de certaines difficultés juridiques que la notion de service public ne permet plus de nos jours de régler avec efficacité. Il ne doit pas oublier que la notion de service public est une création de lui-même ; qu'il a osé avancer cette notion pour régler certaines questions de droit qui lui étaient soumises. La doctrine juridique, qu'elle soit issue de ses rangs ou d'origine universitaire, a contribué à ancrer l'utilisation de la notion. Pourquoi, face aux enjeux de notre époque, serions-nous pétrifiés de stupeur à l'idée de modifier nos outils juridiques, alors qu'il y a un siècle nous étions en pleine effervescence et que les esprits juridiques étaient créatifs ?

819. – Le bon positionnement du juge – Pour que le juge administratif contemporain puisse utiliser la notion de service d'intérêt économique général, il lui faut se placer d'emblée dans une logique de rapports de systèmes. Autrement, face à une notion d'origine européenne, il va naturellement se placer en tant que juge de premier degré de l'application du droit de l'Union européenne. Dans ce cas, il considèrera que la notion est d'une part intangible, et d'autre part que son utilisation est limitée à la résolution de litige relatif à l'application du droit de l'Union européenne. Il refusera donc d'utiliser une notion qu'il estime inutilisable en tant que juge de l'ordre interne. En revanche, s'il se place dans une logique de rapport de système, c'est uniquement en fonction de sa compétence à juger le litige qu'il va se donner la possibilité d'utiliser la notion venue de l'Union européenne, pour se l'approprier en vue du règlement d'un litige intéressant uniquement l'ordre juridique interne. Il confèrera à la notion de service d'intérêt économique général la facette « droit interne » qu'elle n'a pas encore revêtue à ce jour.

820. – Retour sur l'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013 – Si tel avait été son positionnement dans l'affaire du 12 avril 2013 *Fédération FO Energie et Mines*, l'issue en aurait été différente. Rappelons que dans cet arrêt rendu par l'Assemblée du contentieux, le Conseil d'État décide que la production d'électricité constitue un service public. Or, la loi du 10 février 2000, appliquant les directives européennes, avait fait le choix de ne pas inclure la production d'électricité dans le champ du service public de l'électricité. C'est donc *contra legem*, mais pour des raisons évidentes de sauvegarde de l'intérêt général que le Conseil d'État prend cette position treize années plus tard.

Sauf que son raisonnement repose sur une appréciation antédiluvienne. Ne voit-on pas réapparaître subrepticement le critère organique dans l'identification du service public ? Comme le remarque justement Xavier Dupré de Boulois dans son commentaire sous cet arrêt, l'Assemblée du contentieux « mobilise la grille de lecture définie à l'occasion de l'arrêt *APREI* dont il résulte qu'un organisme de droit privé doit être chargé d'une mission de service public lorsqu'il assure une activité d'intérêt général et qu'un faisceau d'éléments atteste de la volonté de l'Administration de lui confier une telle mission »¹¹⁷⁷. Parmi les éléments retenus par le Conseil d'État il y a le fait que l'État détienne 70 % du capital de la société EDF exploitante du parc de centrales nucléaires et que son président est nommé en Conseil des ministres. Cependant, nous devons noter que selon l'arrêt *APREI* du 22 février 2007¹¹⁷⁸, rendu par la section du contentieux, la grille de lecture des faisceaux d'indices qu'il définit lui-même en vue de permettre l'identification du service public n'est en principe utilisable par le juge qu'en cas de mutisme de la loi quant à la qualification en service public ou pas des missions en cause. Or, dans l'arrêt du 12 avril 2013, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État s'appuie sur la loi du 10 février 2000 qui n'est pourtant pas muette. Bien au contraire, elle est explicite en ce qu'elle refuse d'intégrer la production d'électricité dans le service public de l'électricité. Certes, les débats parlementaires n'ont pas été nourris sur ce point précis, mais le choix fait par le gouvernement et la majorité de l'époque – choix accepté par l'opposition d'alors – était d'ouvrir à la concurrence la production d'électricité en la soustrayant des contraintes du service public. Très paradoxalement, le Conseil d'État dans l'arrêt du 12 avril 2013 précité, n'applique pas l'arrêt *APREI* lorsqu'il refuse de tenir compte de la volonté du législateur exprimée par la loi du 10 février 2000, mais applique les critères dégagés par l'arrêt *APREI* pour ensuite identifier la mission de service public de production d'électricité. Encore doit-on préciser qu'il ne s'agit que de la production nucléaire d'électricité. En effet, la lecture de l'arrêt du 12 avril 2013 laisse entendre que la production d'électricité par les centrales hydroélectriques et thermiques n'est pas un service public. Ces productions contribuent-elles moins à l'intérêt général ? Leur influence sur la stabilité du réseau électrique est certes moindres...

¹¹⁷⁷ DUPRÉ de BOULOIS (Xavier), note sous CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570 et autres, *Fédération FO énergie et mines et autres*, JurisData n° 2013-006760 ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 23-25.

¹¹⁷⁸ CE, Sect., 22 février 2007, req. n° 264.541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, *A.J.D.A.* 2007, p. 793, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER ; *R.F.D.A.* 2007, p. 803, note Claudie BOITEAU ; *R.D.S.S.* 2007, p. 499, concl. Célia VÉROT et p. 517, note Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI.

821. – Le panache qui a manqué – L'arrêt *Fédération FO Energie et Mines* du 12 avril 2013, continue donc d'utiliser la notion de service public, là où de toute évidence il ne le pouvait plus. L'utilisation en droit interne de la notion de service d'intérêt économique général nous paraît donc plus que jamais utile. Dans le cas précis de la production d'électricité, tous les éléments étaient présents pour l'identifier. Il fallait d'abord s'appuyer sur le seul élément incontestable pris en compte par l'Assemblée du contentieux dans l'arrêt du 12 avril 2013, à savoir le premier d'entre eux figurant au considérant n° 7 : « *la société Electricité de France, qui en l'état actuel du système de production électrique exploite la totalité de ces centres [nucléaires de production d'électricité] est chargée, à ce titre, d'une mission d'intérêt général répondant à un besoin essentiel du pays* »¹¹⁷⁹. De plus, pour l'exploitation de ses centrales de production d'électricité, de quel que type qu'elles soient (nucléaires, thermique, solaires, hydroélectriques, éoliennes), la société Électricité de France est titulaire d'autorisation administrative d'exploiter. Enfin, l'autorité publique peut lui imposer, si elle le juge utile pour la sauvegarde de l'intérêt général, de lui imposer des obligations de service public.

Sur la base de ce constat, Conseil d'État pouvait en déduire que la production d'électricité était un service d'intérêt économique général et qu'à ce titre, l'exigence de continuité lui était consubstantielle. Il pouvait ensuite en déduire que le pouvoir réglementaire, agissant en substitution du législateur dans le cadre de l'interprétation donnée depuis l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950 à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, pouvait prendre les mesures nécessaires pour limiter l'exercice du droit de grève des agents des centrales de production d'électricité. De la part de l'Assemblée du contentieux, cela n'aurait évidemment pas manqué de panache, et cela aurait initié un puissant courant jurisprudentiel et doctrinal.

822. – Un effort trop important – Mais concédons que vraisemblablement c'était trop d'innovations en même temps. On connaît la formule employée par les membres du Conseil d'État qui parlent « d'effort » chaque fois que le juge est invité à interpréter plus largement que d'habitude telle ou telle notion de droit ou à faire œuvre créatrice. Notre proposition suppose en elle-même un effort très important de l'institution pour y parvenir, compte tenu du contexte jurisprudentiel actuel. Avec l'arrêt du 12 avril 2013, nous en restons au stade du rapiéçage d'un système qui semble peiner à faire face aux enjeux actuels de l'intérêt général. Seuls ceux qui y croient vraiment penseront qu'il est encore

¹¹⁷⁹ CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570 et autres, *Fédération FO énergie et mines et autres*, JurisData n° 2013-006760 ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS, concl. Frédéric ALADJIDI.

possible de faire du « vin nouveau avec de vieilles outres »¹¹⁸⁰. En ce qui nous concerne et dans ce cas précis, nous n'y croyons pas. Alors, dans ces conditions, il semble bien que la voie jurisprudentielle soit plus qu'hasardeuse.

823. – Le juge face à la *bi vium* – Peut-être néanmoins que si le pouvoir réglementaire s'emparait de la question sous l'angle que nous proposons, il n'est pas impossible que le Conseil d'État cherche à suivre. Car ce qui est frappant à la lecture de l'arrêt du 12 avril 2013, c'est que le Conseil d'État évite au maximum de prendre des risques trop visibles. Il prend certes le risque d'aller contre la loi du 10 février 2000, mais ce n'est pas frontal, et l'utilisation de la notion de service public identifiée selon les critères de l'arrêt *APREI* permet de légitimer au maximum la solution qu'il retient.

Alors, pourquoi ne pas, en effet, envisager l'hypothèse d'une réglementation du droit de grève fondée sur la notion de service d'intérêt économique général pour assurer la continuité du service ? Si le juge veut valider cette position, à notre sens, il le pourra, quand bien même le contexte juridique est toujours centré sur la notion de service public, quand bien même la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'aurait pas encore changé, quand bien même enfin, la loi de 1963 ne réglemente quelques aspects du droit de grève dans les seuls services publics. Rappelons-nous en effet qu'avant 1963 et depuis la fin des années 1940, en l'absence de législation, le pouvoir réglementaire pouvait réglementer le droit de grève dans les services publics notamment en mettant en place la procédure du préavis de grève, chose reprise depuis par la loi de 1963. Pourquoi ne pas reprendre le même processus pour réglementer le droit de grève dans les services d'intérêt économique général ?

En revanche, s'il veut annuler l'éventuelle réglementation qui serait prise en sens, le juge administratif pourra vraisemblablement s'appuyer sur la lettre de la décision du Conseil constitutionnel n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 selon laquelle la continuité du service public est un principe à valeur constitutionnelle et seule la continuité du service public est de valeur constitutionnelle, la continuité du service d'intérêt général ne l'étant pas. S'inscrivant dans une logique purement hiérarchique, le Conseil d'État mettrait à terre toute velléité du pouvoir réglementaire de vouloir s'affranchir de la notion du service public.

824. – Dans ces conditions, et compte tenu de l'insécurité juridique dans laquelle se trouve aujourd'hui le pouvoir réglementaire, seule la voie législative permettrait de

¹¹⁸⁰ Cf. : *Nouveau Testament*, Matthieu, 9-17.

sécuriser juridiquement cette approche renouvelée du service de l'intérêt général et de sa continuité de fonctionnement.

B.- La voie législative

825. – L'appropriation de la notion – Le législateur peut s'approprier la notion de service d'intérêt économique général, sans craindre la contradiction. Celle-ci pourrait difficilement venir des institutions de l'Union européenne, dès lors que les dispositions législatives qu'il adopterait en ce sens ne font pas échec à l'application du droit européen de la concurrence. Reste l'éventuelle contradiction de la part du Conseil constitutionnel. Il faut espérer que sa sagesse légendaire sache accompagner cette évolution du droit positif. Il pourrait rester arc-bouté sur sa jurisprudence tracée depuis 1979. Mais est-il vraiment attaché à la notion de service public ? Il pourrait faire évoluer sa jurisprudence, sans l'abandonner. Il peut très bien utiliser une formule qui embrasse les deux notions, telles que « la continuité du service d'intérêt économique général tout comme la continuité du service public a valeur constitutionnelle ». Car, n'oublions pas que notre propos ne vise qu'à modifier le régime juridique dans les grands services en réseaux, et non pas à le modifier pour l'ensemble des services dits publics.

826. – L'utilisation de la notion – Le législateur devrait d'ailleurs en faire de même, s'il lui venait à l'idée que nous espérons de nos vœux, de modifier la rédaction des articles du code du travail issus de la loi du 31 juillet 1963, ainsi que les dispositions de la loi du 20 août 2008 sur la continuité dans les services réguliers de transport terrestre de voyageurs. Il ne devrait pas effacer la mention de service public mais y adjoindre la notion de service d'intérêt général et du service d'intérêt économique général.

De plus, ce qui importe pour nous, c'est que les services en réseaux, soient couverts par la notion de service d'intérêt économique général, là où le service public a reflué. Il conviendrait donc que le législateur fasse sien cet objectif et modifie la législation concernant les services en réseaux afin de préciser cette « seconde nature » qui est la leur, mais qu'ils ignorent, celle de service d'intérêt économique général. On peut imaginer que dans le code de l'énergie, dans le code des transports, dans le code des postes et des communications électroniques une disposition « chapeau », précise que les services de communications électroniques, les services postaux, les services de production, de transport, de distribution et de fourniture d'énergie électrique ou gazière, les services de transport aérien et les services de transports ferroviaires sont des

services d'intérêt économique général, dont le fonctionnement respecte le principe de continuité. On peut aussi imaginer qu'il inclut le principe d'égalité, rien ne s'y oppose. Pour que cette disposition n'encoure aucune critique, du point de vue du droit de l'Union européenne, l'alinéa suivant devrait préciser que lorsque la protection de l'intérêt général le nécessite, dans le respect des dispositions issues du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire si les critères prévus par ce droit sont réunis, l'autorité publique compétente peut imposer des obligations de service public, ou accorder des droits exclusifs.

827. – Ce que le législateur aura décidé de cette façon, donnerait une assise solide à l'intervention du pouvoir réglementaire et à la jurisprudence administrative pour prendre le virage nécessaire pour suivre le nouvel horizon de l'intérêt général dans les grands services en réseaux.

828. – *Propos conclusif du Chapitre 15* – Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne sont réelles. La voie prétorienne est possible, bien qu'elle demande un effort important pour le juge. Il pourrait toutefois procéder par étape, notamment en annonçant dans sa jurisprudence par des motifs surabondants la consécration de la notion européenne de service d'intérêt général et des effets qu'il lui attache en droit interne. Il pourrait aussi, le moment venu, procéder par substitution de motif dans une affaire relative à la continuité du service public dans un service en réseau et lui substituer la continuité du service d'intérêt général. Les techniques jurisprudentielles ne manquent pas. Dès lors que la juridiction administrative en aura la conviction, elle pourra y procéder. Quant au législateur, il peut aussi se saisir de la notion européenne de service d'intérêt général et lui donner des effets juridiques immédiats. Ce procédé aura le mérite de la sécurité juridique une fois validée par le Conseil constitutionnel que l'on doit espérer visionnaire sur ce point. Cependant, à la différence du droit prétorien, ses effets seront peut-être plus limités à l'objet précis de la loi.

Conclusion du Sous-titre 7-

829. – L'autonomie juridique du principe de continuité du service d'intérêt général, en dehors de toute référence à son cousin le principe de continuité du service public, est donc parfaitement possible tant dans le cadre de l'ordre juridique européen que dans l'ordre juridique français. Si l'idéal serait que l'Union européenne se décide à prendre conscience de la richesse que constitue la prise en compte de l'intérêt général, non pas comme simple contrepoids du marché, mais comme second pilier de sa politique générale, et avant donc qu'elle se décide à donner une force juridique à la notion de service d'intérêt général et à son corollaire le principe de continuité de ce service, rien n'empêche le droit français de s'emparer de ces notions et de leur donner une force juridique dans son propre ordre juridique selon une lecture par ailleurs parfaitement compatible avec le droit de l'Union européenne.

Titre 3.- Conclusion

830. – Le principe de continuité du service d'intérêt général réunit toutes les conditions pour intégrer formellement le système juridique. Si dans l'immédiat il demeure une « virtualité » du droit, il suffit qu'une autorité publique ou juridictionnelle en ayant la compétence le décide pour qu'il devienne un principe du droit. C'est en tout cas, sur la base de ce principe, qu'un nouveau régime juridique des personnels des grands services réseaux peut être réinventé (Titre 4.-).

Titre 4.- La réinvention d'un régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux

831. – Réinventer un régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux est bien plus qu'une simple adaptation de la législation de 1963 et de la jurisprudence administrative. Il nous semble d'ailleurs préférable d'écarter la jurisprudence administrative de cette refondation du cadre juridique du droit de grève. Car, face au droit fondamental qu'est le droit de grève, il ne peut être question de laisser trop de place à une insécurité juridique trop grande.

832. – Ce nouveau régime juridique encadrant l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux se doit d'avoir pour principal objectif d'assurer la continuité du service en cas de grève. Bien évidemment l'histoire mouvementée de la conciliation du droit de grève et de la continuité du service public depuis plus de soixante ans, doivent nourrir notre proposition d'un nouveau régime juridique pour l'avenir. Ce passé nous enseigne qu'il existe des modalités différentes pour imposer une continuité du service en cas de grève. Il faudra donc les analyser pour déterminer le contenu de ces nouvelles règles. Ce sera l'objet du sous-titre 8. Puis, il faudra s'interroger sur les caractéristiques de ce nouveau régime juridique. Lequel, bien que de nature législative, pourrait, à notre avis, jeter les bases d'un renouveau statutaire. Le sous-titre 9 étudie et présente cette proposition dans le détail.

- **Sous-Titre 8.- Les modalités de la continuité du service de l'intérêt général**
- **Sous-Titre 9.- L'indispensable renouveau « statutaire »**

Sous-titre 8.- Les modalités de la continuité du service de l'intérêt général

833. – Comment imposer la continuité à ceux qui servent l'intérêt général ? La continuité du service peut être obtenue par la force, par la contrainte mais elle peut aussi être le résultat du dialogue social, ou être une combinaison des deux modèles alliant dialogue social et contrainte. Il ne fait aucun doute que de nos jours, la continuité imposée est en voie de déclin dans ses formes traditionnelles (chapitre 16.-). Au contraire, la continuité résultant d'une pratique du dialogue social semble être une voie d'avenir à conforter (chapitre 17.-).

- **Chapitre 16.- La continuité imposée aux parties au conflit, une voie en déclin**
- **Chapitre 17.- La continuité par le dialogue social : une voie d'avenir**

Chapitre 16.- La continuité imposée aux parties au conflit, une voie en déclin

834. – Depuis que la grève n'est plus illicite, le législateur a cherché à en limiter les effets par des procédures de règlement des conflits collectifs. Contrairement à ce que l'on connaît à notre époque, il n'était pas encore question de prévenir le conflit, mais plutôt d'en gérer les conséquences. Par ces procédures, il s'agissait en revanche d'éviter la manifestation la plus dure du conflit, à savoir la grève. C'est notamment l'objet du préavis de grève rendu obligatoire par la loi du 31 juillet 1963, et plus encore de la négociation obligatoire qui doit normalement être conduite pendant la durée de ce préavis en vertu de la modification apportée par la loi du 19 octobre 1982¹¹⁸¹. À tout le moins, lorsque le conflit avait pris la forme d'une grève, ces procédures permettaient, espérait-on, de trouver une issue au conflit. C'était principalement la raison d'être des procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

835. – Pourtant, aujourd'hui, ces procédures de règlement des conflits collectifs tout comme l'obligation du préavis, ne sont plus considérées, et à juste titre, comme permettant de concilier le droit de grève et la continuité du service public. Nous ne pouvons alors que constater le déclin de ces dispositifs juridiques. Non pas leur désuétude, car ils demeurent en vigueur. La loi de 1963 est toujours applicable, son préavis est toujours obligatoire ; d'ailleurs la loi du 21 août 2007 articule ses dispositions avec cette obligation du préavis¹¹⁸², de même qu'elle organise une articulation avec la procédure de médiation inscrite dans le code du travail¹¹⁸³. Reste que par rapport à la problématique de la grève dans les services publics, parce que ces procédures ne permettent pas de concilier le droit de grève et la continuité du service, elles ne sont plus considérées comme pouvant apporter une solution efficace. Leur déclin présente deux facettes : il est à la fois théorique et pratique.

En ce qui concerne les dispositifs de règlement des conflits collectifs, leur déclin est principalement théorique. En effet, ils ont montré leur impuissance à rendre la grève

¹¹⁸¹ Loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 *relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics*, *J.O.R.F.* du 20 octobre 1982, p. 3163.

¹¹⁸² Article 2, alinéa 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹¹⁸³ Article 6, alinéa 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

indolore dans les services publics en réseaux. Pourtant, leur déclin n'est que relatif en pratique. D'une part, comme nous venons de le suggérer, le préavis reste en pratique utilisé, car il est obligatoire. D'autre part, les dispositifs de règlement des conflits collectifs étant devenus facultatifs, ils sont peu utilisés en pratique. Autrement dit, le déclin théorique de ces procédures de résolution des conflits collectifs révèle leur inadaptation à préserver la continuité du service public. Ce sera donc l'objet d'une première section (Section 1.-). Une seconde section sera consacrée à l'échec du préavis obligatoire comme mode de résolution des conflits collectifs (Section 2.-). En ce qui concerne le procédé de la réquisition du personnel des services publics en réseaux, son déclin est surtout pratique, puisqu'en théorie ce dispositif n'a jamais été conçu pour solutionner la problématique de la grève dans ces services. Cela n'a pas empêché les gouvernements successifs de la IV^{ème} et des débuts de la V^{ème} République de mettre fréquemment en œuvre ce dispositif. La radicalité de ses effets semblaient au fond très pratique pour juguler – à moindre frais pensait-on – les conséquences néfastes d'une grève dans les services publics. Toutefois, le procédé s'est révélé inefficace. Ce sera l'objet d'une troisième section (Section 3.-).

Section 1.- L'échec des procédures facultatives de règlement des conflits collectifs

836. – En matière de règlement des conflits collectifs du travail, la conciliation et l'arbitrage existent dans notre droit depuis la loi du 27 décembre 1892. La médiation a pour sa part été introduite par un décret du 5 mai 1955. Toutefois, ces procédures ont connu des évolutions majeures. Si la loi de 1892 a effectivement introduit la conciliation et l'arbitrage, il ne s'agissait pourtant à l'époque que de procédures facultatives de règlement des conflits du travail. Ces deux procédures ont été rendues obligatoires par les lois du 31 décembre 1936 et du 4 mars 1938, pour la résolution de tous les conflits collectifs du travail. Puis la loi du 11 février 1950 n'a rendu obligatoire que la procédure de conciliation ; l'arbitrage est alors devenu facultatif. Cependant la loi du 26 juillet 1957 en fera de nouveau une obligation ; mais une obligation alternative à la médiation. Cette dernière voyant son régime juridique redéfini par cette même loi de 1957.

Aujourd'hui, ces trois procédures existent donc toujours, codifiées dans le code du travail ; le Titre II du Livre V de la deuxième partie du code du travail, est consacré aux « *procédures de règlement des conflits collectifs* ». Ce titre est notamment constitué des chapitres II, III et IV qui abordent respectivement la conciliation, la médiation et

l'arbitrage. Reste que ces trois procédures sont toutes facultatives, et qu'elles sont dès lors peu utilisées pour mettre fin à des conflits collectifs dans les grands services publics en réseaux.

837. – Ainsi, après avoir dressé un rapide tableau de ces procédures (1.-) applicables aux entreprises de service public (2.-), on s'interrogera sur le fait qu'elles semblent quasi-abandonnées (3.-), « *en déshérence* »¹¹⁸⁴ pour reprendre les termes des auteurs d'un célèbre manuel de droit du travail.

§1.- Les procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage

838. – Peu connues car peu utilisées, ces procédures méritent qu'on en rappelle, en quelques lignes, les grands traits qui les caractérisent. Nous expliquerons rapidement la procédure de conciliation (A.-), la procédure de médiation (B.-) et la procédure d'arbitrage (C.-).

A.- La procédure de conciliation

839. – ***Le rapprochement des points de vue*** – La procédure de conciliation n'est pas définie par le code du travail, mais elle l'est par certains auteurs qui y voient une procédure qui « *tend au rapprochement des points de vue antagonistes jusqu'à l'acceptation d'une solution de type transactionnel, c'est-à-dire contractuel.* »¹¹⁸⁵ Pour sa part, en 1937 le professeur Roger Bonnard écrivait dans le même esprit que « *La conciliation consiste à faire résoudre le conflit par les parties au moyen d'un accord conclu entre elles.* »¹¹⁸⁶ Ce rapprochement des points de vue des parties au conflit peut s'effectuer en présence d'un tiers, appelé le conciliateur. Celui-ci est prévu par la procédure légale et réglementaire qui institue des commissions de conciliation. Le rôle du conciliateur étant d'entendre les thèses des parties au conflit, de rechercher les points d'accord entre elles et d'une certaine façon à faire appel au bon sens des parties. Il

¹¹⁸⁴ PÉLISSIER (Jean), AUZERO (Gilles) et DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris, 27^e éd., 2013, Dalloz, Coll. « Précis Droit privé », 1282, n° 1164.

¹¹⁸⁵ PÉLISSIER (Jean), AUZERO (Gilles) et DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris, 27^e éd., 2013, Dalloz, Coll. « Précis Droit privé », p. 1282, n° 1165.

¹¹⁸⁶ BONNARD (Roger), « Syndicalisme, corporatisme et Etat corporatif », *R.D.P.* 1937, p. 95.

constate enfin solennellement l'accord ou le désaccord intervenu entre les parties. Son rôle est comparable à celui du juge conciliateur en matière civile. Le conciliateur peut également être prévu par la procédure conventionnelle, toutefois les parties peuvent très bien aussi s'entendre pour mettre en œuvre une procédure de conciliation entre elles, sans l'intervention d'un tiers.

840. – Une procédure conventionnelle privilégiée – Selon l'article L. 2522-1 du code du travail¹¹⁸⁷, la procédure de conciliation est normalement fixée par une convention ou un accord collectif. C'est en l'absence d'une telle procédure conventionnelle, que les conflits peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation prévue à l'article L. 2522-7 du code du travail¹¹⁸⁸ et dont le fonctionnement est précisé par les articles L. 2522-2 et suivants dudit code.

Le caractère supplétif des dispositions légales et réglementaires concernant les règles de procédure de la conciliation est un trait fondamental du système. Déjà le dispositif législatif des années 1936-1938 privilégiaient aussi l'établissement de procédures contractuelles de conciliation. Il est d'ailleurs significatif à cet égard, mais c'est aussi valable pour les deux autres procédures d'arbitrage et de médiation, que les lois de 1950 et de 1982 comportent deux volets principaux : l'un sur la négociation collective et l'autre sur le règlement des conflits collectifs de travail, ce que reflètent parfaitement leurs intitulés¹¹⁸⁹. En 1936, la loi sur la conciliation et l'arbitrage du 31 décembre suivait de quelques mois celle relative aux conventions collectives du 24 juin de la même année¹¹⁹⁰. Comme le notait Roger Bonnard, « *C'était un des points importants du programme du Front populaire issu des élections de mai 1936, de remplacer par un système d'arbitrage obligatoire le système d'arbitrage facultatif de la loi du 27 décembre 1892.* »¹¹⁹¹

¹¹⁸⁷ Ancien article L. 523-1 du code du travail.

¹¹⁸⁸ Ancien article L. 523-2 du code du travail.

¹¹⁸⁹ Loi n° 50-205 du 11 février 1950, *relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail*, J.O.R.F. du 12 février 1950, p. 1688. – Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 *relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, J.O.R.F. du 14 novembre 1982, pp. 3414 et suiv.

¹¹⁹⁰ Loi du 24 juin 1936 *modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du Livre 1^{er} du code du travail* : « *De la convention collective de travail* », J.O.R.F. du 26 juin 1936 ; D. 1936, IV, p. 219.

¹¹⁹¹ BONNARD (Roger), « Syndicalisme, corporatisme et Etat corporatif », R.D.P. 1937, p. 106.

B.- La procédure de médiation

841. – La présence d'un tiers au conflit – Contrairement à la conciliation, la médiation fait toujours intervenir un tiers au conflit, en la personne du médiateur. Contrairement au conciliateur, le rôle du médiateur ne tend pas uniquement à rapprocher les points de vue des parties en présence tout en respectant leurs thèses ; en effet, le médiateur s'affranchit de celles-ci pour repenser le litige à la lumière d'une étude objective et approfondie de toutes les données de celui-ci. Pour ce faire, en vertu de l'article R. 2523-11 du code du travail¹¹⁹², le médiateur dispose de larges pouvoirs d'investigation et peut avoir recours à des experts. Il peut demander aux parties toute pièce utile. Ensuite, conformément aux dispositions de l'article L. 2523-5 du code du travail¹¹⁹³, le médiateur soumet à l'approbation des parties ses recommandations ; celles-ci sont des propositions motivées de règlement du conflit. Jean Denoyelle écrivait à ce propos que le médiateur était alors en mesure de « *trouver autre chose qu'une "solution de milieu"* », à l'inverse de la conciliation¹¹⁹⁴. Si les recommandations sont acceptées par les parties, elles produisent les effets d'une convention ou d'un accord collectif, conformément à l'article L. 2524-5 du code du travail¹¹⁹⁵. Au contraire si elles sont rejetées, le médiateur communique au ministre chargé du travail le texte de la recommandation et les motivations du refus exprimé par l'une ou les partie(s). Le ministre rend public l'ensemble de ces éléments en vertu de l'article L. 2523-7 du code du travail¹¹⁹⁶.

842. – Un engagement de la procédure par les autorités compétentes – La présence du ministre du travail est ici incontournable. Selon l'article L. 2523-1 du code du travail¹¹⁹⁷, l'engagement de la procédure de médiation intervient soit par décision du président de la commission de conciliation lorsque celle-ci a été préalablement saisie d'un litige et que la conciliation a échoué, soit par décision du ministre qui agit de sa propre initiative ou à la demande des parties. Toutefois l'article R. 2523-4 du code du travail¹¹⁹⁸ confère aussi ce pouvoir aux préfets pour des conflits ayant une incidence régionale, départementale ou locale¹¹⁹⁹.

¹¹⁹² Ancien article L. 524-2 du code du travail.

¹¹⁹³ Ancien article L. 524-4, al. 1 et 2, du code du travail.

¹¹⁹⁴ DENOYELLE (Jean), « Deux expériences récentes de médiation », *Dr. soc.* 1955, pp. 353-356.

¹¹⁹⁵ Ancien article L. 522-3 du code du travail.

¹¹⁹⁶ Ancien article L. 524-5, al. 1 et 2 du code du travail.

¹¹⁹⁷ Ancien article L. 524-1 du code du travail.

¹¹⁹⁸ Ancien article R. 524-1 b) du code du travail

¹¹⁹⁹ Sans que le texte ne le précise, il est vraisemblable que seul le préfet de région est compétent pour engager une procédure de médiation lorsque le conflit est d'envergure régionale ; à l'inverse, seul le préfet de département est compétent pour engager une médiation dans un conflit d'incidence départementale ou plus localisée.

C.- La procédure d'arbitrage

843. – La présence de l'arbitre – Contrairement au conciliateur et au médiateur qui ne sont investis d'aucune autorité pour trancher le litige, puisque la solution dépend toujours d'un accord des parties, l'arbitre, lui, a le pouvoir de trancher le litige qui lui est soumis au moyen d'une sentence motivée. Compte tenu de ce pouvoir, sa compétence est strictement délimitée par l'objet du litige. L'arbitre est donc un « juge spécifique » pour reprendre les termes du commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, dans ses conclusions sur l'arrêt du 16 mai 2001 rendu par la Cour supérieure d'arbitrage¹²⁰⁰. Un juge qui, en vertu de l'article L. 2524-4 du code du travail¹²⁰¹, applique le droit en vigueur aux questions juridiques du litige, et pour le reste, statue en équité. Ainsi, comme le constatait Jean Denoyelle, « *dans l'arbitrage, la responsabilité des parties se trouve reportée sur un tiers* »¹²⁰².

844. – L'accord préalable des parties – L'arbitrage n'intervient qu'après l'échec de la procédure de conciliation ou de celle de la médiation. Mais sa mise en œuvre suppose l'accord des parties au conflit : cet accord résulte soit de la convention collective applicable qui prévoit la procédure d'arbitrage, soit au cours du litige et après échec des procédures de conciliation ou de médiation, les parties concluent un accord pour soumettre leur litige à l'arbitrage. Alors que sous l'empire des lois de 1936-1938, l'arbitrage était obligatoire, depuis 1950 il est devenu facultatif. Aucune autorité extérieure aux parties ne peut les obliger à engager la procédure d'arbitrage, contrairement à la conciliation et à la médiation. Le choix de l'arbitre, doit résulter lui-même d'un accord entre les parties, aucun arbitre ne pouvant leur être imposé.

845. – L'exécution de la sentence – La sentence de l'arbitre est obligatoire envers les parties. Contrairement à l'arbitrage de droit commun elle ne nécessite pas l'exequatur d'un juge pour être exécutoire. Il n'y a plus aujourd'hui de sur-arbitrage devant un surarbitre comme cela était possible avant guerre¹²⁰³. Toutefois, en cas d'excès de pouvoir ou de violation de la loi de la part de la sentence arbitrale, l'article L. 2524-6 du code du travail¹²⁰⁴ prévoit un recours (le seul possible) devant une juridiction spécifique, la Cour supérieure d'arbitrage. Celle-ci, instituée par la loi du 11 février 1950 est en

¹²⁰⁰ SCHWARTZ (Rémy), « Contestation d'une sentence arbitrale », concl. sur C. sup. arb., 16 mai 2001, *Centrale des travailleurs unis (CTU)*, R.J.S. 10/01, p. 757.

¹²⁰¹ Ancien article L. 525-4 du code du travail.

¹²⁰² DENOYELLE (Jean), « Deux expériences récentes de médiation », *Dr. soc.* 1955, pp. 353-356.

¹²⁰³ Article 4 de la loi du 31 décembre 1936 *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1937, p. 127.

¹²⁰⁴ Ancien article L. 525-4 du code du travail.

réalité la seconde du genre, puisqu'une première Cour supérieure d'arbitrage avait été instituée par la loi du 4 mars 1938¹²⁰⁵. Il y aurait beaucoup à dire sur cette juridiction spécialisée composée de hauts-magistrats du Conseil d'État et de l'ordre judiciaire. Mais on doit simplement retenir ici que cette cour est avant tout un juge de cassation, et renvoi le litige vers un nouvel arbitre qui doit être désigné par les parties. En cas de nouveau recours, elle peut régler le litige par une sentence arbitrale définitive. Si, comme a pu le souligner le commissaire du gouvernement Barjot en 1954¹²⁰⁶, depuis 1938 la Cour supérieure d'arbitrage a été à l'origine « *d'une œuvre jurisprudentielle considérable, appelée à élaborer un droit social nouveau* », le nombre de recours qu'elle a eu à connaître depuis 1950 en fait une « juridiction à éclipse » dont l'influence est de fait très limitée.

846. – Les trois procédures que nous venons de passer en revue ne sont pas réservées aux seuls conflits collectifs au sein des services publics, et a fortiori aux services publics en réseaux. Au contraire, ce sont des procédures de « droit commun » d'abord applicables aux entreprises du secteur privé. Leur application aux services publics résulte d'une mention expresse dans le code du travail.

§2.- L'application des procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage aux entreprises de service public

847. – Des procédures tardivement appliquées aux entreprises de réseaux – La question de l'application aux entreprises de service public des trois procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage a connu une évolution. La loi du 11 février 1950 n'était pas applicable dans les entreprises de service public. Du moins cela résultait-il de l'interprétation de cette loi, qui sur ce point était muette. Mais cette interprétation restrictive, ou plutôt stricte, de la loi de 1950 avait été confirmée en son temps par la Cour de cassation¹²⁰⁷. Ceci n'était d'ailleurs pas une nouveauté, puisque la loi de 1938 – voire celle de 1892 (mais la notion d'entreprises de service public était encore en genèse) – n'était pas appliquée aux établissements de service public.

¹²⁰⁵ Articles 14 et suivants de la loi du 4 mars 1938, *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage*, *J.O.R.F.* du 5 mars 1938 ; *D.* 1939, IV, p. 169, comm. Pierre DUCLOS.

¹²⁰⁶ BARJOT (Alain), concl. sur Cour sup. arb., 14 décembre 1954, *Société Droguet et Ardant*, n° 5, *Dr. soc.* 1955, pp. 282-294.

¹²⁰⁷ Cass. soc., 14 janvier 1954, *SNCF c./Vigeannel*, *D.* 1954, Somm. p. 57 ; *Dr. soc.* 1954, p. 226.

Actuellement, ces procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage sont pleinement applicables aux entreprises de service public, y compris les établissements publics.

848. – La simplification récente – L'évolution récente des textes applicables en la matière est allée dans le sens d'une simplification de la définition du champ d'application des trois procédures en question. Alors que l'ancien article L. 522-1 du code du travail indiquait que les dispositions concernant ces procédures « *s'appliquent au règlement de tous les conflits collectifs de travail dans les professions visées à l'article L. 131-2 du présent code* », l'actuel article 2521-1 du code n'opère plus par référence et dispose simplement que « *les dispositions du présent titre s'appliquent aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables : 1° Aux établissements publics à caractère industriel et commercial ; 2° Aux établissements publics assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé.* »

849. – La clarification – Cette simplification est aussi une clarification. L'article L. 131-2¹²⁰⁸ auquel renvoyait l'ancien article L. 522-1 concernait le champ d'application des dispositions relatives aux conventions et accords collectifs de travail, et son alinéa 2 disposait que ce champ d'application concerne les entreprises publiques, les établissements publics à caractère industriel et commercial et les établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, et ce en respectant, précisait l'alinéa en question, les conditions définies à l'article L. 134-1¹²⁰⁹ du code du travail.

Avant de préciser ces conditions, il convient de remarquer que cet alinéa 2 de l'article L. 131-2 – issu de l'article 32 de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985¹²¹⁰ – comportait une faiblesse rédactionnelle en ce qu'il ne précisait pas si les entreprises publiques qu'il visait étaient celles chargées ou non d'un service public. Car nous savons bien que parmi les entreprises publiques, il y a celles qui sont chargées d'un service public, et celle qui ne le sont pas. Par ailleurs certaines d'entre elles ont un statut du personnel d'origine légale ou réglementaire, d'autres sont soumises au droit commun des conventions et accords collectifs.

¹²⁰⁸ Actuel article L. 2211-1 du code du travail.

¹²⁰⁹ Actuels articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du code du travail.

¹²¹⁰ Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 *portant diverses dispositions d'ordre social*, J.O.R.F. du 4 janvier 1985, p. 94.

Mais il faut admettre qu'au fond cet article n'aurait pas eu de sens s'il n'avait pas concerné les entreprises publiques de service public, et plus encore celles dont le personnel est soumis à un statut spécial. D'une part, il faut noter que cet article visait tant les entreprises publiques que les établissements publics à caractère industriel et commercial et les établissements publics dits « à double visage »¹²¹¹ ; les uns et les autres étant par nature chargés d'une mission de service public, et dont le personnel est généralement soumis à un statut spécial. D'autre part, et nous revenons ici aux conditions définies à l'ancien article L. 134-1 du code du travail, parmi ces conditions figurait cette idée fondamentale que la négociation collective ne peut que compléter ou appliquer les dispositions statutaires. On en a conclu dès lors que les procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage figurant dans le code du travail ne s'appliquaient aux entreprises et établissements publics chargés d'un service public industriel et commercial que sous réserve des dispositions statutaires existantes dans cette matière. Or, à notre connaissance, parmi les statuts du personnel dans les grands services publics en réseaux, aucune disposition n'aborde les procédures de règlement des conflits collectifs.

850. – Un champ d'application simplifié – Prenant acte de cet état de fait, la nouvelle codification s'est donc permise – mais toujours à droit constant – de simplifier la délimitation de ce champ d'application. Les entreprises de service public en réseaux y entrent sans difficultés : soit qu'elles aient le statut de société commerciale, quand bien même la totalité ou une partie de leur capital serait aux mains de l'État, elles sont considérées comme des entreprises de droit privé, soit qu'elles aient le statut d'établissement public industriel et commercial et elles sont directement incluses dans le champ d'application.

Pour être tout à fait complet sur l'application de ces procédures aux entreprises de service public en réseaux, il convient d'observer que les articles L. 2522-3 et suivants du code du travail¹²¹² concernent spécialement l'application de la procédure de conciliation « *dans les entreprises publiques et les établissements publics industriels et commerciaux à statut* »¹²¹³. Ces articles disposent que dans ces entreprises, les différends collectifs du travail peuvent être soumis à la procédure de conciliation. Celle-ci peut être déterminée par un protocole négocié entre les directions d'entreprises, les organisations syndicales représentatives et le ministre de tutelle, étant précisé que cette

¹²¹¹ Ceux qui sont tout à la fois chargé d'un service public administratif et d'un service public industriel et commercial.

¹²¹² Anciens articles L. 523-7 et suivants du code du travail.

¹²¹³ Début de l'article L. 2522-8 du code du travail.

procédure doit faire intervenir ces trois acteurs et que sa mise en œuvre s'effectue sous la présidence du ministre de tutelle. Cependant, en l'absence d'accord de la sorte, l'article L. 2522-12 du code du travail¹²¹⁴ précise que la procédure de conciliation de droit commun peut s'appliquer. De plus, l'article L. 2522-10 du code du travail¹²¹⁵ dispose que si le différend collectif intéresse les salaires, les représentants des ministres chargés du travail, des finances et des affaires économiques interviennent dans la procédure de conciliation. Enfin lorsqu'un accord de conciliation intervient à l'issue d'une telle procédure, l'article L. 2522-11 du code du travail¹²¹⁶ précise que cet accord engage les parties.

851. – L'obsolescence des textes – Rien de tel pour les deux autres procédures de médiation et d'arbitrage. D'ailleurs, compte tenu de ce que nous avons précisé plus haut quant au champ d'application des procédures de règlement des conflits collectifs, on peut s'étonner de l'existence de ces dispositions spéciales en matière de conciliation. Car, à bien y réfléchir, il s'agit là d'une redondance législative, parfaitement inutile.

Comme souvent elle ne s'explique que par le résultat d'une compilation de textes à travers le temps, dont le législateur ne semble pas toujours soucieux de vérifier la cohérence et la pertinence. En l'occurrence, ces dispositions spéciales en matière de conciliation trouvent leurs origines dans la loi du 26 juillet 1957¹²¹⁷. À l'époque, le législateur avait rendu la procédure de conciliation obligatoire en cas de conflit dans les entreprises de service public, alors qu'aujourd'hui elle n'est plus que facultative. Par ailleurs, dans la mesure où la loi du 11 février 1950 excluait complètement ces entreprises du champ de la négociation collective, la loi de 1957, en rendant la procédure de conciliation obligatoire, a dû aussi s'inquiéter de la négociation de cette procédure et donc octroyer une dérogation à l'exclusion prononcée par la loi de 1950. De plus, afin de prendre en considération certains aspects propres à ces entreprises, la loi a précisé certains aspects incontournables de cette procédure, principalement la présence de la tutelle, tout en autorisant une véritable négociation collective sur le sujet.

Encore largement imprégnés de ces principes fixés en 1957, les dispositions des anciens articles L. 523-7 et suivants relatives à la conciliation dans les entreprises

¹²¹⁴ Ancien article L. 523-11 du code du travail.

¹²¹⁵ Ancien article L. 523-9 du code du travail.

¹²¹⁶ Ancien article L. 523-10 du code du travail.

¹²¹⁷ Article 2 de la loi n° 57-833 du 26 juillet 1957, *favorisant le règlement des conflits collectifs de travail*, *J.O.R.F.* du 28 juillet 1957, p. 7459 ; Erratum, *J.O.R.F.* du 1^{er} août 1957, p. 7586 ; *D.* 1957, IV, p. 226.

de service public, semblent devenues un peu obsolètes, car n'apparaissant plus vraiment au goût du jour ; elles ont néanmoins été recodifiées en 2008.

§3.- Des procédures facultatives peu utilisées car peu convaincantes

852. – Quelques utilisations médiatisées – Les procédures de règlement des conflits collectifs que nous venons d'étudier se révèlent en règle générale très peu utilisées, notamment dans les services publics en réseaux. Elles ont été mises en œuvre lors de longs conflits collectifs à la fin des années 1980' dans des entreprises de service public comme la RATP, Air Inter mais aussi à Radio France au début des années 1990. La presse de cette époque s'en est fait l'écho. En revanche la mise en œuvre de ces procédures n'avait pas généré de contentieux.

Bien évidemment le caractère facultatif de ces procédures ne favorise pas leur emploi. Toutefois, cela ne pourrait empêcher leur recours si du fait de leurs avantages elles s'avéraient particulièrement intéressantes pour les parties au conflit. Mais, force est de constater que bien qu'ayant des qualités, ces procédures présentent aussi des inconvénients.

853. – Des procédures vues comme des carcans – Premier inconvénient que nous pouvons noter : ce sont des procédures. Autrement dit, elles apparaissent souvent comme un carcan procédural, alors même que le législateur a cherché à leur donner de la souplesse.

Du temps où ces procédures étaient non seulement obligatoires, mais encore préalables à toute grève, le carcan était manifeste. Pierre Laroque constatait lui-même en 1939 devant la Cour supérieure d'arbitrage que « *Les lois sur la conciliation et l'arbitrage ont considérablement restreint, sinon même supprimé, l'exercice du droit de grève. [...] La seule conséquence en effet de ces lois est que les grèves sont à présent le plus souvent illicites.* »¹²¹⁸ Par la suite, nous le savons, les procédures étaient toujours obligatoires mais n'étaient plus un préalable à la grève.

Aujourd'hui, elles ne sont ni obligatoires, ni préalables. Le triomphe de la procédure a été éphémère, alors qu'il était considéré comme une avancée quasi

¹²¹⁸ LAROQUE (Pierre), concl. sur C. sup. arb., 19 mai 1939, *Syndicat général du papier-carton et parties similaires des départements de Seine et Seine-et-Oise*, *Gaz. Pal.* 1939, p. 906.

civilisatrice. À cet égard, il convient de se remémorer les propos du professeur René Savatier qui, en 1938, écrivait « *Avant la loi de 1936, la grève, sur le plan légal, et les occupations d'usine, sur le plan illégal, étaient, du côté ouvrier, le seul moyen de faire triompher une revendication sociale, rejetée, parfois injustement, par les patrons. Réciproquement, ceux-ci n'avaient parfois d'autres moyens que le lock-out pour convaincre leurs ouvriers de se plier aux nécessités économiques imposées par une crise. C'était des moyens violents, des moyens coûteux, souvent des moyens inutiles.* » Et d'ajouter ensuite : « *À la violence, la loi du 31 décembre 1936 a substitué la procédure. C'est la méthode des sociétés civilisées ! Cette procédure aboutit soit à un accord, au cas de conciliation, soit, au cas d'arbitrage, à une sentence, qu'on peut espérer équitable.* »¹²¹⁹ Nous pourrions constater ultérieurement que l'assimilation de la procédure à un progrès est toujours valable à l'heure actuelle. Qu'est-ce en effet que la loi du 21 août 2007, si ce n'est une procédure. L'important, et nous y reviendrons, c'est que la procédure instituée soit tout à la fois frappée du sceau de la souplesse et du sceau de la contrainte, de façon à atteindre ses objectifs dans le respect des principes constitutionnels.

854. – Un dirigisme soupçonné de partialité – Le deuxième inconvénient est lié à la particularité de la procédure de conciliation spécifique aux services publics, telle qu'elle est prévue par le code du travail¹²²⁰. Cette procédure de conciliation *ad hoc*, est empreinte d'un dirigisme décati. Donner à la tutelle le rôle de conciliateur s'apparente tant à un profond mépris des salariés qu'à l'annihilation des directions d'entreprises publiques. Loin d'être le tiers impartial choisi pour ces compétences et la confiance qu'il inspire, la tutelle a ici ses intérêts propres à défendre. Certes dira-t-on, ce sont les intérêts du Pays, de la Nation, bref de l'État ! Mais est-ce si certains dans les faits ? En tant que représentant de la nation, la tutelle agit en propriétaire des entreprises et donc des moyens de production d'un service dont elle est l'autorité « délégente ». Comment croire que dans de pareilles circonstances, les directions d'entreprises – souvent nommées par la tutelle dans le cas des entreprises publiques – puissent vraiment tenir leur rôle dans les discussions relatives à la résolution des conflits dans l'entreprise ?

De même d'ailleurs que l'on voit mal l'autorité de tutelle, et plus largement le gouvernement, laisser libre une direction d'entreprise publique recourir à la médiation et à l'arbitrage ; dans la pratique soyons assurés qu'il faille pour cela recevoir la

¹²¹⁹ SAVATIER (René), « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale : l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs de travail », *D. H.* 1938, chron. III, p. 9.

¹²²⁰ Articles L. 2522-8 et suivants du code du travail.

« bénédiction » des autorités de tutelle. Bien sûr, ce dirigisme hors d'âge était inscrit dès 1957 dans la loi, soit dix ans avant le fameux rapport Nora qui préconisait une plus large autonomie de gestion dans ces entreprises¹²²¹. Mais nous remarquons que le législateur de 1982 qui a pourtant assoupli ces procédures, était lui-aussi porteur du même dirigisme.

855. – Un système ne favorisant nullement le dialogue social – Enfin, dernier inconvénient majeur à souligner, la présence quasi-systématique d'un tiers dans le processus de résolution du conflit : le conciliateur, le médiateur ou l'arbitre. Leur rôle est de résoudre le conflit, pas d'instaurer le cadre du dialogue social. Bref, ils ne peuvent rien pour éviter le conflit. C'est la permanence du dialogue social dans l'entreprise de service public qui permet d'éviter le conflit. La pratique montre bien que ces procédures sont mises en œuvre lorsque le conflit a pris la forme d'une grève, souvent une grève dure c'est-à-dire longue dans la durée.

Dans ces conditions, dès lors que l'on cherche le meilleur moyen de garantir le respect de la continuité du service public en cas de conflit collectif, les procédures de règlement du conflit se révèlent beaucoup moins efficaces que la négociation. Elles offrent tout au plus la perspective, déjà précieuse de trouver une issue rapide à un conflit en cours. Elles permettent donc au mieux d'abrèger les souffrances des usagers par un rétablissement du fonctionnement normal du service public plus tôt que si le conflit avait continué. Or, il apparaît aujourd'hui clairement que c'est la baisse de la conflictualité qui constitue la meilleure garantie de respect de la continuité du service public. Puisque c'est la prévention du conflit et non son règlement qui doit être privilégié, la technique du préavis est-elle efficace pour prévenir les conflits ?

Section 2.- L'échec du préavis obligatoire à générer la négociation

856. – L'idée de soumettre le déclenchement de la grève au respect d'un délai de préavis ne date pas de la loi du 31 juillet 1963¹²²². En effet, dans l'arrêt du 26 octobre

¹²²¹ NORA (Simon) (dir.), *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à M. Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La doc. franç., 131 pp.

¹²²² Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

1960¹²²³, le Conseil d'État admettait qu'un ministre pouvait imposer à ses services, par la voie réglementaire, le respect d'un préavis avant le déclenchement de toute grève. À l'époque, le préavis était aussi envisageable dans le secteur privé dès lors qu'une convention collective contenait une obligation en ce sens ; le non-respect du préavis par les salariés grévistes constituait une faute sanctionnée par la Cour de cassation¹²²⁴. Mais On sait que depuis le revirement de jurisprudence opérée en 1995¹²²⁵, le préavis ne peut plus être imposé par une convention collective. Aujourd'hui, l'obligation de préavis n'est donc légale, au plein sens du terme, que pour les services publics, parce qu'elle est imposée par la loi, à l'article L. 521-3 du code du travail.

857. – Les fonctions assignées au préavis sont multiples, et permettre la négociation n'est que l'une d'entre elles. En théorie il s'agit certainement de la fonction la plus importante du préavis. A quoi cela sert-il de prévenir qu'une grève va être déclenchée cinq jours plus tard, sinon pour tenter de trouver une solution au conflit et de désamorcer la grève ? Mais dans la pratique, il n'en est rien, ou presque. Car si le préavis est juridiquement prévu pour négocier (§1.-), dans les faits il est principalement vécu sans négocier (§2.-).

§1.- Un préavis notamment prévu pour négocier

858. – *L'évolution du cadre législatif* – L'actuel article L. 2512-2, dernier alinéa, du code du travail dispose que « *pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier* ». Mais dans le texte originel de la loi de 1963, le préavis n'était pas spécifiquement conçu pour négocier. En effet, à l'époque, le texte de l'article 3, alinéa 4 de la loi disposait seulement que « *le préavis ne met pas obstacle à la négociation en vue du règlement du conflit* ». De toute évidence, la négociation pendant le préavis n'était pas une préoccupation majeure du législateur. En revanche, elle l'est devenue avec l'article 4 de la loi du 19 octobre 1982¹²²⁶ qui avait donc introduit un alinéa 5 à l'article L.

¹²²³ CE, Ass., 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, req. n° 38.367 et 38.368, *Rec.* p. 567 ; *Dr. soc.* 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; *A.J.D.A.* 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

¹²²⁴ Cass. soc., 14 janvier 1960, *Bury c./ Aciéries et Forges d'Anor*, *J.C.P.* 1960, II, 11692, obs. Raymond LINDON.

¹²²⁵ Cass. soc., 7 juin 1995, *Société Transport Seroul c./M. Beillevaire et autres*, req. n° 93-46.448, *Bull. civ. V*, n° 180.

¹²²⁶ Loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 *relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics*, *J.O.R.F.* du 20 octobre 1982, p. 3163.

521-3 du code du travail de l'époque, repris aujourd'hui sous le numéro L. 2512-2 précité. Avec cette modification substantielle du texte, on peut affirmer que le préavis est indiscutablement pensé comme étant un moment privilégié de la négociation.

859. – La fonction technique du préavis – Pourtant, à l'origine, le préavis n'a pas eu pour fonction principale de réserver un temps à la négociation en vue d'éviter la grève. Dans son projet initial de juillet 1963, le gouvernement de Georges Pompidou concevait le préavis comme un moyen offrant, aux autorités responsables des services publics, la possibilité de « *prendre en temps utile les mesures nécessaires pour garantir la sécurité et, autant que possible, la commodité du public.* »¹²²⁷ C'est donc essentiellement une fonction technique qui incombait au préavis. Il était un moyen d'arrêter le fonctionnement du service public en toute sécurité, de maintenir en état de fonctionnement les installations et le matériel du service public ; et il permettait aussi d'avertir les usagers de l'arrêt prochain du fonctionnement normal du service public, voire, dans le meilleur des cas, d'organiser un service minimum de remplacement, ou bien encore de permettre au gouvernement de réquisitionner le personnel du service concerné par le préavis. En ce sens, le préavis rendait impossible, pensait-on, les grèves surprises. Comme le notait le professeur Jean-Maurice Verdier, loin de pouvoir être spontanée, la grève « *doit être encadrée, réfléchie, pesée, au point même que le préavis doit préciser les motifs du recours à la grève. Elle doit être organisée, puisqu'il doit fixer "le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée, limitée ou non, de la grève envisagée".* »¹²²⁸ Mais la technique du « préavis glissant »¹²²⁹ très vite utilisée par les syndicats aura tôt fait de rendre à nouveau possible la grève spontanée dans les services publics.

860. – L'articulation avec la loi de 1957 – En 1963, alors que le projet gouvernemental ne mentionnait même pas la négociation, son introduction dans le texte

¹²²⁷ Ass. Nat., Projet de loi relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, présenté au nom de M. Georges Pompidou, premier ministre, par M. Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative, annexe n° 433, séance du 10 juillet 1963, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)*, 1963, p. 709.

¹²²⁸ VERDIER (Jean-Maurice), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.* 1963, chr. XLI, p. 270.

¹²²⁹ Il s'agit pour une organisation syndicale de déposer régulièrement des préavis de grève pouvant concerner au final tous les jours de l'année. Dans ce panel de jours de grève possible, l'organisation n'aura plus qu'à choisir au gré des circonstances le moment de sa grève, au dernier moment, mais légalement, puisque le préavis avait bien été déposé dans les règles. Cette technique est rendu possible par deux considérations : d'une part, un préavis n'a pas obligatoirement à être suivi d'une grève ; nombreux sont donc les préavis sans suite. D'autre part, les motifs de la grève qui doivent être professionnels, sont très largement admis par la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui permet à la limite de présenter des motifs vagues, mais néanmoins professionnels, donc légaux.

de la loi eut lieu au cours des débats en première lecture à l'Assemblée nationale par le biais de deux amendements. Le premier d'entre eux était soutenu par Henri Capitant, alors député de la majorité, et créait un nouvel article, devenu en définitive l'article 2 de la loi et rédigé comme suit : « *Les litiges collectifs intervenant entre les personnels et des collectivités, entreprises, organismes ou établissements visés à l'article 1^{er} de la présente loi font l'objet de négociations soit lorsque des conventions, accords ou protocoles ont été passés à cet effet conformément aux dispositions de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 modifiée, soit lorsque les parties intéressées en prennent l'initiative, notamment en application des dispositions qui les régissent.* »¹²³⁰ Cet amendement fut accepté sans modification par le gouvernement, et le ministre Louis Joxe en profitait pour souligner que cet amendement « *a, en effet, pour qualité de faire ressortir l'idée qui est implicite dans tous nos actes, la négociation, et il le précise en faisant allusion à toutes les circonstances, celles qui sont relatives à des organismes qui ont déjà un statut, une convention ou un contrat qui les lient et ceux qui n'en ont pas. Cette définition nous paraissant excellente et complète, le Gouvernement l'accepte.* »¹²³¹ De même que le gouvernement accepta un second amendement présenté par le député Raymond Mondon et qui deviendra l'alinéa 4 de l'article 3 de la loi.

Cependant, de par leur formulation, ces amendements introduisent l'idée de négociation pendant le préavis, sans en faire une obligation. Et sur ce point Jean Touscoz notait en 1964 que le texte final de la loi du 31 juillet 1963 ne donne en réalité « *naissance à aucune règle juridique nouvelle et n'a pas d'autre valeur que celle d'un vœu* »¹²³². Certes, à défaut d'obliger, la loi ne fait pas obstacle à la négociation ; négociation dont l'article 2 de la loi constitue une invite de nature à encourager sa mise en œuvre. Et ce d'autant plus que la négociation se trouvait renforcée par l'application des dispositions de la loi du 26 juillet 1957 applicables à l'époque, et qui obligeaient – explicitement cette fois – les parties au conflit à mettre en œuvre une procédure de conciliation. De ce fait, ne risquait-il pas d'y avoir double emploi entre le préavis et la conciliation ? Sauf qu'en 1963, au moment où était instaurée l'obligation de préavis, l'application de la loi de 1957 prêtait déjà à discussion. En effet, le rapporteur du projet gouvernemental en première lecture au Sénat, Roger Lagrange laissait entendre dans

¹²³⁰ Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4243, 1^{ère} col. Et cf. aussi : Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

¹²³¹ Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4243, 1^{ère} col.

¹²³² TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, p. 29.

son rapport que la conciliation obligatoire prévue par la loi de 1957 n'était en réalité pas respectée¹²³³.

861. – Le vœu pieux de 1982 – Prenant acte de ce que la rédaction de 1963 était impropre à produire les effets escomptés, à savoir, obliger les parties à négocier durant la période du préavis, le législateur décida en 1982, de rendre cette obligation plus explicite, dans les termes que l'on sait. Seulement, une obligation assortie d'aucune sanction ne donne en réalité naissance à aucune obligation juridique véritable et n'a par conséquent d'autre valeur que celle d'un vœu, pour paraphraser Jean Touscoz en 1964.

§2.- Un préavis principalement vécu sans négociier

862. – Le constat – Dans un article publié en 2001, le professeur Marie-Armelle Souriac remarquait que malgré le lien théorique remarquable établi par la loi du 19 octobre 1982 entre conflit collectif d'une part, et négociation collective d'autre part, en pratique on constate que « *le préavis légal dans les services publics est peu mis à profit pour négocier à l'occasion des conflits collectifs.* »¹²³⁴ Force est de constater en effet que la pratique du préavis n'a pas grand chose à voir avec la théorie issue du texte de la loi.

Il est fréquent, par exemple, que le préavis soit déposé au moins cinq jours avant la date de début de la grève, mais que la négociation ne soit pas ouverte à ce moment-là, ni le lendemain, ni le surlendemain. Il arrive souvent que les négociations s'ouvrent à la veille du début de la grève, voire même après le début de la grève. Comment dans ces conditions espérer que la négociation puisse éviter la grève ?

863. – Un délai trop court – La durée du préavis, fixée à cinq jours par la loi de 1963, est depuis longtemps souvent jugée trop courte. Dès 1966, le professeur Hélène Sinay écrivait que « *le délai de cinq jours est tout à fait insuffisant pour permettre l'aboutissement d'un processus de négociation.* »¹²³⁵ La commission Mandelkern note à cet égard que « *la durée de cinq jours a pour objet d'ouvrir les négociations, de formuler clairement leur objet et de permettre la nécessaire consultation entre partenaires, au*

¹²³³ Sénat, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. Roger Lagrange, sénateur, *Doc. Sénat*, session de 1962-1963, 19 juillet 1963, n°198.

¹²³⁴ SOURIAC (Marie-Armelle), « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. soc.* 2001, p. 709.

¹²³⁵ CAMERLYCK (Guillaume-Henri) et SINAY (Hélène), *La Grève*, Paris, Dalloz, 1966, p. 383.

sein de la direction comme entre organisations syndicales. Elle sert aussi à négocier, à rechercher un accord tout en évaluant sa portée et ses conséquences de toute nature, à élaborer un relevé de conclusions (qu'il porte sur un accord ou un désaccord) et à le communiquer aux salariés. Au regard de l'ampleur et de la complexité de ces tâches, la durée prévue apparaît comme très insuffisante. Elle l'est encore plus si l'entreprise doit, pour déterminer sa position, prendre l'attache de sa tutelle, de ces actionnaires ou des autorités organisatrices. »¹²³⁶ Cette durée de cinq jours est souvent réduite en pratique à trois jours ; car lorsqu'un week-end est inclus dans la durée du préavis, il est rarement question de commencer à négocier durant ces jours habituellement chômés. C'est bien connu qu'un syndicat qui veut éviter de négocier dépose un préavis le jeudi ou le vendredi, sachant qu'au mieux les négociations ne commenceront pas avant le lundi suivant. Bien sûr, en droit rien n'interdit de négocier le samedi ou le dimanche, mais en pratique, il faut le vouloir, ce qui est rarement le cas. La commission Mandelkern a donc proposé de porter le délai du préavis à dix jours. Des propositions de lois sont aussi allées en ce sens¹²³⁷. Pour autant, le rallongement du préavis ne peut suffire à régler le conflit.

864. – Le déficit de culture du dialogue social – Si le préavis est souvent vécu sans négociation, n'est-ce pas tout simplement parce que lors de son dépôt, le conflit est déjà présent ? Le préavis n'est alors que le résultat de l'inexistence ou de l'échec du dialogue social dans l'entreprise de service public. En somme, le préavis arrive par définition toujours trop tard pour être à l'origine d'un processus de négociation. D'où l'idée intéressante émise par la commission Mandelkern, de dissocier une période de sept jours réservée à la négociation préalable et à un préavis technique de trois jours, dont l'objet revient finalement à ce qu'avait envisagé initialement le projet gouvernemental en 1963, à savoir assurer la sécurité de l'arrêt du service public et de prévenir les usagers de cet arrêt, avec éventuellement la mise en place d'un service minimum. Mais n'est-ce pas là encore procéder à une répartition à la fois artificielle et procédurale du temps de négociation ? Car en définitive, si ce qui est recherché, c'est de favoriser la négociation collective en amont, bien avant le dépôt du préavis, c'est que l'on cherche à

¹²³⁶ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports*, Paris, juillet 2004, p. 57.

¹²³⁷ Ass. Nat., Proposition de loi relative à la mise en œuvre d'un service essentiel pour les transports terrestres de voyageurs, présentée par M. Hervé Mariton, n° 1814, séance du 22 septembre 2004. – Ass. Nat., Proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat, visant à prévenir les conflits collectifs du travail et à garantir le principe de continuité dans les services publics, n° 84, séance du 17 juillet 2002.

rendre la négociation permanente. L'intérêt des procédures d'alarme sociale devient alors manifeste.

Au fond, ce qui importe, c'est de vouloir solutionner les problèmes mis en exergue par le préavis, dont on rappelle qu'il doit, en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 521-3 du code du travail, préciser les motifs de la grève, c'est-à-dire les revendications professionnelles qui la justifient. Cette volonté de négocier a souvent manqué dans les entreprises de service public en réseaux. On évoque volontiers sur ce point et à juste titre un déficit de culture de la négociation dans ces organisations, tant du côté des directions que du côté des syndicats. Et c'est là, sans aucun doute, une des causes de l'échec de la technique du préavis. Lors de la discussion générale de la loi du 31 juillet 1963, Henri Capitant insistait sur l'importance de la négociation entre l'État et son personnel à l'époque contemporaine¹²³⁸. Mais à l'époque, le procédé de la « guerre » était plus souvent utilisé. Ce sont ces procédures que nous allons étudier maintenant.

Section 3.- La réquisition du personnel : un procédé radical devenu inefficace

865. – Selon une définition couramment admise, la réquisition est une opération unilatérale par laquelle l'autorité publique exige soit la prestation d'une activité ou d'un service, soit la remise d'un bien meuble ou immeuble, moyennant une indemnisation, en vue d'assurer le fonctionnement d'un service public et/ou la satisfaction d'un besoin public¹²³⁹. En ce sens on peut dégager, avec Jacques Quastana, quatre éléments fondamentaux permettant de caractériser la réquisition¹²⁴⁰. Il s'agit premièrement d'un acte unilatéral contraignant car fondé sur un pouvoir d'injonction ; deuxièmement, cet acte vise à obtenir l'exécution d'une prestation nécessaire à la satisfaction de l'intérêt général. Troisièmement, cet acte est motivé par l'impossibilité de l'administration à pourvoir à cet intérêt général par ses propres moyens ou en raison de l'urgence de la situation. Enfin, quatrièmement, c'est un acte ouvrant droit à une indemnisation.

866. – Historiquement, la réquisition n'a jamais été conçue comme un moyen spécifique pour faire échec à un mouvement de grève. En effet, la réquisition est d'abord

¹²³⁸ Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4197.

¹²³⁹ Dictionnaire *Le Robert ; Vocabulaire juridique* par Gérard Cornu.

¹²⁴⁰ QUASTANA (Jacques), « Réquisition : état du droit et perspectives », *A.J.D.A.* 1999, pp. 25-27.

militaire, de l'antiquité¹²⁴¹ jusqu'à la loi du 3 juillet 1877¹²⁴² ; il ne s'agit alors que de faire face aux besoins de l'armée en période de guerre¹²⁴³. Plus tardivement, la réquisition est civile, c'est-à-dire qu'elle vient pour satisfaire les besoins de la société civile mais là encore, elle ne s'applique qu'en période de conflits armés ou de fortes tensions internationales. Rarement elle sert à contrer un mouvement de grève¹²⁴⁴. A l'origine, les réquisitions civiles sont apparues à l'occasion de textes divers et épars¹²⁴⁵, avant de trouver un fondement plus cohérent dans la loi du 11 juillet 1938¹²⁴⁶. Or ce sont les dispositions de cette loi, pourtant conçues pour les périodes de guerre ou de tensions internationales¹²⁴⁷, qui vont dès après le deuxième conflit mondial servir de fondement juridique aux réquisitions de personnels grévistes notamment dans les grands services publics. Pour ce faire, le législateur a dû proroger fictivement la période de guerre, de façon annuelle tout d'abord¹²⁴⁸, puis à partir de 1950 de façon permanente¹²⁴⁹. En 1959, le gouvernement adopta une ordonnance venant rendre permanentes, c'est-à-dire applicables même en temps de paix, les dispositions de la loi du 11 juillet 1938 relatives

¹²⁴¹ DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 5 et suiv.

¹²⁴² Loi du 3 juillet 1877 *relative aux réquisitions militaires*, *J.O.R.F.* du 6 juillet 1877 ; *D. P.* 1877, IV, p. 53.

¹²⁴³ ROLLAND (Louis), « Des cas dans lesquels des réquisitions militaires peuvent être opérées et de ce qu'elles peuvent atteindre », *R.D.P.* 1917, pp. 488-530.

¹²⁴⁴ En 1910 le gouvernement d'Aristide Briand brisa la grève des cheminots en employant les moyens de la mobilisation, système comparable à celui de la réquisition, dans la mesure où il oblige la personne mobilisée à être à la disposition de l'armée, toute autre activité cessante. Puis en 1920, la grève de la Batellerie fut aussi stoppée par l'utilisation du droit de réquisition. Sur ces deux points, voir : DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 219 et suiv.

¹²⁴⁵ Pour une synthèse de ces textes applicables au début du XX^e siècle, voir : ROLLAND (Louis), « Les réquisitions civiles en temps de guerre », *R.D.P.* 1917, pp. 634-679.

¹²⁴⁶ Loi du 11 juillet 1938, *sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre*, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1938 ; Errata, *J.O.R.F.* des 14 et 24 juillet 1938 ; *D.* 1939, IV, p. 209.

¹²⁴⁷ Article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1938, *sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre*, précitée.

¹²⁴⁸ Loi n° 46-991 du 10 mai 1946 *portant fixation de la date légale de cessation des hostilités*, *J.O.R.F.* du 12 mai 1946, p. 4090 ; *D.* 1946, IV, p. 219. – Loi n° 47-344 du 28 février 1947 *maintenant provisoirement en vigueur au-delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions prorogées par la loi du 10 mai 1946 portant fixation de la date légale de cessation des hostilités*, *J.O.R.F.* du 1^{er} mars 1947, p. 1903 ; rectificatifs *J.O.R.F.* du 2 mars 1947, p. 1934 et du 9 mars 1947, p. 2157 ; *D.* 1947, IV, p. 109. – Loi n° 48-341 du 28 février 1948 *maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1947 et la loi du 30 août 1947*, *J.O.R.F.* du 29 février 1948, p. 2125 ; *D.* 1948, IV, p. 109. – Loi n° 49-266 du 26 février 1949 *maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1949 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1948*, *J.O.R.F.* du 27 février 1949, p. 2100 ; *D.* 1949, IV, p. 149.

¹²⁴⁹ Loi n° 50-244 du 28 février 1950 *Maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1950 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 26 février 1949*, *J.O.R.F.* du 1^{er} mars 1950, p. 2359 ; *D.* 1950, IV, p. 62.

aux réquisitions civiles¹²⁵⁰. Ce dispositif législatif reposant sur la combinaison des textes de 1938 et 1959 est aujourd'hui codifié dans le code de la défense aux articles L. 2211-1 et suivants¹²⁵¹. Par ailleurs il faut noter que depuis de nombreuses années se sont développés certains régimes particuliers de réquisition civile¹²⁵², lesquels ne concernent pas directement les grands services publics en réseaux ; toutefois c'est sur le fondement de ces régimes spéciaux de réquisition, notamment celui prévu à l'article L. 2215-1 du CGCT¹²⁵³, que sont prises les mesures de réquisitions les plus récentes qui concernent tel ou tel service public – parfois privé – local. Mais compte tenu de la dimension nationale des grands services publics en réseaux, le régime de réquisition civile le plus « approprié » reste celui figurant aujourd'hui dans le code de la défense.

¹²⁵⁰ Ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959, *relative aux réquisitions de biens et de services*, *J.O.R.F.* du 8 janvier 1959, p 548 ; *D.* 1959, IV, p 212.

¹²⁵¹ Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004, *relative à la partie législative du code de la défense*, *J.O.R.F.* du 21 décembre 2004, p. 21675, texte n° 30. Il s'agit donc d'une codification à droit constant.

¹²⁵² Pour un aperçu rapide de ces régimes de réquisition, on note la réquisition de logement (articles L. 641-1 et suiv. du code de la construction et de l'habitation) ; la réquisition d'immeubles au profit des forces de police (ordonnance du 1^{er} février 1961) ; les réquisitions de locaux utilisés pour l'hébergement collectif (Loi n° 76-632 du 13 juillet 1976 complétant la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 *relative à l'hébergement collectif*, *J.O.R.F.* du 14 juillet 1976, p. 4219 ; Décret n° 77-868 du 27 juillet 1977 *déterminant les mesures d'application des articles 7-1 à 7-6 de la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, complétée par la loi n° 76-632 du 13 juillet 1976*, *J.O.R.F.* du 30 juillet 1977, p. 4009) ; les réquisitions de terrains nus (article L. 614-1 du code de la construction et de l'habitation) ; les réquisitions de médecins (articles L. 4163-7 et suiv. du code de la santé publique) ; les réquisitions de vétérinaires (article 311 du code rural) ; les réquisitions contre les animaux nuisibles (article L. 2122-21, 9° du Code général des collectivités territoriales) ; les réquisitions face à une épave dangereuse (Loi n° 85-662 du 3 juillet 1985 *relative aux mesures concernant, dans les eaux territoriales et les eaux intérieures, les navires et engins flottants abandonnés*, *J.O.R.F.* du 4 juillet 1985, p. 7502) ; les réquisitions pour les besoins des Jeux Olympiques d'Albertville (Loi n° 87-1132 du 31 décembre 1987 autorisant, en ce qui concerne la prise de possession des immeubles nécessaires à l'organisation ou au déroulement des XVI^{es} Jeux Olympiques d'hiver d'Albertville et de la Savoie, l'application de la procédure d'urgence et la réquisition temporaire, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1988, pp. 12-13) ; les réquisitions judiciaires (article 74 du code de procédure pénale) ; les réquisitions financières des comptables publics par les ordonnateurs des collectivités territoriales (article L. 1617-3 du CGCT) ; les réquisitions pour les besoins de la sécurité civile (Loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs – notamment l'article 10 de cette loi –, Article 2212-2, 5° du CGCT, Article 642-1 du nouveau code pénal – ancien article 475 §12 du code pénal, recodifié ensuite article R. 30-12°)

¹²⁵³ L'article L. 2215-1 du CGCT dispose : « 4° *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, celui-ci peut, par arrêté motivé, pour toutes les communes du département ou plusieurs ou une seule d'entre elles, réquisitionner tout bien et 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. / L'arrêté motivé fixe la nature des prestations requises, la durée de la mesure de réquisition ainsi que les modalités de son application. / Le préfet peut faire exécuter d'office les mesures prescrites par l'arrêté qu'il a édicté. /... »*

867. – De 1947 à 1963, le droit de réquisition fut souvent utilisé face à des grèves du personnel, notamment dans les grands services publics en réseaux ; on dénombre en tout vingt-sept décrets de réquisition durant cette période¹²⁵⁴. Mais depuis 1963, les services publics n'ont plus fait l'objet de réquisition, si ce n'est dans des situations

¹²⁵⁴ Décret n° 47-906 du 24 mai 1947 portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières, *J.O.R.F.* du 25 mai 1947, p. 4813. – Décret n° 48-1114 du 12 juillet 1948 portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1948, p. 6830. – Décret n° 49-636 du 5 mai 1949 portant réquisition du personnel navigant de la compagnie nationale Air-France, chargé de l'exécution des services internationaux, *J.O.R.F.* du 6 mai 1949, p. 4444. – Décret n° 50-51 du 13 janvier 1950 portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne, *J.O.R.F.* du 14 janvier 1950, p. 539. – Décret n° 50-278 du 8 mars 1950 portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières, *J.O.R.F.* du 9 mars 1950, p. 2668. – Décret n° 51-334 du 20 mars 1951 concernant la réquisition de certaines catégories de personnel de la Société nationale des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 22 mars 1951, p. 2922. – Décret n° 53-690 du 7 août 1953 portant réquisition du personnel de la Société nationale des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 9 août 1953, p. 7010. – Décret n° 53-719 du 9 août 1953 portant réquisition du personnel des postes, télégraphes et téléphones, *J.O.R.F.* du 10 août 1953, p. 7069. – Décret du 3 octobre 1956 concernant des réquisitions de personnes, *J.O.R.F.* du 4 octobre 1956, p. 9447 (Personnels de la RATM). – Décret du 5 octobre 1956 concernant des réquisitions de personnels et de ressources, *J.O.R.F.* du 6 octobre 1956, p. 9537 (laiteries). – Décret n° 57-799 du 17 juillet 1957 autorisant la réquisition de personnels, *J.O.R.F.* du 19 juillet 1959, p. 7139 (administration pénitentiaire). – Décret du 9 septembre 1957 concernant des réquisitions de personnels et de ressources, *J.O.R.F.* du 11 septembre 1957, p. 8740 (Boulangeries). – Décret n° 59-720 du 12 juin 1959 autorisant la réquisition de personnels de la Société nationale des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 13 juin 1959, p. 5869. – Décret du 22 juin 1960 autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens, *J.O.R.F.* du 23 juin 1960, p. 5603. – Décret n° 60-1468 du 21 décembre 1960 autorisant la réquisition des personnels navigants de la compagnie nationale Air-France, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1960, p. 12056. – Décret n° 60-1515 du 21 décembre 1960 autorisant la réquisition des personnels navigants de compagnies privées de transport aérien, *J.O.R.F.* du 4 janvier 1961, p. 174. – Décret n° 61-499 du 19 mai 1961 autorisant la réquisition des personnels de certains services publics, *J.O.R.F.* du 20 mai 1961, p. 4578. – Décret n° 61-518 du 27 mai 1961 autorisant la réquisition de personnels relevant du ministère des travaux publics et des transports (secrétariat général à l'aviation civile), *J.O.R.F.* du 28 mai 1961, p. 4840. – Décret n° 61-633 du 20 juin 1961 autorisant la réquisition des internes des hôpitaux publics, *J.O.R.F.* du 21 juin 1961, p. 5579. – Décret n° 61-1392 du 19 décembre 1961 autorisant la réquisition de certains personnels de la Société nationale des pétroles d'Aquitaine, *J.O.R.F.* du 20 décembre 1961, p. 11685. – Décret du 30 juin 1962 autorisant la réquisition des services de certains navires de commerce français et du personnel nécessaire à leur exploitation, *J.O.R.F.* du 1^{er} juillet 1962, p. 6411. – Décret n° 62-1121 du 28 septembre 1962 relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne, *J.O.R.F.* du 29 septembre 1962, p. 9420. – Décret n° 62-1261 du 27 octobre 1962 autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens, *J.O.R.F.* du 30 octobre 1962, p. 10501. – Décret n° 62-1524 du 20 décembre 1962 autorisant la réquisition de personnels au sol de la Compagnie nationale Air-France, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1962, p. 12431. – Décret n° 63-208 du 27 février 1963 autorisant la réquisition de personnels dans les houillères de bassin, *J.O.R.F.* du 28 février 1963, p. 2043. – Décret n° 63-220 du 2 mars 1963 autorisant la réquisition du personnel des houillères de bassin et des Charbonnages de France, *J.O.R.F.* du 3 mars 1963, p. 2148. – Décret n° 63-1070 du 26 octobre 1963 relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne, *J.O.R.F.* du 29 octobre 1963, p. 9664.

particulières toujours en dehors de situation de grève, et dans le cadre de réquisitions dépassant très largement le simple périmètre du service public : ainsi en janvier 1991 les compagnies aériennes et maritimes françaises ont été réquisitionnées pour l'acheminement des troupes dans le Golfe persique¹²⁵⁵. De même qu'en novembre 2004 les compagnies aériennes françaises ont été réquisitionnées pour le rapatriement des ressortissants français de Côte-d'Ivoire¹²⁵⁶. Ces derniers exemples montrent d'ailleurs que si la continuité du service public peut être une des finalités poursuivies par une mesure de réquisition, elle n'en est pas le critère légal (§1.-). Par ailleurs, si à partir de 1963, les gouvernements n'ont plus répondu aux grèves dans les services publics par la mise en œuvre de la réquisition, c'est parce que celle-ci s'est révélé un moyen inadéquat pour assurer cette continuité (§2.-).

§1.- La continuité du service, finalité de la réquisition des personnels grévistes

868. – La réquisition civile des personnels grévistes d'un grand service public en réseaux a pour effet d'assurer la continuité du fonctionnement dudit service. Les travailleurs grévistes sont obligés par la réquisition de se remettre au travail. La continuité ainsi obtenue grâce à la réquisition, n'est pas un effet secondaire, mais c'est bien l'objectif de la réquisition des personnels grévistes. D'ailleurs, de nombreux décrets de réquisition pris à la fin des années cinquante ou au début des années soixante précisaient que le personnel réquisitionné était celui jugé indispensable à la continuité du service¹²⁵⁷. Toutefois, dans ces décrets il n'y avait jamais de distinction entre catégories de personnels ; si bien qu'en définitive, le service réquisitionné fonctionnait normalement. Autrement dit, la continuité obtenue par la réquisition l'était par un

¹²⁵⁵ Décret n° 91-42 du 14 janvier 1991 *portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises*, *J.O.R.F.* du 15 janvier 1991, p. 747. – Décret n° 91-60 du 17 janvier 1991 *portant ouverture du droit de réquisition de l'emploi des personnels des compagnies d'armement maritime française*, *J.O.R.F.* du 18 janvier 1991, p. 918.

¹²⁵⁶ Décret n° 2004-1190 du 10 novembre 2004 portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises, *J.O.R.F.* du 11 novembre 2004, texte 28/91.

¹²⁵⁷ Décret n° 62-1524 du 20 décembre 1962 *autorisant la réquisition de personnels au sol de la Compagnie nationale Air-France*, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1962, p. 12431. – Décret n° 62-1261 du 27 octobre 1962 *autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens*, *J.O.R.F.* du 30 octobre 1962, p. 10501. – Décret du 22 juin 1960 *autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens*, *J.O.R.F.* du 23 juin 1960, p. 5603. – Décret n° 59-720 du 12 juin 1959 *autorisant la réquisition de personnels de la Société nationale des chemins de fer français*, *J.O.R.F.* du 13 juin 1959, p. 5869. – Décret n° 57-799 du 17 juillet 1957 *autorisant la réquisition de personnels*, *J.O.R.F.* du 19 juillet 1959, p. 7139.

fonctionnement normal du service et non par un fonctionnement réduit (A.-). Dès lors, le droit de grève risquait de se trouver anéanti. Mais la jurisprudence, par une interprétation adéquate des textes relatifs à la réquisition, a préservé le droit de grève face à la réquisition en n'autorisant qu'une continuité minimale (B.-).

A.- La réquisition en vue d'une continuité absolue

869. – Pourtant, la recherche de la continuité du service public ne peut pas justifier légalement le recours à la réquisition d'un service public en grève. En effet, depuis la loi du 11 juillet 1938, la plupart des textes relatifs au droit de réquisition disposent que la mise en œuvre de ce droit doit permettre de satisfaire les « besoins du pays ». C'est une constante. L'actuel et récent code de la défense, réalisé à droit constant il est vrai, n'échappe pas à ce constat. Il en est ainsi de l'article L. 2212-1 alinéa 6¹²⁵⁸ relatif aux réquisitions de personnes, et des articles L. 2213-1¹²⁵⁹ et L. 2213-3¹²⁶⁰ en ce qui concerne les réquisitions de biens et de services. Dans le même ordre d'idée, bien que changeant la terminologie employée, le code de la défense fait aussi référence aux « besoins de la nation » à l'article L. 2213-3, alinéa 2¹²⁶¹, ainsi qu'aux services ou établissements publics ou privés « fonctionnant dans l'intérêt de la nation », à l'article L. 2212-1, alinéa 3 du code¹²⁶².

¹²⁵⁸ Article L. 2212-1 alinéa 6 du code de la défense (ancien article 14, alinéa 6 de la loi du 11 juillet 1938) : « *Peut être également soumis à réquisition chaque individu conservant sa fonction ou son emploi, l'ensemble du personnel faisant partie d'un service ou d'une entreprise considérée comme indispensable pour assurer les **besoins du pays**.* »

¹²⁵⁹ Article L. 2213-1, alinéa 1, du code de la défense (ancien article 20 de la loi du 11 juillet 1938) : « *La fourniture des prestations de biens et de services, nécessaires pour assurer les **besoins du pays** dans les cas prévus par la loi, peut être obtenue soit par accord amiable, soit par réquisition selon les modalités définies par décret en Conseil d'Etat.* »

¹²⁶⁰ Article L. 2213-3, alinéa 1, du code de la défense (ancien article 22 de la loi du 11 juillet 1938) : « *Sur toute l'étendue du territoire national et dans les eaux territoriales, peuvent être requis, pour les **besoins du pays**, les services des entreprises et des personnes, ainsi que la propriété ou l'usage de tous les biens, à l'exception de la propriété des immeubles par nature dont l'acquisition ne peut être réalisée que par voie de cession amiable ou d'expropriation. La réquisition des navires et des aéronefs français est valablement exercée même s'ils se trouvent en haute mer, dans les eaux étrangères ou sur un territoire étranger. La notification de la réquisition peut être faite au siège de l'entreprise de transport maritime ou aérien si ces navires ou aéronefs appartiennent à une entreprise.* »

¹²⁶¹ Article L. 2213-3, alinéa 2, du code de la défense (ancien article 2, alinéa 2, de l'ordonnance du 6 janvier 1959) : « *En cas de prise de possession temporaire, par voie de réquisition d'usage, de toute entreprise, quels qu'en soient l'objet, la forme ou la nature, l'Etat peut l'utiliser à toutes fins justifiées par les **besoins de la nation**.* »

¹²⁶² Article L. 2212-1, alinéa 3, du code de la défense (ancien article 14, alinéa 3, de la loi du 11 juillet 1938) : « *Les requis sont utilisés suivant leur profession et leurs compétences, ou, s'il y a lieu, suivant les aptitudes, en commençant par les plus jeunes et en tenant compte de la*

Ces différentes terminologies utilisées visent à évoquer une même idée : les besoins qui doivent être satisfaits ressortent de l'ordre du collectif. Car entre « pays » et « nation », on ne voit pas très bien quelle sorte de hiérarchie on pourrait envisager. Ainsi, selon ces dispositions législatives, le critère de mise en œuvre du droit de réquisition est la satisfaction des besoins collectifs. Mais alors, n'y a-t-il pas une étroite correspondance entre les besoins que doit satisfaire une mesure de réquisition et les besoins que doit satisfaire le service public ? Si tel est le cas, alors la réquisition permet effectivement d'assurer un fonctionnement normal du service public réquisitionné, et ce, quelle que soit la menace qui pèse sur la continuité du service. Si cette menace est une grève du personnel, alors cette grève sera interrompue par la réquisition. Celle-ci se révèle être un parfait antidote à la grève, puisqu'elle la rend impossible ou du moins sans effet. Or, il faut se rappeler que le juge administratif avait dans un premier temps de sa jurisprudence admis cette correspondance entre la satisfaction des besoins collectifs et la continuité du service public.

En effet, dans l'arrêt du 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices*¹²⁶³, le Conseil d'État avait jugé que le décret de réquisition des personnels d'EDF et de GDF en date du 8 mars 1950¹²⁶⁴ était « *intervenue en vue d'assurer la continuité du fonctionnement d'un ensemble de services et d'entreprises indispensables pour assurer les besoins du pays ;* » Ainsi, de par cette jurisprudence, à chaque fois que la continuité du service public était menacée, la réquisition était toujours possible puisqu'elle intervenait pour assurer la continuité du service indispensable aux besoins du pays. Comme le précisent certains auteurs¹²⁶⁵, la logique de cet arrêt aboutissait à légitimer toute réquisition de services publics en grève. Ce qui dans les faits revenait à nier l'existence du droit de grève dans les services publics ; c'est d'ailleurs pour cette raison que le professeur Gérard Lyon-Caen critiquait cet arrêt, car, estimait-il, « *L'élasticité de son fondement juridique aboutissait à faire de la réquisition une arme incontrôlable et, par voie de conséquence, de la grève, un droit fictif.* »¹²⁶⁶ Même une interprétation plus restrictive de cet arrêt n'aurait guère changé la donne pour les grands

situation de famille, soit isolément, soit dans les administrations et services publics, soit dans les établissements et services fonctionnant dans l'intérêt de la nation. »

¹²⁶³ CE, Sect., 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices*, *Dr. soc.* 1951, p. 597, note Jean RIVERO ; *J.C.P.* 1951, II, 6075, concl. AGID.

¹²⁶⁴ Décret n° 50-278 du 8 mars 1950 *portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières*, *J.O.R.F.* du 9 mars 1950, p. 2668.

¹²⁶⁵ LYON-CAEN (Gérard), « La réquisition des salariés en grève selon le droit positif français », *Dr. soc.* 1963, p. 217. – DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, p. 340.

¹²⁶⁶ LYON-CAEN (Gérard), « La réquisition des salariés en grève selon le droit positif français », *Dr. soc.* 1963, p. 217.

services publics en réseaux¹²⁶⁷. Il est étonnant de voir réapparaître cette formule avec l'arrêt d'Assemblée du 12 avril 2013 ; son utilisation est toutefois différente, puisqu'il s'agit de justifier une solution juridique peu assurée. Dans les deux cas néanmoins, cela renforce l'idée qu'il existe une nécessité impérieuse pour l'autorité qui dispose d'un pouvoir (de réquisition ou d'organisation du service) d'en user pour mettre fin aux effets les plus perturbateurs d'une grève du personnel

Face aux réquisitions, le juge administratif a dû modifier sa lecture des dispositions légales et se montrer plus strict quant à leur modalité d'application.

B.- La réquisition, en vue d'une continuité minimale

870. – Le critère de l'atteinte grave à la satisfaction des besoins collectifs – Face à la pratique gouvernementale qui tendait à réquisitionner sans limite les grévistes, le juge a perfectionné son contrôle des motifs des actes de réquisition. Le Conseil d'État fut guidé dans cette tâche par un arrêt de la Cour de cassation rendu à l'occasion d'un

¹²⁶⁷ La solution consacrée par l'arrêt du 10 novembre 1950 n'avait pas forcément vocation à s'appliquer à tous les services publics. Si l'on s'en remet à une lecture stricte de l'arrêt, seuls ceux « indispensables aux besoins du pays » étaient concernés. Si tout service public est censé répondre à un besoins collectif important, on sait aussi que certains services sont publics par commodité de gestion plus que par nécessité. De plus, dans l'arrêt du 10 novembre 1950, le Conseil d'État a pu vouloir donner un sens particulier à la notion de « besoins du pays », en considérant que ces besoins constituaient une catégorie particulièrement importante de « besoins collectifs ». Cette interprétation restrictive de la notion de « besoins du pays » semble d'autant plus autorisée que cette notion est contenue dans les dispositions législatives et ne justifie pas uniquement la réquisition des services publics, mais aussi celle de services privés. Or compte tenu du principe de liberté du commerce et de l'industrie qui prévaut dans notre droit public, la réquisition de ces activités privées suppose des motifs très importants, auxquels pourraient donc logiquement correspondre les « besoins du pays ». Dans cette perspective, le Conseil d'État pouvait admettre que les besoins en énergie, tant de la part de la population que de la part des entreprises, étaient des besoins particulièrement importants et essentiels à la vie du pays, de sorte que la continuité du service en cause devait être assurée quelles que soient les circonstances. Mais inversement, il aurait estimé le cas échéant que la grève dans les musées nationaux, si elle portait atteinte à la satisfaction de besoins collectifs, elle ne portait pas atteinte aux besoins du pays au sens de la loi du 11 juillet 1938. Dans cette optique le Conseil d'État aurait admis que toute grève d'un service public ne justifiait pas des mesures de réquisition. Seules les grèves qui auraient concernés les services publics répondant aux « besoins du pays » auraient justifié de telles mesures de réquisition. Ceci appelle deux remarques. En premier lieu, cela aurait conduit le juge à opérer une distinction entre les services publics, or ceci relève davantage de la politique que du droit ; de quel critère se serait-il servi pour opérer cette distinction ? En second lieu, force est de constater que même avec cette interprétation de l'arrêt du 10 novembre 1950, l'objet des critiques évoquées plus haut n'aurait pas totalement disparu. En effet, de toute évidence il aurait fallu admettre que, dans certains services publics et notamment les grands services publics en réseaux, la réquisition aurait constitué une réglementation supplétive incontournable du droit de grève, et qui aurait rendu vaine toute grève dans ces secteurs.

contentieux disciplinaire relatif à la participation d'un agent de la régie autonome des transports de la Ville de Marseille à une grève.

Confirmant un jugement du tribunal civil de Marseille en date du 25 octobre 1957, la Cour de cassation a jugé que la sanction, infligée à un salarié pour avoir participé à un mouvement de grève tournante ayant affecté successivement les différents secteurs du réseau de la régie entre juillet et octobre 1956, n'était pas justifiée. En effet, pour la Cour de cassation la participation à cette grève n'était pas fautive puisque la grève était jugée licite. Au fond, la cour considère « *qu'il n'apparaît pas que l'action poursuivie ait été contraire à des nécessités d'ordre public, l'absence momentanée de trafic et en des points chaque jour différents du réseau de transport n'ayant apporté qu'une perturbation, sans doute gênante dans la vie de la Cité, mais sans en paralyser gravement l'activité* »¹²⁶⁸. La référence à l'ordre public est ici saisissante. Car le gouvernement de Guy Mollet avait mis fin à cette grève des transports marseillais en adoptant un décret de réquisition de « *l'ensemble du personnel faisant partie de la Régie autonome des transports de la ville de Marseille dont l'activité est indispensable à la vie économique de cette ville.* »¹²⁶⁹ Or la Cour de cassation, bien que ce ne soit pas son rôle, semble vouloir signifier que ce décret est illégal, car ne répondant à aucune nécessité de l'ordre public, peut importe que la grève porte atteinte à la continuité du service public.

L'année suivante, dans l'arrêt *Isnardon* du 26 février 1961, relatif au décret de réquisition des salariés de la régie des transports marseillais précédemment évoqué, le Conseil d'État, bien que n'employant pas le terme d' « ordre public », va en réalité s'y référer dans son contrôle de légalité des mesures de réquisition. Il va pour cela considérer la gravité de l'atteinte à la satisfaction des besoins collectifs auquel répond le service public en cause. Et il va juger que les perturbations liées à la grève tournante n'avaient pas eu pour effet de porter « *soit à la continuité du service des transports, soit à la satisfaction des besoins de la population **une atteinte suffisamment grave pour justifier légalement la réquisition du personnel de cette régie ;*** »¹²⁷⁰ Mais comme on le voit, la rédaction de cet arrêt était maladroite en ce qu'elle semblait mettre sur deux plans différents, presque en opposition, la continuité du service public et la satisfaction des besoins collectifs. Or jamais une atteinte grave à la continuité du service ne pourra

¹²⁶⁸ Cass. civ., sect. soc., 14 janvier 1960, *Régie autonome des Transports de la Ville de Marseille c./ Sieur Narbonne*, *Dr. soc.* 1960, p. 491.

¹²⁶⁹ Décret du 3 octobre 1956 *concernant des réquisitions de personnes*, *J.O.R.F.* du 4 octobre 1956, p. 9447.

¹²⁷⁰ CE, 26 février 1961, *Isnardon*, *Rec.* p. 150 ; *Dr. soc.* 1961, p. 356, obs. Jean SAVATIER ; *A.J.D.A.* 1961, p. 204, chron. Jean-Michel GALABERT et Michel GENTOT.

justifier par elle-même une mesure de réquisition si elle ne porte pas par elle-même gravement atteinte à la satisfaction des besoins collectifs. Légalement on le sait, seule l'atteinte à la satisfaction de ces besoins peut justifier une mesure de réquisition, laquelle aura alors pour effet d'assurer la continuité nécessaire pour satisfaire les besoins collectifs. D'ailleurs, un an plus tard, dans l'arrêt *Le Moul*¹²⁷¹, le Conseil d'État s'en tiendra à la seule appréciation de la gravité de l'atteinte portée à la satisfaction des besoins collectifs pour valider une mesure de réquisition. Celle-ci est alors comprise, non pas comme une mesure de réglementation du droit de grève, mais comme une mesure de police, nécessaire au maintien de l'ordre public. Il n'est dès lors plus question de la continuité du service public pour justifier une mesure de réquisition. Certes on peut toujours l'invoquer, ce ne sera pas en soi un motif d'illégalité, mais pour être valides, les mesures de réquisition propres à l'atteindre devront être imposées par l'urgence et devront être proportionnées aux nécessités de l'ordre public¹²⁷².

871. – Une action sous le contrôle du juge – Par conséquent, s'il revient à l'administration de déterminer l'intensité de fonctionnement du service réquisitionné, encore ne peut-elle le faire que sous le contrôle du juge. C'est à lui qu'il revient de fixer, le cas échéant, le curseur de l'intensité du fonctionnement des services publics réquisitionnés. Pour cela, il mettra en rapport d'une part les moyens humains réquisitionnés, et d'autre part l'objectif à atteindre qui est la satisfaction des besoins du pays. Le juge part du postulat suivant : si le service doit continuer de fonctionner malgré la grève, afin de satisfaire un certain nombre de besoins généraux, puisque la cause de l'interruption potentielle du service est l'exercice du droit de grève, ce fonctionnement continu doit néanmoins être réduit par rapport à la normale, afin de ne pas faire totalement échec à l'exercice du droit de grève. Le Conseil d'État a ainsi considéré, dans l'affaire *Isnardon*, qu'au regard des circonstances de la grève, celles-ci n'exigeaient pas la réquisition de tous les personnels d'une société de transport urbain¹²⁷³. Mais à l'inverse, il a jugé que la situation permettait de réquisitionner sans aucune nuance

¹²⁷¹ CE, Sect., 26 octobre 1962, *Le Moul et Syndicat « Union des navigants de ligne »*, *Rec.* p. 580 ; *Dr. soc.* 1963, p. 224, obs. Jean SAVATIER ; *A.J.D.A.* 1962, p. 673, chron. Michel GENTOT et FOURRÉ. Dans cet arrêt le CE juge en effet que la grève est « *de nature à porter à la satisfaction des besoins du pays une atteinte suffisamment grave pour justifier légalement le décret attaqué autorisant la réquisition de l'ensemble du personnel navigant...* ».

¹²⁷² CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, *R.F.D.A.* 2004, p. 306, concl. Jacques-Henry STAHL, note Paul CASSIA ; *Dr. ouvr.* Avril 2004, p. 184, note Mireille PANIGEL-NENNOUCHE ; *Dr. soc.* 2004, p. 172, concl. Jacques-Henri STAHL.

¹²⁷³ CE, 26 février 1961, *Isnardon*, *Rec.* p. 150.

l'ensemble des personnels navigants de la compagnie Air France¹²⁷⁴, ou l'ensemble des personnels du contrôle de la navigation aérienne¹²⁷⁵.

872. – La réquisition par défaut – Dans l'arrêt *Aguillon* du 9 décembre 2003¹²⁷⁶ relatif à la réquisition par arrêté préfectoral d'une catégorie de personnel gréviste, le Conseil d'État approfondit son contrôle en vérifiant que l'administration a procédé à la réquisition et s'est assurée qu'il n'existait pas d'autres moyens de satisfaire les besoins de la population. En définitive, pour se conformer à cette jurisprudence, l'autorité administrative doit procéder à la réquisition des seuls personnels grévistes absolument nécessaires au fonctionnement d'un service réduit. Le service est réduit en ce qu'il répond aux besoins les plus urgents et les plus importants ; ceci dans une logique assez proche de celle qui préside à l'organisation du service minimum, à la différence notable toutefois que la réquisition s'effectue dans l'urgence et donc sans grande prévisibilité.

§2.- La réquisition, moyen inadéquat pour assurer la continuité du service en cas de grève

873. – Il fut une époque où les auteurs n'étaient pas avares en comparaison plutôt hasardeuses entre la grève et la guerre. Est-ce pour cela que la réquisition conçue pour les situations de guerre a été si souvent mise en œuvre dans des situations de grève ? Répondre par l'affirmative serait simpliste. En réalité, le procédé était pratique, relativement simple à utiliser. Reste, qu'il générerait des effets secondaires peu maîtrisables par un gouvernement aussi stable et légitime soit-il. Le remède se révélait pire que le mal. Dès lors, l'inadéquation de la procédure de réquisition appliquée à la grève est avec le recul du temps, une évidence. Cette procédure a été très souvent utilisée pour faire face à des mouvements de grève dans les services publics en réseaux (A.-), Alors que son objet était de donner au gouvernement un moyen supplémentaire de faire face à un état de guerre (B.-).

¹²⁷⁴ CE, Sect., 26 octobre 1962, *Le Moullet et Syndicat « Union des navigants de ligne »*, *Rec.* p. 580 ; *Dr. soc.* 1963, p. 224, obs. Jean SAVATIER ; *A.J.D.A.* 1962, p. 673, chron. GENTOT et FOURRÉ.

¹²⁷⁵ CE, 9 février 1966, *Fédération nationale de l'aviation civile*, req. n° 62.467, *Rec.* p. 101 ; *D.* 1966, pp. 722, note Jean-Paul GILLI.

¹²⁷⁶ CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, *R.F.D.A.* 2004, p. 306, concl. Jacques-Henry STAHL, note Paul CASSIA ; *Dr. ouvr.* Avril 2004, p. 184, note Mireille PANIGEL-NENNOUCHE ; *Dr. soc.* 2004, p. 172, concl. Jacques-Henri STAHL.

A.- Une procédure utilisée en cas de grève

874. – Les enjeux politiques des grèves – Même si son utilisation en cas de grève est enserrée dans des limites définies par la jurisprudence, la réquisition présente un défaut majeur : celui de politiser la fin du conflit collectif. En principe, la grève est une lutte sociale à objet professionnel. La Cour de cassation veille à la définir comme étant un moyen de soutenir des revendications professionnelles, et sanctionne comme étant fautive les grèves à objet politique. Mais l'expérience montre qu'une lutte sociale, quand bien même elle comporte un véritable enjeu d'ordre strictement professionnel, peut aussi revêtir un aspect politique fondamental. De plus, une grève qui débute sur des motifs professionnels peut se transformer en une lutte politique selon les circonstances. Enfin, en France, derrière la diversité syndicale, il existe un jeu d'influences politiques. Tous ces éléments confirment l'idée qu'une grève, au-delà d'un problème professionnel, comporte en général des enjeux politiques. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle dans les années 1950 et 1960 le pouvoir politique n'est pas resté indifférent aux grèves dans les services publics.

875. – Les décrets de réquisitions – En effet, l'analyse des vingt-sept décrets de réquisition qui avaient été adoptés entre 1947 et 1963 précités montre que la réquisition fut principalement utilisée à l'encontre des grévistes dans les grandes entreprises du secteur nationalisé et dans une très large mesure au sein des entreprises de service public en réseaux, ainsi que dans les administrations connexes. La plupart du temps ces réquisitions concernaient l'ensemble du personnel des entreprises intéressées sans aucune distinction entre catégories professionnelles. Ainsi, le service public réquisitionné devait fonctionner comme en temps normal.

876. – Débloquer une situation grave – Pour le gouvernement, la réquisition était alors un moyen efficace pour débloquer une situation sociale qu'il jugeait grave pour le pays. Il était couramment admis à l'époque que des grèves prolongées dans les services publics faisaient courir un grave danger à l'État. Ce constat légitimait donc le recours à la réquisition par le gouvernement. Mais dans certains cas, on pouvait douter de la pertinence de cette lecture. Que dire en effet de la grève des pilotes d'Air France en 1960 qui fut motivée par la redéfinition des échelles salariales à la suite de l'introduction des quadriréacteurs Boeing 707 dans la flotte de la compagnie ? Ce n'était pas une grève politique nécessitant une réponse politique par le biais de la réquisition de tout le

personnel de la compagnie¹²⁷⁷. De plus, craignant que le conflit ne se propage aux autres compagnies aériennes, notamment Air Inter pour les vols intérieurs et TAI et UAT pour les vols vers les (ex-)colonies, et ne paralyse ainsi le ciel français et isole le pays, le gouvernement adopta un deuxième décret de réquisition daté du même jour à l'égard des personnels de ces compagnies privées¹²⁷⁸. Au fond ce que redoutait le pouvoir, ce n'est pas un quelconque caractère politique de la grève qui n'est pas avéré, mais plutôt les conséquences politiques de la grève.

877. – La politisation du conflit – Mais ce faisant, le gouvernement politisait la fin hâtée du conflit collectif. En effet, l'intervention du gouvernement signifiait *ipso facto* l'accession du conflit social en cause au rang de question politique majeure.

La procédure de réquisition induit cette politisation, puisque selon les dispositions qui résultent du décret d'application¹²⁷⁹ de la loi du 11 juillet 1938, la réquisition est décidée par décret en Conseil des ministres ; ce décret ouvre le droit de réquisition qui est ensuite concrètement exercé, soit par arrêté ministériel, soit par arrêté préfectoral. Ainsi, la réquisition des grands services publics en réseaux implique les autorités politiques nationales au plus haut niveau, et confère donc au procédé une dimension politique incontestable. Cette dimension politique est renforcée par les dissensions au sein même du gouvernement qui ne manquèrent jamais de se faire jour à l'occasion des réquisitions. Dans sa thèse publiée en 1965¹²⁸⁰, le conseiller à la Cour de cassation Jean-Paul Dorly indique qu'il n'était pas rare sous la IV^e République, que les décrets de réquisition ne soient pas adoptés en Conseil des ministres¹²⁸¹. En effet, explique-t-il, « *Il s'est trouvé des ministres du Travail qui se considéraient de par leurs fonctions comme les défenseurs naturels des travailleurs et qui ont refusé de signer ou de contresigner les décrets ou arrêtés de réquisition.* »¹²⁸² L'attitude de ces ministres brisait en conséquence l'unanimité devant prévaloir au Conseil des ministres lors de l'adoption de ces textes¹²⁸³. Si le Conseil d'État ne prêtait guère attention à ce

¹²⁷⁷ Décret n° 60-1468 du 21 décembre 1960 *autorisant la réquisition des personnels navigants de la compagnie nationale Air-France*, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1960, p. 12056.

¹²⁷⁸ Décret n° 60-1515 du 21 décembre 1960 *autorisant la réquisition des personnels navigants de compagnies privées de transport aérien*, *J.O.R.F.* du 4 janvier 1961, p. 174.

¹²⁷⁹ Décret du 28 novembre 1938 *portant règlement d'administration publique pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1938*, *J.O.R.F.* du 29 novembre 1938, pp. 13423-13431.

¹²⁸⁰ DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 267-268.

¹²⁸¹ Plus de la moitié des décrets de réquisition pris à cette époque ne comportaient pas la mention « le Conseil des ministres entendus ».

¹²⁸² DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, p. 268.

¹²⁸³ Selon la procédure instituée par le décret du 28 novembre 1938 précité, dès lors qu'il concernait les travailleurs relevant du droit commun le décret de réquisition devait être contresigné par le ministre du travail.

manquement procédural, n'y voyant aucune source d'illégalité formelle¹²⁸⁴, pour sa part la Cour de cassation a considéré dès 1957 qu'un tel vice de procédure rendait la réquisition illégale¹²⁸⁵. Dans les faits, depuis cette date, tous les décrets de réquisition furent adoptés après que le Conseil des ministres eut été entendu.

Par ailleurs, la dimension politique des décrets de réquisition s'est trouvée encore accrue avec l'avènement de la V^e République. Sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil des ministres est présidé par le Président de la République et non par le « premier des ministres ». De plus, élu au suffrage universel direct après la réforme constitutionnelle de 1962, le Président de la République a une autorité politique considérable¹²⁸⁶. Mais surtout, depuis 1958, la dimension politique toute particulière des décrets de réquisition résulte principalement du rôle d'arbitre suprême conféré au Président de la République par l'article 5 de la Constitution¹²⁸⁷. Ne faut-il pas alors considérer que la réquisition est une réponse politique à une situation politique délicate ?

878. – Le risque d'affaiblissement de l'autorité de l'État – La réquisition est un moyen coercitif qui permet d'assurer la continuité du service public en cas de grève, et dont le succès est assuré notamment du fait des sanctions qui sont prévues par les textes législatifs. L'article L. 2236-2 du code de la défense, prévoit en effet une peine d'un an d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende à l'égard de ceux qui n'exécuteront pas un ordre de réquisition. Pourtant de telles sanctions, qui figuraient à l'époque à l'article 31 de la loi du 11 juillet 1938, n'avaient pas empêché en 1963 les mineurs en grève de poursuivre leur mouvement malgré les décrets de réquisition pris à leur encontre. Ils avaient défié un pouvoir politique impuissant à trouver une solution au conflit¹²⁸⁸. En s'impliquant à travers la réquisition, le gouvernement n'était parvenu qu'à

¹²⁸⁴ Ayant à examiner la légalité du décret du 8 mars 1950 réquisitionnant le personnel des industries électriques et gazières, le Conseil d'État ne relève même pas ce manquement à la procédure alors que ce décret n'avait pas reçu l'aval du Conseil des ministres. Cf. : CE, Sect., 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Éclairage et des Forces motrices*, Dr. soc. 1951, p. 597, note Jean RIVERO ; J.C.P. 1951, II, 6075, concl. AGID

¹²⁸⁵ « Mais attendu qu'en l'absence d'un décret pris en conseil des ministres conformément aux dispositions précitées, Saunier n'avait pas été légalement requis ; » Cf. : Cass. crim., 29 janvier 1957, *Saunier*, J.C.P. 1957, II, 9862.

¹²⁸⁶ Toutefois remarquons que les décrets de réquisition des grévistes signés au début de la V^e République, l'ont été par un Charles de Gaulle élu en 1958 par un collège de grands électeurs.

¹²⁸⁷ Selon le texte constitutionnel le président de la République est un arbitre qui veille à la continuité de l'État. Pour ceux qui fondent la continuité du service public sur la continuité de l'État, on perçoit l'amalgame que cela produit dans leur esprit quant à l'utilisation du droit de réquisition et à la continuité du service public.

¹²⁸⁸ Le journal *Le Monde* du mardi 5 mars 1963, titrait : « Les mineurs de Lorraine n'ont pas obéi aux ordres de réquisition ». Le journal du soir indique que le lundi 4 mars au matin – alors que le décret de réquisition entrait en application – 96,3% des mineurs étaient absent au fond, et 66% en surface.

politiser davantage ce mouvement social au risque d'affaiblir sa position. Comme l'a très justement fait remarquer Éric Devaux, « *en dépit des sanctions encourues, l'ordre de réquisition risque de se révéler inefficace s'il concerne un grand nombre d'agents qui refusent massivement de s'incliner ; par conséquent, l'usage de cette procédure est susceptible d'affaiblir considérablement l'autorité de l'État.* »¹²⁸⁹ C'est ce qui s'est passé au printemps 1963 ; en déclenchant les « hostilités », le gouvernement n'est pas parvenu à éteindre le conflit, fut-il collectif et de travail !

B.- Une procédure pensée pour la guerre

879. – Une utilisation contre-nature – Mais plus profondément, comme le pensait Jean Salomon, cela révélait que « *l'utilisation de ce texte à l'égard des grévistes est en soi un acte contre nature.* »¹²⁹⁰ Or cet auteur faisait remarquer que lors de la discussion devant le Parlement de la loi du 11 juillet 1938, le ministre de la Guerre, Paul Painlevé qualifiait de véritable forfaiture l'application du texte qui pourrait être faite en dehors des cas fixés par l'article 14, notamment au moment d'une grève. La réquisition, même civile, n'a tout simplement pas été pensée pour mettre fin à un mouvement social dur.

Aujourd'hui comme hier, la réquisition n'est pas adaptée aux situations de grève ; il est d'ailleurs topique que les dispositions de la loi de 1938 relatives aux réquisitions soient codifiées dans le code de la défense et non dans le code du travail. La réquisition n'est pas une réglementation supplétive du droit de grève, et elle ne pourra jamais l'être. La réquisition est unilatérale, elle est le signe paroxystique de l'État puissance publique. Elle ne laisse par nature aucune place aussi infime soit-elle à la négociation et à la discussion. Que pourrait d'ailleurs négocier l'État avec les grévistes ? Mis à part le cas des postes et des télécommunications jusqu'à une époque récente, dans les grands services publics en réseaux, l'État n'était au mieux qu'autorité de tutelle, mais pas un employeur direct. En ce sens la réquisition est une mesure de police qui tente de mettre fin au conflit sans passer par la case « négociation ». Et si elle y met fin, ce ne peut être que de façon provisoire, car le conflit ressurgira à la première occasion. S'installe alors une sorte d'enchaînement infernal de grèves suivies de réquisitions, comme au début des années 1960¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, p. 342.

¹²⁹⁰ SALOMON (Jean), « Grèves et réquisitions (Étude d'une évolution) », *J.C.P.* 1963, I, 1749.

¹²⁹¹ Pour ne prendre qu'un seul exemple significatif, le personnel de la RATP a été réquisitionné en 1960, 1961 et 1962. Cf. : Décret du 22 juin 1960 *autorisant la réquisition de personnels de la*

En définitive, ainsi que le remarquait le professeur Gérard Lyon-Caen, « *A trop servir, l'arme "absolue" qu'est la réquisition s'émousse.* »¹²⁹² Utiliser la réquisition pour briser une grève, c'est en fait casser l'outil de la réquisition. C'est prendre le risque d'affaiblir l'autorité de l'État alors même que la réquisition devrait contribuer à la renforcer. Or l'outil peut s'avérer utile lorsqu'il s'agit de sauvegarder l'essentiel, c'est-à-dire au fond l'ordre public. Et il faut reconnaître la sagesse de la Cour de cassation puis du Conseil d'État d'avoir orienté la justification juridique du recours à la réquisition en cas de grève sur la notion d'ordre public. Ce faisant, la jurisprudence administrative relative à la réquisition utilisée en cas de grève, rejoint la jurisprudence administrative relative à la réglementation du droit de grève dans les services publics.

880. – Un outil abandonné depuis 1964 – Après le cuisant échec de la réquisition des mineurs au printemps 1963, le gouvernement a abandonné la réquisition pour y substituer le régime juridique défini par la loi du 31 juillet 1963¹²⁹³. Depuis l'adoption de cette loi un seul décret de réquisition a été signé pour répondre à une grève. C'était le 26 octobre 1963¹²⁹⁴ à l'occasion d'une grève des aiguilleurs du ciel. Comme on le sait, afin de briser définitivement et plus sûrement les grèves dans cette administration, le gouvernement de Georges Pompidou supprima le droit de grève à cette catégorie de fonctionnaires par le vote de la loi du 2 juillet 1964¹²⁹⁵. Depuis lors, plus aucun décret de réquisition de personnels grévistes d'un service public n'a été adopté par le gouvernement. Pourtant les occasions de conflits sociaux très durs et très perturbateurs n'ont pas manqué depuis lors. Pour ne citer que les exemples les plus récents, on peut penser à la longue grève des cheminots et des transports urbains en décembre 1995, aux grandes grèves ayant eu lieu à Air France, d'abord en 1993, alors que la compagnie était au bord de la faillite, et en juin 1998, à la veille de la coupe du monde de football. Le gouvernement n'a pas eu recours à la réquisition. D'ailleurs, malgré la désorganisation profonde de certains pans entiers de la vie de la nation provoquée par

Régie autonome des transports parisiens, *J.O.R.F.* du 23 juin 1960, p. 5603. – Décret n° 61-499 du 19 mai 1961 *autorisant la réquisition des personnels de certains services publics*, *J.O.R.F.* du 20 mai 1961, p. 4578. – Décret n° 62-1261 du 27 octobre 1962 *autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens*, *J.O.R.F.* du 30 octobre 1962, p. 10501. – En 1963, après la grève du mois de juin à la RATP, le gouvernement décida de légiférer sur le droit de grève pour aboutir à la loi du 31 juillet 1963.

¹²⁹² LYON-CAEN (Gérard), « La réquisition des salariés en grève selon le droit positif français », *Dr. soc.* 1963, p. 219.

¹²⁹³ Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 *relative à certaines modalités de la grève dans les services publics*, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

¹²⁹⁴ Décret n° 63-1070 du 26 octobre 1963 *relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne*, *J.O.R.F.* du 29 octobre 1963, p. 9664.

¹²⁹⁵ Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 *relative à certains personnels de la navigation aérienne*, *J.O.R.F.* du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au *J.O.R.F.* du 7 juillet 1964, p. 5979.

ces conflits, l'abstention du gouvernement de recourir au droit de réquisition n'est même pas fautive, puisque l'ordre public n'est pas directement atteint. Le Conseil d'État avait eu l'occasion de le juger par deux arrêts du 6 novembre 1985 relatifs à des grèves dans le contrôle de la navigation aérienne¹²⁹⁶.

881. – Un outil toujours utile – Pour autant, le droit de réquisition n'est pas tombé en désuétude depuis ces quarante-six années passées. Son utilisation en cas de grève ne peut pas être exclue d'un revers de main. A l'échelon local, ce droit a même subi une cure de jouvence en 2003 à travers une refonte de l'article L. 2215-1 du CGCT. Mis en œuvre par les préfets, et clairement fondé sur le maintien de l'ordre public, ce droit de réquisition à l'échelon local pourrait permettre dans des cas extrêmes de faire face à des grèves partielles mais dures dans les services en réseaux. Rien dans le texte n'interdit que la réquisition puisse concerner le personnel gréviste d'une entreprise privée, malgré les doutes exprimés par le commissaire du gouvernement Jacques-Henri Stahl ; mais sans que l'on sache, ni que l'on voie, les arguments qui le motivait à soutenir cette position, laquelle apparaît alors empreinte d'idéologie¹²⁹⁷. On peut donc imaginer que le préfet réquisitionne le personnel gréviste d'un établissement de la SNCF et d'EDF ou de La Poste, par exemple, lorsque la situation locale l'exige. Fondé sur le maintien de l'ordre public et sujet à un contrôle en référé devant le juge administratif, le droit de réquisition ne pourra alors être utilisé, en cas de grève, qu'à bon escient. Selon Paul Cassia, le droit de réquisition « *ne peut [alors] intervenir qu'en dernier ressort, en cas de trouble grave à l'ordre public, et qui ne peut qu'être proportionné à ce trouble. Le recours à la réquisition devrait être manié avec d'autant plus de prudence par les autorités administratives que les justiciables disposent désormais d'une voie de droit adéquate pour faire échec, en temps utile, à l'exécution de l'ordre de réquisition.* »¹²⁹⁸ Cette voie de droit nouvelle étant la procédure du référé-liberté¹²⁹⁹.

¹²⁹⁶ CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'État, ministre des Transports c./Compagnies Touraine Air Transports et autres*, D. 1986, III, p. 584, note Nicolas Rainaud. – CE, 6 novembre 1985, *Société Condor-Flugdienst*, req. n° 48.630, *Rec.* p. 313.

¹²⁹⁷ « *Il ne nous paraît pas acquis que ces dispositions puissent permettre de requérir des personnels grévistes relevant d'un employeur privé. Au contraire, il nous semble que l'on devrait plutôt considérer qu'en principe ces dispositions ne peuvent servir à cela. Elles ont été conçues comme un complément du pouvoir de police du préfet lorsque le rétablissement de l'ordre public exige des mesures de réquisition.* » Cf. : STAHL (Jacques-Henry), « Le droit de grève comme liberté fondamentale et la réquisition des personnels de santé », concl. sur CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon, R.F.D.A.* 2004, pp. 308.

¹²⁹⁸ CASSIA (Paul), note sous CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon, R.F.D.A.* 2004, p. 321.

¹²⁹⁹ Procédure résultant de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

882. – Un outil exorbitant – En définitive, et pour conclure sur ce point, comme l'écrivait le conseiller Jean-Paul Dorly, « [...] le pouvoir de requérir reste un procédé exceptionnel d'un régime exorbitant du droit commun. Dans un régime qui se veut démocratique, où la liberté individuelle et les libertés publiques demeurent dans la tradition de notre droit public, il n'est autorisé que dans les cas exceptionnellement graves quand les pouvoirs publics ne possèdent plus ni les moyens matériels ni les moyens légaux de faire autrement. C'est un droit de la nécessité. »¹³⁰⁰ Or, face à la grève, contrairement à l'adage, dans cette matière, nécessité ne fait pas loi : la réquisition n'est pas faite pour remédier aux inconvénients d'une grève dans les services publics en réseaux.

883. – Propos conclusif du Chapitre 16 – Imposer une fin de conflit dans l'espoir de permettre au service de retrouver un fonctionnement continu normal, n'est de toute manière pas une solution très efficace pour assurer la continuité pendant le conflit. Il y a toujours un moment de blocage. De plus, dans la plupart des cas et singulièrement dans le cas de la réquisition, le conflit est politisé par l'intervention de l'autorité de l'État. La politisation, loin de solutionner de façon pérenne le conflit, a plutôt tendance à l'entretenir, quitte à ce que les braises couvent sous les cendres du précédent conflit. L'autorité de l'État peut enfin se trouver amoindrie, lorsque la réquisition échoue à faire taire les revendications. Il n'y a pas de secret, la réquisition n'est pas faite pour assurer la continuité du service en cas de grève du personnel. C'est la raison pour laquelle, elle n'est plus utilisée dans les grands services en réseaux depuis un demi-siècle. Les autres voies telle que la médiation notamment, sont utiles, mais ne peuvent fonctionner dans tous les cas. L'avenir est plutôt dans un dialogue social constant, propre à faire baisser la conflictualité et à négocier les moyens d'assurer la mise en œuvre d'un dispositif de continuation du service en cas de grève.

¹³⁰⁰ DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, p. 20.

Chapitre 17.- La continuité par le dialogue social : une voie d'avenir

884. – Dans un article intitulé « Entreprises publiques de service public : vers la fin de la gréviculture ? », Thomas Eymond-Laritz et Cédric Javault, deux jeunes ingénieurs de l'Ecole des Mines de Paris, écrivaient : « *les entreprises publiques de service public disposent aujourd'hui en France d'un quasi-monopole des grèves. Derrière ce constat se cachent cependant des évolutions majeures : dans beaucoup d'entreprises, la pratique des grèves a régressé, voire disparu.* »¹³⁰¹ Parler de gréviculture, est quelque peu provocant. Surtout lorsque l'on connaît l'origine du terme « gréviculteur », titre d'une pièce de théâtre du début du XXe siècle écrite par un auteur polémique, qui sera d'ailleurs condamné pour faits de collaboration à la Libération¹³⁰². Le satiriste de la gréviculture condamné pour collaboration à l'heure même où le droit de grève acquerrait ses lettres de noblesse à la Libération, cela ne manque pas de « piquant » *a posteriori*. Le combat est gagné d'avance pour les thuriféraires du droit de grève. Quand bien même toute généralisation n'est en effet pas heureuse, car inexacte, la critique est fondée, dans la mesure où il est souvent apparu que les agents des services publics utilisaient parfois trop facilement de cette arme redoutable qu'est le droit de grève. Mais la critique ne doit viser, et uniquement viser, que l'abus du droit de grève.

885. – Le droit de grève est, comme nous le savons, fondamental dans une démocratie. Ce n'est pas tant la prétendue culture de la grève qui doit être critiquée, mais plutôt une certaine culture de la lutte sociale qui diabolise par principe les directions d'entreprises de service public et les pouvoirs publics, qui cherche systématiquement l'affrontement et la surenchère. Que la lutte passe souvent par la grève, est un fait, mais elle ne se réduit pas à cela. La lutte, s'est aussi un état d'esprit. Là encore, toute

¹³⁰¹ EYMOND-LARITAZ (Thomas) et JAVAULT (Cédric), « Entreprises publiques de service public : vers la fin de la gréviculture ? », *Annales des Mines*, Février 1999, p. 27. Cet article est issu d'un mémoire de fin d'études à l'intitulé similaire, datant de 1998 (mémoire mentionné in *La Lettre de l'Association et de l'Institut Paul Delouvrier*, n° 3, avril 1999, par Lise VERSLUYS).

¹³⁰² *Le gréviculteur* était le titre d'une comédie de Jean Drault, créée en 1902 au théâtre du Grand Guignol à Paris. L'auteur, né en 1866 et mort en 1951, est connu pour être un auteur humoristique, certes, mais aussi pour avoir écrit des propos antisémites dès l'époque de l'affaire Dreyfus et pour avoir collaboré à un âge avancé avec l'Occupant Nazi, notamment comme directeur du journal « Au Pilon », entre 1943 et 1944 date de son arrestation. Il sera condamné à une peine de sept ans de prison, puis libéré dès 1949.

généralisation n'est pas pertinente, car l'état d'esprit de lutte est propre à chaque entreprise de service public. Il y avait sans doute plus de divergences que de convergences entre un pilote de ligne syndiqué au SNPL-Air France, et un agent de la SNCF syndiqué à la CGT-cheminot. Les cheminots sont les héritiers directs d'une classe ouvrière qui a dû combattre durement il y a plus d'un siècle, pour sortir peu à peu de sa condition misérable. Le postier est emblématique du « petit fonctionnaire » qui a connu un déclassement progressif, un peu comme l'instituteur. Le pilote de ligne, comme l'hôtesse de l'air, sont les héritiers de l'esprit des pionniers, de l'esprit militaire et du luxe à la française des années folles. Quant à l'électricien et au gazier, ils sont le symbole d'une classe de techniciens et d'agents de maîtrise, sur les épaules desquels l'espoir de tout un pays exsangue repose. L'histoire sociale de ces entreprises de service public, n'est pas la même. Difficile dans ses conditions de voir un quelconque esprit commun de lutte sociale dans ces secteurs.

En revanche, ce qui est indéniable c'est que certaines entreprises de service public en réseaux ont été (et sont encore parfois) le bastion de certains syndicats, et ont par ailleurs connu dans le passé, jusqu'à récemment, une conflictualité importante, dépassant de loin celle existante dans le secteur privé. Mais, on ne peut pas se contenter de porter à la vindicte les syndicats pour dénoncer l'absence de dialogue social dans les entreprises de service public. Que certains syndicats conservent un certain idéal de la lutte sociale est une chose, qu'il y ait un manque de dialogue social dans l'entreprise en est une autre. Que les syndicats profitent de la grève pour évaluer leurs forces avant de négocier avec les directions, c'est une réalité que rappelait utilement le député Jean-Michel Dubernard en 2003¹³⁰³. Mais nous sommes convaincus, que les syndicats et les directions d'entreprises en sont autant responsables. Car si culture de la grève il y a dans les syndicats, alors il y a aussi la culture du « pourrissement du conflit », dont on peut estimer qu'elle a été très répandue parmi les dirigeants des entreprises publiques.

886. – Dans ce contexte, l'instauration progressive d'une culture du dialogue social est une révolution dans le monde des entreprises de service public. Une révolution lente, car une certaine « acclimatation » est nécessaire, mais une révolution assurée, par son effet de pacification progressive des relations sociales, et en conséquence tangible de baisse de la conflictualité. Du coup, la continuité du service public y gagne, puisque les grèves se font plus rares.

¹³⁰³ Intervention de Monsieur Jean-Michel Dubernard, député, 1^{ère} séance du 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* du 10 décembre 2003, p. 11936, 1^{ère} col.

Pour autant les grèves ne disparaissent pas, et d'une certaine façon, cela est salubre, car on sait le lien particulièrement fort entre le droit de grève et la démocratie. Mais dans ce cas, la continuité du service est en péril. Or, si le service minimum a souvent paru être une solution, il pouvait provoquer en contrecoup un raidissement des positions syndicales, dans la mesure où il pouvait être considéré comme une négation du droit de grève. Sans doute l'idée de service minimum est un progrès, puisqu'il permet cette conciliation tant recherchée entre le droit de grève et la continuité du service public. Au sortir des longues grèves de 1995, le professeur Jean-Emmanuel Ray se faisait le défenseur de ce progrès appelé de ses vœux¹³⁰⁴, et de tant d'autres. Tardivement ce vœu sera presque exaucé dans les transports publics¹³⁰⁵ ! Mais entre-temps, une condition est apparue devoir être le corollaire indispensable à l'introduction du service minimum, celle de sa négociation. Un service minimum imposé unilatéralement revient à une pseudo-réquisition du personnel dont on sait quels en sont les effets dévastateurs. Sa négociation permet au contraire d'en faire accepter le principe et les termes, tout en responsabilisant les acteurs sociaux de l'entreprise de service public.

887. – Le dialogue social devient un élément fondamental sur lequel et par lequel, peut être construit un nouveau cadre juridique permettant d'assurer un meilleur respect de la continuité du service public, notamment mais principalement, en cas de conflit social et de grève. C'est une idée relativement neuve qui a été mise en pratique avec succès dans le secteur des transports publics de voyageurs. Est-ce pour autant généralisable aux autres secteurs de service en réseaux ? Pour tenter de répondre à cette interrogation majeure, il nous faut, à partir de l'expérience déjà acquise en la matière, dégager les lignes de force qui permettrait d'adapter une telle approche aux grands services en réseaux ouverts à la concurrence.

888. – Ainsi, nous consacrerons un paragraphe au service minimum à part entière (Section 1.-), puis dans un second paragraphe, nous analyserons l'articulation entre le système de la prévention des conflits et le service minimum (Section 2.-).

¹³⁰⁴ RAY (Jean-Emmanuel), « Droit de grève et continuité », *Le Monde*, 22 décembre 1995.

¹³⁰⁵ RAY (Jean-Emmanuel), « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.* 2007, pp. 1205-1220.

Section 1.- Les limites du service de substitution en cas de grève

889. – Lorsqu'une grève se produit dans un service public, son effet immédiat est de perturber la marche normale du service, voire de provoquer son arrêt momentané. La mise œuvre d'un service de substitution permet d'assurer la continuité du service public durant cette période de perturbation. Souvent, le « service minimum » a été présenté comme étant ce service de substitution. La notion est en réalité ambiguë. Son sens pouvant être générique au sens de service de substitution, ou au contraire, plus précis, pour être ce service de substitution minimal, de base pourrait-on dire. Plusieurs notions ont été avancées ces dernières années, lors des débats relatifs à la mise en place d'un service de substitution en cas de grève. Sans forcément en donner une vision exhaustive, ce qui ne présenterait pas pour notre étude un grand intérêt, donnons-en un rapide aperçu suffisamment précis pour nous être utile.

Dans son article précité du 22 décembre 1995 publié dans le célèbre journal du soir, le professeur Jean-Emmanuel Ray écrivait : « *La nécessaire conciliation entre sécurité, grève et continuité passe donc sans doute par des voies nouvelles. Ainsi, pour les services publics de transport, un service minimum, qui seul assure une certaine continuité, apparaît dangereux pour la sécurité et inefficace pour assurer le droit au travail de millions d'usagers. Il convient donc de concentrer les efforts sur le service essentiel qu'ils doivent fournir à leurs usagers : aller travailler et revenir le soir. En pratique, donc, assurer un service normal aux heures de pointe (une à deux heures matin et soir), et le cas échéant absence de service dans la journée, ce qui aurait des effets suffisamment perturbateurs dans les grandes agglomérations, qui n'ont jamais mieux mérité leur nom.* »¹³⁰⁶ Le service essentiel est donc un service de substitution dont la consistance est fonction d'une analyse des besoins jugés les plus importants (vitaux donc essentiels) des usagers. Cette idée avait été reprise, notamment, par Christian Blanc, qui avait déposé une proposition de loi en ce sens¹³⁰⁷. Il avait profité du débat parlementaire organisé à l'Assemblée nationale par le gouvernement sur la conciliation des exigences de la continuité du service public des transports et du droit de grève, le 9 décembre 2003, pour expliquer davantage sa proposition. Il s'agissait de permettre aux services de transport, de fonctionner trois heures le matin et trois heures en fin de journée, afin de permettre aux travailleurs de se rendre sur leurs lieux de travail ; la grève

¹³⁰⁶ RAY (Jean-Emmanuel), « Droit de grève et continuité », *Le Monde*, 22 décembre 1995.

¹³⁰⁷ Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Christian Blanc et autres, députés, n° 1230, séance du 18 novembre 2003.

pouvait alors s'étendre sur le restant de la journée, ce qui était selon lui suffisant pour perturber la vie des agglomérations et du pays. Mais à la différence de Jean-Emmanuel Ray, il dénommait ce type de service, non pas « service essentiel », mais « service garanti »¹³⁰⁸. Le service essentiel ou garanti correspond en réalité à un service normal sur certaines « tranches horaires » dans une journée de grève. Lors de ce débat, le député Jacques Kossowski avait « ouvert le bal » en faveur du service garanti par ces propos : « Cette distinction sémantique entre « service minimum » et « service garanti » est primordiale. En effet, nous considérons que le service minimum existe déjà à la SNCF, à la RATP ou dans les différentes régions de transport. Par exemple, lors des grandes grèves qui se sont déroulées au printemps dernier, le trafic n'a jamais été totalement interrompu. Certains trains ou rames de métro ont continué à fonctionner, mais de manière anarchique. Vous en conviendrez, la situation actuelle n'est absolument pas satisfaisante pour les usagers et les entreprises. Dès lors, il convient de garantir une offre de transport normale aux heures de pointe. »¹³⁰⁹ Tous les députés de la majorité lui avait ensuite « emboîté le pas ». La chose semblait entendue pour que le jour venu – celui-ci se faisant attendre depuis des décennies, viendrait-il ? – la loi entérine cette notion de service garanti. Pourtant lors du débat parlementaire relatif à l'adoption de la loi du 21 août 2007, cette idée de service garanti a été rejetée, au Sénat, lors de la séance du 18 juillet 2007. Un amendement 19 tendait à instaurer une astreinte de service public entre six heures et neuf heures et entre dix-sept heures et vingt-heures. La rapporteure, Madame Catherine Procaccia s'y est opposée en ces termes : « La commission y est défavorable. En effet, si ces tranches horaires correspondent à une réalité dans un département, tels n'est pas le cas dans d'autres départements. Il a été dit, notamment, lors des auditions auxquelles a procédé la commission, que, dans certains départements, rentrer déjeuner le midi était une obligation, alors que cela ne l'était pas dans d'autres, ou encore que l'heure de rentrer chez soi pouvait être à vingt et une heures ici, mais dix-neuf heures ailleurs. Certains horaires sont propres à l'Île-de-France. Or le projet de loi doit s'appliquer à l'ensemble de la France »¹³¹⁰. Le projet de loi, qu'avait déposé le gouvernement et tel qu'il a été adopté par le Parlement, avait exclu les termes de « service minimum » et de « service garanti ». L'exposé des motifs évoquait l'idée d'un « service réduit mais prévisible ». La prévisibilité du trafic est en réalité la pierre angulaire de la loi de 2007, s'inspirant en cela du rapport de la

¹³⁰⁸ Intervention de M. Christian Blanc, député, 1^{ère} séance du 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* du 10 décembre 2003, p. 11942, 2^e col.

¹³⁰⁹ Intervention de Monsieur Jacques Kossowski, député, 1^{ère} séance du 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* du 10 décembre 2003, p. 11934, 2^e col.

¹³¹⁰ Cf. : Intervention de Madame Catherine Procaccia, rapporteure, séance du 18 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 19 juillet 2007, p. 2460, 2^{ème} col.

commission Mandelkern. Pour celui-ci, la prévisibilité du service se définissait par un service réduit, mais connu et garanti¹³¹¹. Il considérait que la prévisibilité du service est une attente importante de l'opinion. Les utilisateurs des transports publics doivent pouvoir s'organiser à partir de prévisions précises et fiables. Peut-on parler de « service prévisible » au lieu de « service minimum » ou de « service garanti » ? Le rapport Mandelkern ne dit rien de précis, puisqu'à le lire le service de substitution doit être à la fois prévisible et garanti. Le juriste aimerait pouvoir trancher. Les débats parlementaires ajoutent souvent à la confusion. L'aide ne viendra pas du ministre des affaires sociales ; celui-ci « *tient* à dire, sans passion aucune, que, pour élaborer ce service minimum, le Gouvernement s'est inspiré, d'une part, des conclusions du rapport Mandelkern et, d'autre part, des bonnes pratiques, que vous reconnaissez, les uns et les autres »¹³¹². D'ailleurs, la veille, lors de la discussion générale sur le projet de loi, Xavier Bertrand avait d'emblée affirmé que « *nous sommes donc réunis cet après-midi pour débattre du projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, afin de mettre en place dans notre pays un service minimum en cas de grève* »¹³¹³. Le service prévisible est donc un service minimum. Pas tout à fait, selon Catherine Procaccia, qui affirmera quelques minutes après l'intervention du ministre, qu'à la lecture de ce projet de loi « *on s'aperçoit qu'il n'institue pas un service minimum au sens strict* »¹³¹⁴.

En réalité, le constat que nous pouvons faire, est que la terminologie n'est pas bien fixée, que toutes ces expressions, ne renvoient pas à des catégories juridiques précises. D'emblée, il paraît inutile de trancher ce débat. Il nous faudra, pour cela analyser le contenu et les modalités de mise en place des services de remplacement en cas de grève, pour éventuellement ensuite choisir une dénomination adéquate. Dans l'immédiat mieux vaut être aussi souple que l'est le juge administratif quant à la forme de la plupart des actes administratifs unilatéraux. Peut importe la forme dans l'immédiat, notre démarche à suivre sera de voir plutôt le fond. Contentons-nous pour l'instant de l'idée générale de service minimum et voyons plus en détail, toute la réalité que cela peut recouvrir.

¹³¹¹ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs*, Paris, juillet 2004, p. 90.

¹³¹² Intervention de Monsieur Xavier Bertrand, Ministre des affaires sociales, séance du mercredi 18 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 19 juillet 2007, p. 2461, 1^{ère} col.

¹³¹³ Intervention de Monsieur Xavier Bertrand, Ministre des affaires sociales, séance du mardi 17 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 18 juillet 2007, p. 2363, 2^{ème} col.

¹³¹⁴ Intervention de Madame Catherine Procaccia, rapporteure, séance du mardi 17 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 18 juillet 2007, p. 2367, 2^{ème} col.

890. – Présenté comme un « pis-aller » en 1999 par le sénateur Claude Huriet, dans son rapport sur la proposition de loi tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics¹³¹⁵, le service minimum au sens générique présente néanmoins des atouts qui ne doivent pas être écartés d'un revers de main. Il est certain que le service minimum n'est pas la panacée. Il n'est pas la solution miracle à la problématique de la conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public.

Le sénateur Huriet faisait le constat d'une possible dérive de l'utilisation de la notion. Il considérait que la généralisation du service minimum dans tous les services publics, notamment ceux en réseaux, pourrait générer des effets pervers. Le premier effet pervers relevé, était celui d'un recul au regard de ce qui existait déjà dans le secteur de l'énergie électrique. Dans ce secteur, l'instauration d'un service minimum comportant par principe une baisse de l'alimentation électrique du réseau, était perçue – à juste titre – comme une régression par rapport au dispositif instauré en 1988 par les notes Bénat et Daurès. Le deuxième effet pervers relevé par le sénateur Huriet résidait dans le risque de figer le service minimum à une certaine intensité de service, intensité basse par principe et sans forcément tenir compte des besoins des usagers du service public ou de la diversité des situations. Dans ce cas, le service minimum constituerait une carence supplémentaire à celle induite par la non réalisation du service normal.

Ce sont là des écueils réels dont notre réflexion sur le bienfondé du service minimum devra tenir compte. Mais il convient de remarquer que l'analyse du sénateur Huriet date d'une époque – pourtant pas si lointaine –, où le contexte des services publics était encore largement marqué par une gestion étatique et monopolistique. Notre étude est quant à elle marquée le contexte de l'ouverture des services publics en réseaux au marché concurrentiel. Sans doute les critiques du sénateur Huriet ont-elles encore leur pertinence dans ce nouveau contexte. Il convient toutefois de le vérifier. Plus globalement, une réflexion sur le service minimum nécessite dans ce nouveau contexte, d'analyser en profondeur la notion de service minimum, afin de bien cerner la réalité qu'elle recouvre. De plus, pour tenir compte des besoins des usagers et des spécificités de chaque secteur d'activité, la notion de service minimum doit être une notion dynamique, sans doute à géométrie variable, et non pas figée comme le craignait justement le sénateur Huriet. Ce caractère dynamique de la notion devrait permettre d'adapter le contenu du service minimum non seulement à chaque secteur d'activité,

¹³¹⁵ Sénat, rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales, sur la proposition de loi tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics, par M. Claude Huriet, sénateur, n° 194, 3 février 1999, 253 pp.

mais aussi plus précisément à chaque situation concrète. Il est certain que les difficultés pratiques de la mise en œuvre d'un service minimum sont réelles, et peuvent se révéler insurmontable dans certain cas.

891. – Aussi, dès 1999, il apparaissait nécessaire d'instaurer le service minimum par le biais d'un accord négocié. Claude Huriet écrivait en effet, « *il convient de souligner qu'il serait difficile d'instaurer un service minimum qui ne procéderait pas d'un accord négocié ou tout au moins d'un assentiment tacite des salariés de l'entreprise car les sanctions en cas de rejet massif du dispositif seraient difficiles à prendre : l'échec de réquisition, lors de la grève des mineurs de 1963, a durablement discrédité le recours à cette procédure. La mise en œuvre de multiples révocations à la suite d'un refus d'exécuter le service minimum irait souvent à l'encontre même du principe de continuité qu'il s'agit de défendre* »¹³¹⁶.

892. – Le contenu du service minimum sera d'abord présenté (§1.-), puis se sera au tour de ses modalités d'organisation (§2.-).

§1.- Le contenu du service minimum dans les grands services publics en réseaux

893. – Souvent utilisée, la notion de service minimum n'est pourtant pas bien établie sur le plan juridique. C'est même une notion particulièrement imprécise, tant elle est susceptible de recouvrir des réalités très différentes. Fondamentalement il s'agit toujours de maintenir en toute circonstance une activité minimale du service, mais l'intensité de cette activité minimale peut varier, si bien que les finalités poursuivies par le service minimum peuvent se révéler différentes. Par conséquent, le service minimum est une notion à géométrie variable. Selon que l'on fonde l'exigence de service minimum sur l'ordre public ou sur la satisfaction des besoins des usagers, la conception du service minimum que l'on adopte est restrictive ou extensive (A.-). De plus, le service minimum dans les grands services publics en réseaux est nécessairement différent de ce qu'il est dans l'administration. Aussi faut-il réfléchir à ce que devraient être les finalités du service minimum dans ces services en réseaux (B.-).

¹³¹⁶ Sénat, rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales, sur la proposition de loi tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics, par M. Claude Huriet, sénateur, n° 194, 3 février 1999, p. 37.

A.- Conceptions restrictive et extensive du service minimum

894. – La conception du service minimum est restrictive lorsqu'elle est fondée sur la préservation de l'ordre public (1.-), alors qu'à l'inverse, elle est extensive lorsqu'elle est fondée sur la satisfaction des besoins des usagers (2.-).

1.- Conception restrictive fondée sur la préservation de l'ordre public

895. – **Les contours de l'ordre public** – Dans l'arrêt *Léponse* du 28 novembre 1958, le Conseil d'État décline les contours de l'ordre public permettant de justifier la mise en place d'un service minimum en cas de grève. En effet, suivant la logique de l'arrêt *Dehaene*, le Conseil d'État précise tout d'abord que des limitations peuvent être apportées au droit de grève « *en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* » ; puis il ajoute que ces limitations prises par le gouvernement peuvent consister à interdire par avance l'usage du droit de grève « *aux personnels occupant des emplois "indispensables à la sécurité physique des personnes, à la conservation des installations et du matériel, ainsi qu'au fonctionnement des liaisons indispensables à l'action gouvernementale"* »¹³¹⁷. Sécurité et conservation du matériel d'une part, et action gouvernementale d'autre part sont donc au fondement de l'idée de service minimum. La jurisprudence a admis sur ces motifs la mise en place d'un service minimum dans des services publics très divers¹³¹⁸. En ce qui concerne plus spécialement les grands services publics en réseaux, la sécurité des personnes et des biens justifie l'existence d'un service minimum dans le service de la navigation aérienne¹³¹⁹ ou à

¹³¹⁷ CE, 28 novembre 1958, *Léponse*, R.D.P. 1959, p. 306, note Marcel WALINE ; D. 1959, p. 263, note Jean-Louis QUERMONNE ; A.J.D.A. 1958, I, p. 128, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

¹³¹⁸ En ce qui concerne la sécurité publique ce motif justifie le service minimum du groupement des contrôles radio-électriques du ministère de l'intérieur (Cf. : CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques*, Paul et Longin, req. n° 62.479 et 62.495, Rec. p. 80). Le service public de la santé exige de la même manière l'instauration d'un service minimum en cas de grève des personnels. La jurisprudence administrative se fonde sur ces impératifs liés à l'ordre public pour valider les mesures prises en ce sens par les gestionnaires dudit service public. Il s'agit tout autant d'assurer la continuité des soins que la continuité des prestations hôtelières fournies aux patients hospitalisés : Cf. : CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, Rec. p. 10 ; A.J.D.A. 1976, p. 576. – TA de Strasbourg, 8 avril 1980, *Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach*, Rec. p. 890. – TA de Montpellier, 9 avril 1980, *Syndicat départemental CFDT de l'Hérault*, Rec. p. 891.

¹³¹⁹ CE, Ass., 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, req. n° 38367 et 38368, Rec. p. 567 ; Dr. soc. 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; A.J.D.A. 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT. – CE, Sect., 19 janvier 1962, *Sieur Bernardet et autres*, req. n° 51.716, Rec. p. 49 ; D. 1962, p. 202, note Claude LECLERCQ. – CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des*

Aéroports de Paris¹³²⁰, de façon à ne pas bloquer brutalement tout le trafic aérien. De même, la sécurité du service postal exige le maintien, même en cas de grève, d'une surveillance des recettes des centres postaux¹³²¹. Enfin, la sécurité des personnes, la sécurité publique, la conservation du matériel et la défense nationale justifient explicitement, dans un arrêté du 5 juillet 1990,¹³²² le maintien d'un service minimum d'alimentation électrique à l'égard de certains secteurs d'activité (hôpitaux, cliniques, laboratoires, éclairage et signalisation sur la voie publique, industries sensibles) considérés comme usagers prioritaires lorsque des délestages sont nécessaires sur le réseau électrique, quelle qu'en soit les raisons, la grève étant l'une d'entre elles.

896. – La sécurité du service – Faisant l'analyse de ce cadre juridique, un auteur en déduit que la sécurité est la seule et unique finalité du service minimum. Selon Marcel Picquemat, en effet, « *il faut que le service minimum soit motivé exclusivement par des impératifs de sécurité.* » Il précise le contenu de la notion de sécurité : « *Il doit s'agir des mesures intéressant soit la sécurité physique des citoyens, qu'ils soient usagers ou tiers au service, soit le maintien en état de marche de l'outil de production, lorsqu'il s'agit de la production de biens matériels ou d'énergie pour lesquels un défaut d'entretien minimum pourrait être préjudiciable.* »¹³²³ En réalité, la conservation des installations et du matériel dépasse largement la production de biens ou d'énergie ; dès lors qu'un matériel sensible, sophistiqué est mis en œuvre par le service public, sa conservation en état de marche est un impératif, tant pour des raisons liées à la sécurité du service lorsque ce matériel sera de nouveau mis en œuvre, mais aussi pour des raisons liées au bon usages des deniers publics. La jurisprudence est surtout fournie en ce qui concerne le domaine médical¹³²⁴, mais elle est transposable dans la plupart des grands services publics en réseaux, car outre la production d'énergie électrique ou gazière, le

études et de l'exploitation de l'aviation civile, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, *Somm.* p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.

¹³²⁰ CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, req. n° 3.012, *Rec.* p. 175 ; *A.J.D.A.* 1978, p. 49, note F.H. ; et p. 228, note Joël-Yves PLOUVIN ; *Dr. soc.* 1977, p. 252, note Jean MASSOT ; *R.D.P.* 1977, p. 916, n°13, obs. Roland DRAGO.

¹³²¹ CE, 1^{er} juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des Postes et Télécommunications CGT*, *Dr. adm.* 1984, n°323 ; *R.F.D.A.* 1988, p. 850.

¹³²² Arrêté du 5 juillet 1990 *fixant les consignes générales de délestages sur les réseaux électriques*, *J.O.R.F.* du 31 juillet 1990, p. 9213.

¹³²³ PICQUEMAL (Marcel), « Dans le service public : du service fait à la limitation du droit de grève », *Dr. ouvr.* 1978, p. 242.

¹³²⁴ CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, *Rec.* p. 10 ; *A.J.D.A.* 1976, p. 576. – TA de Montpellier, 9 avril 1980, *Syndicat départemental CFDT de l'Hérault*, *Rec.* p. 891. – TA de Strasbourg, 8 avril 1980, *Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach*, *Rec.* p. 890.

transport ferroviaire, le transport aérien ainsi que les télécommunications nécessitent un matériel sophistiqué en parfait état de fonctionnement. L'observation de Marcel Piquemal faisant de la sécurité le fondement exclusif du service minimum est renforcée tant par le fait que la jurisprudence judiciaire fonde le service minimum dans le secteur privé par l'exigence de sécurité¹³²⁵, mais aussi par la constitutionnalisation de celle-ci en 1980¹³²⁶. Toutefois, l'ordre public suppose aussi selon le Conseil d'État que soit assuré le service indispensable à l'action gouvernementale.

897. – L'action gouvernementale – Une autre des finalités du service minimum est donc l'efficacité de l'action gouvernementale. La continuité des services indispensables à l'action gouvernementale a été entérinée par le juge administratif pour justifier la mise en place d'un service minimum. Dans la plupart des cas, il s'agit de services administratifs¹³²⁷. Parmi eux, le service des télécommunications, qui a longtemps été qualifié de service public administratif, mais considéré par ailleurs comme un des grands services publics en réseaux a été jugé comme indispensable à l'action gouvernementale¹³²⁸. Et il n'est pas exclu que d'autres services publics en réseaux, tels le service postal ou la production d'énergie, mais aussi le contrôle de la navigation aérienne puissent se voir imposer un service minimum pour des raisons tenant à la continuité de l'action gouvernementale. Pourtant nous verrons que ce qui justifie l'obligation de continuité dans ces services, ce n'est pas tant leur contribution à l'action

¹³²⁵ Un service minimum peut être mis en place dans un internat accueillant des enfants atteints de troubles du comportement, pour des raisons liées à la sécurité de ces enfants : Cf. : Cass. soc., 1^{er} juillet 1985, *Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Gard c./Syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux du Gard, Delafont et autres*, Dr. ouvr. 1986, p. 311. De même, un service minimum peut être organisé dans une entreprise fabriquant des produits chimiques dangereux, pour des raisons évidentes de sécurité tant des personnels que de l'environnement : Cf. : Cass. soc., 16 novembre 1993, *Société Atochem c./Aifa et autres*, Dr. soc. 1994, pp. 54-55.

¹³²⁶ Cons. const., Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Examen de la loi sur la protection et contrôle des matières nucléaires*, Rec. p. 42 ; D. 1981, note FRANCK ; Dr. soc. 1980, p. 441, note TURPIN ; R.D.P. 1980, p. 1652, note Louis FAVOREU. – Cf. : aussi supra, chapitre 3.

¹³²⁷ Ainsi, l'interruption du fonctionnement des services extérieurs de la direction générale des douanes et droits indirects serait de nature à compromettre l'action gouvernementale : Cf. : CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et Syndicat national des agents de direction de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer*, req. n° 65.845 et 66.040, Rec. p. 596. De même, les fonctions de chef de bureau d'administration centrale, constituent un élément essentiel de la mise en œuvre des pouvoirs dévolus à l'autorité gouvernementale ; tout comme les fonctions de chauffeurs et de standardistes d'administration centrale, dont il n'est pas prouvé qu'ils ne sont pas nécessaires à la continuité de l'action gouvernementale : Cf. : CE, 22 novembre 1968, *Syndicat chrétien de l'administration centrale des Affaires sociales*, req. n°72.940, Rec. p. 583.

¹³²⁸ CE, 28 novembre 1958, *Lépouse*, R.D.P. 1959, p. 306, note Marcel WALINE ; D. 1959, p. 263, note Jean-Louis QUERMONNE ; A.J.D.A. 1958, I, p. 128, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.

gouvernementale, mais plutôt leur contribution à la cohésion sociale du pays. D'ailleurs dans un secteur assez proche, celui du transport fluvial, le Conseil d'État a déjà jugé que la grève des agents du canal de la Moselle ne met pas en péril l'action gouvernementale ou l'ordre public, et que par conséquent il ne s'agissait pas d'un service dont la continuité serait indispensable à ce titre¹³²⁹. Serait-ce à dire que seuls les services dont la continuité est indispensable à la sauvegarde de l'ordre public en général peuvent se voir imposer un service minimum en cas de grève ? C'est ce que prétendent les tenants de la conception restrictive ou minimaliste du service minimum. Or c'est cette conception minimale qui a été retenue par le législateur en 1984 lorsqu'il a imposé un service minimum dans le service de la navigation aérienne¹³³⁰. Si bien qu'en définitive, à bien y réfléchir, le service minimum dans les services publics aurait la même justification (atteinte à l'ordre public) que la réquisition. Au fond, on retrouve alors cette idée ancienne selon laquelle la continuité du service public, et partant le service minimum, est un moyen de sauvegarde de « l'institution-État »¹³³¹. Cependant, comme le pense le professeur Philippe Terneyre, « *une vision aussi restrictive de la continuité du service public en cas de grève qui révèle une conception archaïque des besoins économiques et sociaux du pays et surtout un certain mépris à l'égard de l'usager, n'est plus aujourd'hui acceptable.* »¹³³² La satisfaction des besoins des usagers du service public justifie aussi la mise en place d'un service minimum.

2.- La conception extensive fondée sur la satisfaction des besoins des usagers

898. – Un ordre public incluant la satisfaction des besoins des usagers – Dans les années 1960 la notion de satisfaction des besoins des usagers du service public n'était pas totalement absente de la réflexion sur le service minimum, mais ce n'était pas sans équivoque puisqu'elle était intégrée dans la notion d'ordre public. Le commissaire

¹³²⁹ CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres*, req. n° 18.482, *Rec.* p. 45 ; *A.J.D.A.* 1981, p. 453, note S.S. ; *D.* 1981, IR, p. 286, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *Dr. soc.* 1981, p. 412, concl. Bruno GENEVOIS.

¹³³⁰ 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*, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

¹³³¹ DUPIE (Agnès), « Le principe de continuité des services publics », in *Sur les services publics*, Paris, Economica, 1982, p. 39.

¹³³² TERNEYRE (Philippe), « Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève ? », *Dr. soc.* 1989, p. 805.

du gouvernement Louis Bertrand fut l'un des principaux artisans de cette équivoque savamment entretenue. En effet, concluant sur l'arrêt du 23 octobre 1964¹³³³, après avoir déclaré que la grève est toujours « *une atteinte à l'ordre public, dont le maintien est lié au fonctionnement continu des services publics* », il précise que dans les services publics industriels et commerciaux la grève des agents provoque « *dans presque tous les cas des désordres graves, du seul fait que la mission assumée par ces services répond à des besoins essentiels de la population* »¹³³⁴. Deux ans plus tard Louis Bertrand récidive en affirmant ceci : « *Nous n'hésiterons pas à ranger encore parmi les services dont le fonctionnement continu à un certain niveau fait partie intégrante du maintien de l'ordre public, tous ceux des services industriels dont l'activité est vitale pour l'économie du pays et répond aux besoins fondamentaux de la population.* »¹³³⁵ Enfin, en 1968 dans ses conclusions sur l'arrêt du 13 juillet¹³³⁶, il précise que la continuité doit être comprise comme étant « *nécessaire pour pourvoir aux exigences de l'ordre public largement entendu* »¹³³⁷, c'est-à-dire qu'il veut intégrer dans cet ordre public élargi la satisfaction des besoins essentiels de la population.

899. – Un risque certain de confusion – Mais concevoir de façon aussi large l'ordre public n'était pas une solution satisfaisante pour justifier la mise en œuvre d'un service minimum. Tout d'abord cela limitait potentiellement la possibilité d'instaurer un service minimum, puisque seul un service très réduit, restreint aux nécessités de l'ordre public était envisageable. Ensuite, cela risquait d'entretenir une confusion entre service minimum et réquisition, puisque dans les deux cas le fondement juridique aurait été la satisfaction des besoins de la population restreinte aux nécessités de l'ordre public. Il est vrai que l'effet de la réquisition des grévistes a pour effet d'assurer un service minimum. Mais nous pensons qu'il faut se garder d'assimiler le service minimum résultant d'une réquisition au service minimum organisé par avance dans un service

¹³³³ CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, req. n° 56.194, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; *R.D.P.* 1965, p. 700, note Marcel WALINE.

¹³³⁴ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *R.D.P.* 1964, p. 1217.

¹³³⁵ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques Paul et Longin*, et sur CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *R.D.P.* 1966, pp. 328-329.

¹³³⁶ CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Rec.* p. 444 ; *R.D.P.* 1968, p. 1094, concl. Louis BERTRAND ; *A.J.D.A.* 1968, p. 271, chron. Jean-Louis DEWOST et Renaud DENOIX de SAINT-MARC.

¹³³⁷ BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *R.D.P.* 1968, p. 1099.

public en grève. Car on risquerait alors de réduire la portée du service minimum, et en conséquence d'affaiblir l'idée de continuité du service public en cas de grève.

900. – Satisfaire le minimum de besoin de la population – Partant du postulat selon lequel la continuité du service public est en grande partie justifiée par le souci de la cohésion sociale, et non pas uniquement liée au maintien de l'ordre public – postulat que nous vérifierons de façon plus précise ultérieurement –, nous pouvons alors affirmer que le service minimum, qui est un moyen d'assurer la continuité du service public, est un moyen de préserver la cohésion sociale. Par conséquent, et c'est là où nous voulons en venir, le service minimum ne se réduit pas au maintien du service strictement nécessaire à l'ordre public ; il vient surtout satisfaire le minimum de besoins de la population.

901. – L'écho des lois – Or, cette conception élargie du service minimum a été consacrée dans les lois relatives au service public de la radiodiffusion et de la télévision, en 1972, 1974, 1979, 1986 et 1989. Ainsi, dans la loi du 3 juillet 1972¹³³⁸, cette prise en considération des besoins des usagers pour la mise en place d'un service minimum en cas de grève résulte d'une articulation des dispositions au sein même de la loi. À l'article 1^{er}, tout d'abord, la loi dispose que « *Le service public national de la radiodiffusion-télévision française assume, dans le cadre de sa compétence, la mission de **répondre aux besoins et aux aspirations de la population**, en ce qui concerne l'information, la culture, l'éducation, le divertissement et l'ensemble des valeurs de civilisation.* » Ensuite, l'article 11, alinéa 3, dispose qu'« *En cas de cessation concertée du travail, la continuité des éléments du service essentiels à l'accomplissement des différentes missions définies à l'article 1^{er} doit être assurée par chacune des chaînes de radiodiffusion et de télévision.* ». Il n'y a pas de référence, même implicite à l'ordre public. Celui-ci semble étranger à la mise en œuvre du service minimum. Ni la loi de 1974¹³³⁹, ni ensuite celle de 1979¹³⁴⁰ ne remettent en cause cette conception du service minimum à la radio et à la télévision. Il en va de même dans la loi de 1986¹³⁴¹ toujours en vigueur. On se souvient d'ailleurs que la loi du 26 juillet 1979 fut l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'ouvrir sa jurisprudence à la problématique du droit de grève dans les services publics. Or dans

¹³³⁸ Loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 portant statut de la radiodiffusion-télévision française, *J.O.R.F.* du 4 juillet 1972, p. 6851.

¹³³⁹ Loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision, *J.O.R.F.* du 8 août 1974, p. 8355.

¹³⁴⁰ Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 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, *J.O.R.F.* du 27 juillet 1979, p. 1950.

¹³⁴¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.R.F.* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

sa décision du 25 juillet 1979, le Conseil de la rue de Montpensier a admis que le service minimum soit déterminé en fonction des besoins essentiels du pays et non pas uniquement en fonction des nécessités de l'ordre public. Il faut en effet se rappeler qu'il juge que les limitations au droit de grève « *peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ;* »¹³⁴²

902. – Une dialectique – Bien évidemment ce qui est valable pour le service public de la radio et de la télévision est valable pour les autres services publics, dès lors qu'ils répondent à des besoins essentiels de la population. On conçoit parfaitement bien que les grands services publics en réseaux répondent à de tels besoins, que d'aucun pourrait d'ailleurs juger plus essentiels que ceux assouvis par la télévision ou la radio. Sans aller jusqu'à consacrer un droit des usagers à la continuité du service public, bien que la question mérite d'être posée de nouveau¹³⁴³, la conciliation entre le droit de grève et le principe de continuité est un moyen d'assurer la satisfaction des besoins essentiels de la population. Le professeur Léo Hamon soulignait à ce propos que cette conciliation est en réalité une dialectique qui « *est d'une certaine manière inhérente à la démocratie, à condition que son résultat laisse à la nation le minimum de commodités nécessaires à un état donné de civilisation [...]* »¹³⁴⁴.

903. – Un corollaire – Incontestablement parler de « *commodités nécessaires à un état donné de civilisation* », c'est aller beaucoup plus loin que les seules nécessités de

¹³⁴² Cons. const., Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Examen de la loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A. 1979, n°9, p. 46 ; R.D.P. 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; D. 1980, p. 101, note PAILLET ; A.J.D.A. 1980, p. 191, note LEGRAND ; J.C.P. 1981.II.19547, note BEGUIN ; Dr. soc. 1980, p. 7.

¹³⁴³ Sur ce point il existe, semble-t-il, un malentendu. La doctrine a refusé de consacrer un droit à la continuité du service public au profit des usagers, de crainte que cela ne puisse justifier la suppression du droit de grève reconnu aux agents des services publics. Or, il est constant aujourd'hui, surtout après la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 du Conseil constitutionnel, que la continuité du service public, ne signifie pas suppression de droit de grève, mais conciliation de celui-ci avec celle-là. Or la continuité étant un principe à valeur constitutionnel à la même enseigne que le droit de grève, son respect est tout aussi essentiel que ne l'est le respect du droit de grève. Si consacrer un droit à la continuité du service public, c'est tout simplement assurer de façon plus efficace le principe de continuité, pourquoi ne pas le consacrer ? En aucun cas il ne s'agit de consacrer un droit au maintien du service public. Sur le plan juridique, aucun n'obstacle ne semble s'opposer à consacrer un tel droit ; d'ailleurs nombreux sont les auteurs qui y font clairement référence. Mais la question, on le sait bien, est surtout d'ordre politique.

¹³⁴⁴ HAMON (Léo), « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l'arbitrage ? », D. 1980, chron. p. 336.

l'ordre public. D'ailleurs, ces dernières années, la réflexion générale sur le service minimum a pris appui sur une telle conception élargie du fondement juridique. Les diverses propositions de loi déposées sur ce thème ces dix dernières années, n'évoquent jamais, même implicitement l'ordre public. En revanche, y sont largement invoqués, le principe de continuité du service public¹³⁴⁵, le droit d'accès au service public¹³⁴⁶, et plus spécialement lorsqu'il s'agit de service public de transport, le droit au travail¹³⁴⁷ et la liberté d'aller et venir¹³⁴⁸. Il en va de même de la loi du 21 août 2007, laquelle dans son article 1^{er} dispose que les services publics de transport terrestres réguliers de voyageurs permettent la mise en œuvre des principes constitutionnels de liberté d'aller et venir, de liberté d'accès aux services publics notamment sanitaires, sociaux et d'enseignement, de liberté du travail et de liberté du commerce et de l'industrie. Le législateur ose ainsi assigner de nouvelles finalités au service minimum dans les services publics. Ce qui, d'un point de vue purement juridique, se reflètera par la conciliation entre le droit de grève et de nombreux droits et principes constitutionnels, la continuité du service en étant alors le corollaire et non plus forcément un but en soi.

B.- Les finalités d'un service minimum dans les grands services publics en réseaux

904. – Au-delà de l'ordre public – La mise en place d'un service minimum dans les grands services publics en réseaux ne peut pas en effet se fonder seulement sur les nécessités de l'ordre public. Sinon, cela reviendrait concrètement à n'assurer que les liaisons aériennes gouvernementales, à alimenter en électricité ou en gaz les seuls lieux publics et particulièrement les administrations régaliennes, ou n'acheminer que le courrier et les communications émanant des administrations. Or, ces grands services

¹³⁴⁵ Pour exemples : Sénat, Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Philippe Arnaud et autres, sénateurs, n° 98, séance du 3 décembre 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service minimum dans les transports publics en cas de grève*, présentée par M. Francis Delattre, député, n° 1181, séance du 4 novembre 2003.

¹³⁴⁶ Pour exemple : Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti à l'ensemble du service public*, présentée par M. Jean-Michel Bertrand et autres, députés, n° 973, séance du 25 juin 2003.

¹³⁴⁷ Pour exemple : Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti destiné à maintenir la continuité des services publics en cas de grève*, présentée par M. Robert Lecou, député, n° 1401, séance du 4 février 2004.

¹³⁴⁸ Sénat, Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Philippe Arnaud et autres, sénateurs, n° 98, séance du 3 décembre 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Christian Blanc et autres, députés, n° 1230, séance du 18 novembre 2003.

publics en réseaux servent en temps normal autant la vie administrative que la vie économique et sociale du pays. Dès lors, la définition du service minimum ne peut pas se passer d'une prise en compte des besoins des usagers.

905. – Le cas de l'énergie électrique – Cette prise en considération des besoins collectifs avait largement motivé, à la fin des années 1980', l'instauration du service minimum à EDF par les notes internes de la direction de l'entreprise publique¹³⁴⁹. Lors des grèves de 1987 au cours desquelles le réseau national avait été largement délesté, ce qui avait entraîné alors de nombreuses coupures de courant prolongées et donc impopulaires dans toutes les couches de la société, les agents de l'établissement public avait pris conscience qu'à notre époque et dans notre société moderne, l'électricité était devenue un bien particulièrement important pour la population toute entière, tant la vie quotidienne est fondée sur cette énergie. L'ensemble de la société française ne souffrait plus, dès cette époque d'être bloquée par des délestages occasionnés par des mouvements de grève. On imagine volontiers ce que serait l'état social du pays si la grève des agents électriciens ne rendait l'énergie électrique disponible que deux heures par jour ! Sans aucun doute, l'énerverment général de la population mettrait à court terme l'ordre public en péril, et d'un point de vue économique le pays entrerait dans une très grave crise¹³⁵⁰.

906. – Les deux piliers du service minimum – Nous pensons donc que le service minimum institué dans un grand service public en réseau doit reposer sur les deux fondements précédemment analysés : l'ordre public et les besoins essentiels de la population. Ce sont eux qui doivent guider l'élaboration des finalités assignées au service minimum dans ces services.

907. – La géométrie variable du service minimum – Dès lors qu'il repose sur ces deux piliers que sont l'ordre public et les besoins essentiels de la population, le service minimum peut être pensé comme une notion à géométrie variable. Si le service minimum correspond uniquement à un niveau minimum d'intensité du service public, ce minimum

¹³⁴⁹ Il s'agit des notes dites « Daurès » et « Bénat ». Plus précisément, M. Bénat, Directeur de la Production et du transport d'EDF, a pris, le 12 décembre 1988 une première note réglementant l'exercice du droit de grève des agents rattachés à la Direction Production Transport (Cette note a été reprise et développée dans une note plus large le 27 octobre 1989). Un dispositif similaire a été édicté, le 10 octobre 1990, par le Directeur de la distribution de l'époque, M. Daurès.

¹³⁵⁰ Sans courant électrique, plus de billetterie automatique dans les banques, plus de caisses enregistreuses et de carte bleues dans les commerces, plus de pompes à essence, plus d'outils industriels. La seule parade serait constituée par les générateurs électriques fonctionnant au gasoil.

risque fort de ne tenir compte que des nécessités de l'ordre public. C'est certes un moindre mal, mais ce n'est pas suffisant compte tenu des enjeux sociaux auxquels répond normalement le service public. Au mieux, le service minimum à intensité fixe ne viendrait satisfaire que le minimum des besoins essentiels de la population. C'est important, fondamental même. Mais il ne faut pas oublier que le service minimum est la conséquence de la grève des agents du service public. Or, l'intensité d'une telle grève est variable, sa conséquence directe, le service minimum doit donc varier inversement. Plus il y a d'agents grévistes, plus le service sera réduit, et inversement. Le service minimum est donc fonction d'un curseur qui se déplace entre zéro et un exclus. Puisque l'objectif du service minimum c'est d'assurer le plus possible de besoins collectifs essentiels avec les moyens disponibles, il faut que son intensité puisse varier en fonction du nombre d'agents non-grévistes. On ne peut admettre qu'un petit nombre de grévistes paralyse la quasi-totalité du service public. Mais ce curseur rencontre nécessairement deux butées. Au maximum, première butée, le service minimum ne pourra pas être un service normal. C'est là une exigence constamment rappelée par la jurisprudence¹³⁵¹, notamment par le Conseil constitutionnel¹³⁵². Nous pensons donc, comme Philippe Terneyre que « *si le service minimum doit être fixé par rapport aux besoins essentiels des usagers et par référence au service normal, il n'autorise nullement le chef de service à prédéterminer ce service à un niveau comparable à celui du service normal.* »¹³⁵³ Au minimum, seconde butée, le service minimum se situe à un niveau incompressible de fonctionnement réduit du service. Ce niveau incompressible, ce socle, répond à la fois aux nécessités de l'ordre public, et aux besoins essentiels de la population. Ce niveau de service est alors garanti quelle que soit l'ampleur de la grève qui touche le service public. L'appellation de « service garanti » est fréquemment utilisée actuellement. On note à cet égard que plusieurs des propositions de loi de ces dernières années incluaient la notion dans leurs intitulés respectifs¹³⁵⁴. De plus, le rapport de la commission

¹³⁵¹ Ainsi par exemple le TGI d'Aix-en-Provence juge « *qu'il apparaîtrait incompatible avec le droit de grève qu'EDF impose un fonctionnement de sa centrale à pleine puissance.* » Cf. : TGI d'Aix-en-Provence, Référé, 18 décembre 1995, *EDF c./Naselli et autres*, *Dr. ouvr.* 1996, p. 402.

¹³⁵² Le Conseil constitutionnel considère que les dispositions de la loi instituant un service minimum dans l'audiovisuel « *n'autorise nullement à ce que, par l'institution d'un service normal et non d'un service minimal, il puisse être fait obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où sa limitation ou son interdiction n'apparaissent pas justifiées.* » Cf. : Cons. const., Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 79, *Rec.* p. 141 ; *A.J.D.A.* 1986, p. 102, note Patrick WACHSMANN.

¹³⁵³ TERNEYRE (Philippe), « Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève ? », *Dr. soc.* 1989, p. 806.

¹³⁵⁴ Ass. Nat., Proposition de loi constitutionnelle *visant à permettre aux autorités organisatrices de transport de mettre en œuvre le service garanti*, présentée par M. Michel Hunault, député, n° 1879, séance du 20 octobre 2004. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti destiné à maintenir la continuité des services publics en cas de grève*,

Mandelkern¹³⁵⁵ de 2004 l'utilise également. En revanche, la loi du 21 août 2007 ne fait pas référence à la notion de service garanti dans son intitulé¹³⁵⁶ ; elle fait en revanche mention de ce niveau minimum incompressible de service dans la définition des dessertes prioritaires par l'autorité organisatrice des transports¹³⁵⁷.

908. – Quelle intensité de service garanti ? – La définition du contenu du service garanti est épineuse. Et c'est d'ailleurs là que se concentre tout le débat. Quel niveau d'intensité de service adopter ? Quels besoins essentiels satisfaire ? Cette définition est, en réalité, propre à chaque type de service public.

909. – Les transports – Dans les transports publics urbains et régionaux, notamment ferroviaire pour ce qui concerne notre étude, c'est-à-dire ceux des services qui permettent au plus grand nombre de travailleurs des agglomérations de se rendre à leur travail, la pensée dominante est que le service doit fonctionner normalement en début et en fin de journée, dans le but d'assurer les liaisons domicile-travail de la majorité des travailleurs urbains. La plupart des récentes propositions de loi précitées envisageait le service garanti de la sorte dans ces services, approuvé par certains députés¹³⁵⁸, lors du débat organisé à l'Assemblée nationale le 9 décembre 2003. En dehors de ces plages horaires, le trafic pourrait être totalement bloqué ou très réduit. Dans les autres types de transport, que ce soit le transport aérien, le transport ferroviaire interrégional ou le transport maritime, le service minimum garanti consisterait à assurer un minimum de fréquences parmi celles habituellement assurées. Le choix n'est pas toujours facile, à opérer, et suppose de tenir compte de nombreux facteurs. Ainsi notamment, le rapport

présentée par M. Robert Lecou, député, n° 1401, séance du 4 février 2004. – Sénat, Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Philippe Arnaud et autres, sénateurs, n° 98, séance du 3 décembre 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Christian Blanc et autres, députés, n° 1230, séance du 18 novembre 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti à l'ensemble du service public*, présentée par M. Jean-Michel Bertrand et autres, députés, n° 973, séance du 25 juin 2003.

¹³⁵⁵ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports*, Paris, juillet 2004, 117 pp.

¹³⁵⁶ Dans son commentaire de la loi, le professeur Fabrice Melleray note ainsi que l'expression « service minimum » est absente tant du texte même de la loi que de son exposé des motifs. Cf. : MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *A.J.D.A.* 2007, pp. 1752-1755.

¹³⁵⁷ Article 4, I, de la loi 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹³⁵⁸ Tel Patrick Ollier : « *Il convient donc de s'orienter vers un service garanti qui prévoit l'obligation de maintenir un trafic normal aux heures de pointe, [...]* » ; Cf. : Ass. Nat., 1^{ère} Séance du mardi 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* 2003, p. 11937.

Mandelkern précité suggérait que l'on tienne compte des facteurs géographiques, démographiques et de la part habituelle des transports publics dans les déplacements quotidiens de la population, des équilibres économiques et sociaux¹³⁵⁹.

La loi du 21 août 2007 reste dans cette logique, puisqu'elle laisse aux autorités organisatrices des transports le soin de déterminer les dessertes prioritaires, et aux entreprises de définir seules le plan de transport et de négocier avec les syndicats le plan de prévisibilité du trafic en cas de perturbation. Le plan de transport mis au point par l'entreprise délégataire doit être adapté aux dessertes prioritaires définies par l'autorité organisatrice de transport ; ce plan doit préciser, pour chaque niveau de service, les plages horaires et les fréquences à assurer¹³⁶⁰. Quant à l'accord collectif de prévisibilité du service, il est donc applicable en cas de perturbation prévisible du trafic ou en cas de grève. Selon les termes de la loi, cet accord recense, par métier, fonction et niveau de compétence ou de qualification, les catégories d'agents et leurs effectifs, ainsi que les moyens matériels, indispensables à l'exécution, conformément aux règles de sécurité en vigueur applicables à l'entreprise, de chacun des niveaux de service prévus dans le plan de transport adapté. Il fixe également les conditions dans lesquelles, en cas de perturbation prévisible, l'organisation du travail est révisée et les personnels disponibles réaffectés afin de permettre la mise en œuvre du plan de transport adapté. La loi précise alors, qu'en cas de grève, les personnels disponibles sont les personnels de l'entreprise non-grévistes¹³⁶¹. La principale limite de la loi réside en ces quelques mots : elle instaure une sorte de service minimum, certes, mais celui-ci reste facultatif, dans la mesure où si le nombre des agents non-grévistes n'est pas suffisant, ce service minimum ne sera pas organisé. À ce titre, le professeur Jean-Emmanuel Ray estime que la loi « *reste éloignée d'un véritable service minimum, et ne garantit aucune véritable continuité.* »¹³⁶² Nous pensons, comme le professeur Philippe Terneyre¹³⁶³, que la loi n'a pas souhaité créer autoritairement un service minimum, ce qui aurait impliqué, le cas échéant, de donner aux directions d'entreprises de transport un pouvoir de requérir du

¹³⁵⁹ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports*, Paris, juillet 2004, p. 97.

¹³⁶⁰ Article 4, II, de la loi 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹³⁶¹ Article 5, I, de la loi 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹³⁶² RAY (Jean-Emmanuel), « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.* 2007, p. 1220.

¹³⁶³ TERNEYRE (Philippe), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : laboratoire d'une ambition plus vaste ou expérience isolée ? », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, décembre 2007, Etude 4, pp. 391-398, spéc. p. 394, § n° 21.

personnel gréviste, mais d'arriver à un résultat similaire par le dialogue social, la négociation, et au fond par une prise de conscience réciproque des enjeux du service public.

910. – *Le service postal* – En matière postale, un service minimum garanti pourrait concerner les fréquences de distribution du courrier ; auquel cas il faut raisonner en nombre de jours de distribution du courrier par semaine, puisque s'il s'agissait d'assurer une distribution par jour cela reviendrait à assurer en réalité un service normal. Par ailleurs, ce service minimum garanti devrait aussi assurer l'ouverture d'un minimum de guichets par bureau de poste. De même que la collecte du courrier aux divers points de contacts publics devraient être assurée ; sans compter un traitement réduit mais non bloqué du courrier dans les centres de tri, et l'acheminement normal des courriers recommandés.

911. – *La moindre pertinence dans l'énergie* – Enfin, on ne peut pas nier que le service minimum garanti est beaucoup moins adapté dans le secteur de l'énergie (électrique ou gazière) et dans les télécommunications. Dans le premier cas, l'énergie concourt à satisfaire des besoins vitaux, si bien qu'en priver la population devient indécent. Quant au deuxième cas, si on peut imaginer vivre sans téléphone (si ce n'est pour les numéros d'urgence qui doivent être toujours disponibles), techniquement la grève des agents ne justifie pas en soi des coupures de lignes. En réalité dans ces deux derniers secteurs, le service minimum doit concerner la conservation des installations et du matériel ; mais sans que par ailleurs il n'y ait d'incidence pour les usagers, à l'égard desquels le service sera normal. Par conséquent c'est à un service minimum réduit que les agents doivent être astreints.

912. – Lorsque le contenu du service minimum aura été déterminé en fonction des finalités qui lui sont assignées, son organisation concrète, notamment au regard de la situation des grévistes doit être examinée.

§2.- L'organisation du service minimum dans les grands services publics en réseaux

913. – L'organisation du service minimum suppose tout d'abord de déterminer les modalités pratiques applicables aux personnels grévistes requis pour assurer ce service

(A.-). Mais c'est ensuite déterminer le support juridique de cette organisation, c'est-à-dire l'autorité compétente pour décider et mettre en œuvre le service minimum (B.-).

A.- Les modalités pratiques du service minimum à l'égard des grévistes

914. – Le non-remplacement des grévistes – Lorsqu'il est mis en place, le service minimum ne peut fonctionner qu'avec le personnel habituel du service public en cause. Il est rare, voire impossible d'utiliser du personnel de remplacement. Ceci résulte aussi bien d'exigences pratiques que d'exigences légales, réglementaires ou jurisprudentielles. D'un point de vue pratique, la jurisprudence n'a jamais manqué de souligner, à propos des agents des industries électriques et gazières, qu'il était impossible, lorsque ceux-ci étaient en grève, de les remplacer par un personnel suffisamment qualifié¹³⁶⁴. L'exigence de compétence technique des agents des services en réseaux chargés de mettre en œuvre les moyens techniques propres à ces réseaux, résulte de textes réglementaires imposant des qualifications et des formations précises. Pour ne donner que quelques exemples emblématiques, les métiers de conducteurs de centrales électriques, de conducteurs de trains, de pilotes de ligne, d'hôtesse de l'air, exigent des compétences particulières acquises au cours de parcours de formation spécifique. Dès lors, le remplacement de ces agents s'avère difficile voire impossible. Il est vrai cependant, qu'il est a priori plus aisé de remplacer le personnel commercial (guichetiers) ou le personnel de manutention. Car les exigences de qualifications sont moindres, n'étant pas justifiées par des impératifs de sécurité technique.

Mais le remplacement des grévistes dans ces métiers est rendu largement impossible par le code du travail. En effet, d'une part son article L. 1251-10, 1^o¹³⁶⁵, dispose que les salariés des entreprises de travail temporaire ne peuvent pas être utilisés pour remplacer du personnel gréviste ; d'autre part, son article L. 1242-6, 1^o¹³⁶⁶ empêche les entreprises de recruter du personnel au moyen de contrats à durée déterminée pour remplacer temporairement des grévistes. Peu importe le régime juridique auquel sont soumis les contrats de travail des agents grévistes « remplacés ».

¹³⁶⁴ Cass. ch. mixte, 4 février 1983, *Société de boulonnerie et visserie de Sablé et autres c./EDF*, Bull. civ. V, n° 1 et 2 ; D. 1984, IR, p. 165, obs. GOINEAU ; Dr. soc. 1983, p. 627, note VINEY ; R.F.D.A. 1988, p. 850. – CA d'Angers, 9 mai 1990, *GAEC de Champverneux c./EDF*, C.J.E.G. 1991, p. 72, note Christian BINET. – Cass. civ., 24 janvier 1995, *Société Héliogravure Jean Didier c./EDF*, R.J.S. 6/95, p. 450, n° 691.

¹³⁶⁵ Ancien article L. 124-2-3, 1^o, du code du travail.

¹³⁶⁶ Ancien article L. 122-3 du code du travail.

Ainsi par exemple, si La Poste peut en vertu de l'article 31 de la loi du 2 juillet 1990 recruter du personnel contractuel pour compléter ces effectifs, principalement composés de personnels fonctionnaires, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a pu juger en 1998 que cet article 31 de la loi du 2 juillet 1990 « *n'autorisait pas La Poste à recourir à un tel procédé pour faire obstacle à l'exercice du droit de grève reconnu à ses agents comme aux salariés de droit privé, dès lors que cet objectif était prohibé par les dispositions d'ordre public de l'article L. 122-3, 1^o, du Code du travail applicable aux contrats litigieux* »¹³⁶⁷. Comme le souligne Michel Miné, « *le raisonnement de la chambre civile apparaît soutenu par la volonté de faire respecter le droit de grève, droit constitutionnellement reconnu* »¹³⁶⁸. Et c'est sans aucun doute cette même volonté qui a motivé la Cour administrative d'appel de Nancy lorsqu'elle a jugé en 2003 que les principes de la jurisprudence administrative « *s'opposent [...] à ce que l'établissement [La Poste] puisse recruter sous contrat à durée déterminée des agents de droit privé en méconnaissance des prescriptions de l'article L. 122-3 du code du travail* »¹³⁶⁹, « *à moins que des circonstances exceptionnelles ne le justifie* » précise aussi la cour. Auquel cas il est sous-entendu que la préservation de l'ordre public exigerait la prise de mesures illégales. A défaut d'en être coutumière, la jurisprudence admet que des circonstances exceptionnelles justifient des illégalités¹³⁷⁰. Mais sans doute alors, la réquisition légale du personnel par les autorités publiques serait à privilégier. Ce n'est finalement que si lesdites autorités publiques refusent, pour des raisons politiques, de réquisitionner le personnel gréviste, que de telles mesures illégales pourraient être prises par la direction de l'établissement public La Poste.

915. – Le précédent – Nous remarquons que cette jurisprudence récente qui applique des règles légales relatives à l'interdiction du recrutement de personnels grévistes dans les services publics, prolonge dans une certaine mesure la jurisprudence issue d'un arrêt

¹³⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, *Établissement public La Poste c./Syndicat départemental CGT-PTT du Lot-et-Garonne*, Bull. civ. V, n° 182, p. 123 ; Dr. ouvr. 1999, p. 77, note Michel MINÉ ; A.J.F.P. 1998, n°6, p. 27, note Serge PETIT.

¹³⁶⁸ MINÉ (Michel), note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, *Établissement public La Poste c./Syndicat départemental CGT-PTT du Lot-et-Garonne*, et sous TGI Paris, 24 janvier 1997, *Ministère public c./M. Gueye*, Dr. ouvr. 1999, pp. 77-81.

¹³⁶⁹ CAA de Nancy, 18 décembre 2003, *Syndicat Sud-PTT*, req. n° 98NC01080, A.J.F.P. 2004, p. 165.

¹³⁷⁰ CE, 28 juin 1918, req. n° 63.412, *Heyriès*, Rec. p. 651 ; S. 1922.3.49, note Maurice HAURIOU. – Dans la lignée de cet arrêt, il est de jurisprudence constante que l'urgence autorise l'administration à prendre des actes qui auraient été reconnus illégaux ou qualifiés de voie de fait à toute autre époque : exemples de la réquisition de stocks et de cargaisons (CE, Sect., 5 mars 1948, *Marion*, Rec. p. 113 ; D. 1949, p. 147) ou de l'atteinte aux libertés individuelles (CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, S. 1918-1919, III, p. 33, note Maurice HAURIOU).

rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, le 18 janvier 1980¹³⁷¹. Dans cet arrêt, il avait été jugé que l'administration des PTT, considérée à l'époque comme gérant un service public administratif¹³⁷², pouvait recruter des agents contractuels de droit public en appoint et pour une durée déterminée (en application de l'article 2 de la loi du 3 avril 1950 relative à l'auxiliarat¹³⁷³) ; en revanche, l'administration ne pouvait pas recruter ou faire usage d'un personnel n'ayant aucun lien organique avec elle, en l'occurrence elle ne pouvait pas faire usage de salariés d'entreprises de travail temporaire, sauf en cas de circonstances exceptionnelles.

On retrouve donc ici, mais pour des motifs différents, la solution de la Cour de cassation et de la Cour administrative d'appel de Nancy précitée. En effet, la solution de cet arrêt d'assemblée du 18 janvier 1980 n'est applicable qu'aux seuls services publics administratifs. Comme l'écrivait les commentateurs autorisés de cet arrêt, Yves Robineau et Marc-André Feffer, « *Il en irait autrement, bien sûr, si le service public des postes et télécommunications avait un caractère industriel et commercial, car ses agents relèveraient alors, en principe, du droit privé.* »¹³⁷⁴ Dans ce cas, en 1980, le service public industriel et commercial aurait pu recruter des agents intérimaires, puisqu'à l'époque il n'existait aucune limite légale au recrutement d'agent de droit privé pour assurer la continuité des services publics industriels et commerciaux. En 1980, l'emploi de personnels de remplacement aurait été possible. Ceci est aujourd'hui rendu impossible par les dispositions du code du travail, introduites par la loi du 12 juillet 1990¹³⁷⁵ d'ailleurs concomitante de la loi relative à la transformation de l'administration des postes en entreprise publique postale chargée d'un service public industriel et commercial¹³⁷⁶. Aujourd'hui, les grands services publics en réseaux sont tous de nature industrielle et commerciale ; on ne peut plus envisager de leur appliquer la solution de l'arrêt du 18 janvier 1980, et conformément à l'interprétation des dispositions légales données par la Cour de cassation et par la Cour administrative d'appel de Nancy.

¹³⁷¹ CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *Rec.* p. 30 ; *D.* 1980, IR, p. 302, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *J.C.P.* 1980, II, 19450, note Élisabeth ZOLLER ; *A.J.D.A.* 1980, p. 99, chron. Yves ROBINEAU et Marc-André FEFFER ; *Rev. adm.* 1980, p. 606, obs. Jean-Jacques BIENVENU et Stéphane RIALS.

¹³⁷² TC, 24 juin 1968, *Consorts Ursot*, req. n° 1915, *Rec.* p. 798.

¹³⁷³ Loi n° 50-400 du 3 avril 1950, *portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliarat*, *J.O.R.F.* du 6 avril 1950, p. 3704 ; *D.* 1950, IV, p. 95.

¹³⁷⁴ ROBINEAU (Yves) et FEFFER (Marc-André), chron. sous CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *A.J.D.A.* 1980, p. 90

¹³⁷⁵ Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 *favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires*, *J.O.R.F.* du 14 juillet 1990, p. 8322 ; *D.* 1990, IV, p. 328.

¹³⁷⁶ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications*, *J.O.R.F.* 8 juillet 1990, p. 8069.

916. – Une gestion spécifique des ressources humaines – Dans son arrêt précité du 18 décembre 2003, la Cour administrative d'appel de Nancy rappelle que les organes de direction de La Poste peuvent, « *agissant en vertu des pouvoirs généraux d'organisation des services publics placés sous leur autorité* » déterminer « *les limitations affectées à l'exercice du droit de grève dans l'établissement en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public* »¹³⁷⁷. La cour ne fait que rappeler la jurisprudence constante du Conseil d'État en la matière. Dans la mesure où la cour juge aussi impossible de remplacer des agents grévistes, ces pouvoirs généraux vont permettre d'organiser le service minimum. Et la réussite du service minimum repose donc sur la capacité qu'a l'organe dirigeant du service public, à mobiliser le personnel nécessaire à sa mise en œuvre. Deux hypothèses peuvent se présenter. Première hypothèse, le personnel non-gréviste suffit à mettre en place le service minimum ; auquel cas, il est inutile de limiter l'exercice du droit de grève de certains personnels grévistes. C'est une situation qu'avait envisagée la loi du 26 juillet instituant le service minimum à la radio et à la télévision¹³⁷⁸. C'est aussi l'hypothèse retenue par la loi du 21 août 2007 pour la mise en œuvre du service minimum facultatif. Mais, deuxième hypothèse, le nombre de personnels grévistes est tel, que les non-grévistes ne suffisent pas à mettre en œuvre le service minimum. Dans ce cas, en vertu de la jurisprudence constante, tant du Conseil d'État¹³⁷⁹ que du Conseil constitutionnel¹³⁸⁰, l'organe chargé de la direction du service public concerné par la grève peut prendre des décisions dont l'effet est de remettre au travail des agents grévistes, en vue d'assurer le service minimum. Ce sont là des mesures de restriction du droit de grève ; avec ces mesures, les personnels grévistes peuvent être désignés à tour de rôle par la direction¹³⁸¹. Ce ne sont donc pas des mesures générales et absolues. Le juge contrôle que les effectifs concernés par ces mesures n'excèdent pas l'effectif du personnel dont le maintien en fonction est

¹³⁷⁷ CAA de Nancy, 18 décembre 2003, *Syndicat Sud-PTT*, req. n° 98NC01080, *A.J.F.P.* 2004, p. 165, précité.

¹³⁷⁸ Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 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, *J.O.R.F.* du 27 juillet 1979, p. 1950.

¹³⁷⁹ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *Rec.* p. 426.

¹³⁸⁰ Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Examen de la loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, *Rec.* p. 33. – Cf. : Cons. constit., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 6 sur 139.

¹³⁸¹ CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, Somm. p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.

indispensable pour assurer la continuité du service¹³⁸², ou pour des exigences de sécurité opérationnelle du service¹³⁸³. Mais lorsque la nature des emplois et du service l'exigent, la direction peut prendre des mesures d'interdiction du droit de grève pour les agents occupant ces emplois qui sont indispensables au service minimum¹³⁸⁴ ; il s'agit en général de personnel d'encadrement¹³⁸⁵.

917. – La désignation du personnel requis – Il revient donc à la direction de désigner le personnel nécessaire à l'accomplissement du service minimum. Le terme requérir est parfois utilisé pour désigner cette opération, notamment par les lois de 1979 et de 1986 relatives au service public de la radiodiffusion et de la télévision. Or le terme « requérir » se distingue du terme « réquisitionner », contrairement à ce que pensaient les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel à propos de la loi du 26 juillet 1979. Dans sa décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, le Conseil constitutionnel a en effet

¹³⁸² « ... il ne ressort pas des pièces versées au dossier que le directeur du Centre de transfusion sanguine de Strasbourg ait retenu, dans les circonstances de l'espèce, des effectifs qui excèderaient ceux des personnels dont le concours est indispensable, en cas de grève, pour assurer la continuité d'un service public essentiel au maintien et à la protection de la santé publique ; » Cf. : TA Strasbourg, 24 janvier 1985, *Syndicat départemental des services de santé et des services sociaux CFDT du Bas-Rhin c./Centre de transfusion sanguine de Strasbourg*, D. 1986, p. 77, note Joël-Yves PLOUVIN.

¹³⁸³ En fixant à 52 le nombre des emplois nécessaires pour assurer un service minimum de sécurité en cas de grève à ADP sur un effectif total de 4700 agents dont 2700 à l'exploitations, le président d'ADP « n'a pas retenu dans les circonstances de l'espèce un effectif excédant celui du personnel dont le maintien en fonctions est indispensables pour assurer la sécurité de l'aéroport en cas de grève. » Cf. : CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, req. n° 3.012, *Rec.* p. 175 ; *A.J.D.A.* 1978, p. 49, note F.H. ; et p. 228, note Joël-Yves PLOUVIN ; *Dr. soc.* 1977, p. 252, note Jean MASSOT ; *R.D.P.* 1977, p. 916, n°13, obs. Roland DRAGO.

¹³⁸⁴ Le Conseil d'État avait pu de la sorte valider des mesures d'interdiction du droit de grève dans le service du contrôle de la navigation aérienne : Cf. : CE, Ass., 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, req. n° 38.367 et 38.368, *Rec.* p. 567 ; *Dr. soc.* 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; *A.J.D.A.* 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT. – Ou à la météorologie nationale : Cf. : CE, Sect., 19 janvier 1962, *Sieur Bernardet et autres*, req. n° 51.716, *Rec.* p. 49 ; *D.* 1962, p. 202, note Claude LECLERCQ. – Et à l'égard des garde-barrières de la SNCF : Cf. : CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, req. n° 56.194, *Rec.* p. 484 ; *R.D.P.* 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; *J.C.P.* 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; *A.J.D.A.* 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; *R.D.P.* 1965, p. 700, note Marcel WALINE.

¹³⁸⁵ Ainsi était le cas des agents d'encadrement et de direction de la RTF : Cf. : CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *Rec.* p. 444 ; *R.D.P.* 1968, p. 1094, concl. Louis BERTRAND ; *A.J.D.A.* 1968, p. 271, chron. Jean-Louis DEWOST et Renaud DENOIX de SAINT-MARC. – Ou encore des receveurs en chefs des postes et télécommunications : Cf. : CE, 1^{er} juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des Postes et Télécommunications CGT, Dr. adm.* 1984, n°323 ; *R.F.D.A.* 1988, p. 850. – Ou de certains personnels de l'administration centrale de la DGAC : Cf. : CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, Somm. p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.

jugé que si « le législateur fait usage du terme “requérir”, s’agissant des appels qui peuvent être éventuellement adressés aux catégories de personnels dont le recours peut être indispensable pour l’exécution de la mission ci-dessus rappelée des sociétés de programme et de l’établissement public de diffusion, il résulte clairement des débats parlementaires et des déclarations faites à cette occasion par le ministre de la culture et de la communication qu’en usant de ce terme la loi ne se réfère pas au droit de réquisition tel qu’il résulte de l’ordonnance du 7 janvier 1959 et des autres textes qui régissent ce droit »¹³⁸⁶. Or, on remarquera qu’en dépit de l’explication claire de Jean-Philippe Lecat lors des débats au Sénat¹³⁸⁷, confirmée par le Conseil constitutionnel ensuite, nombreux sont les auteurs qui assimilent les adjectifs « requis » et « réquisitionné » issus respectivement des verbes « requérir » et « réquisitionner ». Mais ils sont largement encouragés par le législateur qui dans les textes relatifs au droit de réquisition a opéré ce mélange des genres¹³⁸⁸. Dans son *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, fait état de cette substitution terminologique en cours. Sans vouloir être d’un rigorisme outrancier, on rappellera que dans les facultés de droit, les étudiants apprennent que les mots ont un sens précis en droit, et que si cette matière était une science, ce serait sans doute une science du langage précis et rigoureux, le droit étant à bien des égards « l’art de la nuance ». Aussi convient-il, et nous nous y efforçons dans notre propos depuis le début, d’employer très exactement l’adjectif « réquisitionné » à propos des personnels soumis à une procédure de réquisition ; et l’adjectif « requis » à propos du personnel désigné par sa hiérarchie pour assurer un service minimum.

918. – L’indispensable information préalable – Une ultime remarque doit être signalée. Pour que la procédure de désignation du personnel gréviste requis pour assurer un service minimum, soit pleinement efficace, encore faut-il que l’autorité

¹³⁸⁶ Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Examen de la loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A. 1979, n°9, p. 46 ; R.D.P. 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; D. 1980, p. 101, note PAILLET ; A.J.D.A. 1980, p. 191, note LEGRAND ; J.C.P. 1981.II.19547, note BEGUIN ; Dr. soc. 1980, p. 7.

¹³⁸⁷ Lors de la séance du 27 juin 1979 au Sénat, le ministre de la culture de l’époque, Jean-Philippe Lecat, précisait très clairement que « la présence dans le texte qui revient de l’Assemblée nationale du verbe “requérir” ne signifie pas que le Parlement ait entendu faire référence au droit de la réquisition tel qu’il résulte de l’ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959 et des autres textes qui ont organisé ce mécanisme bien spécifique. L’emploi du verbe “réquisitionner” aurait donné à la phrase un sens différent. C’est le verbe propre ; c’est d’ailleurs celui qui est utilisé dans l’ordonnance du 6 janvier 1959. Le verbe “requérir” est un synonyme de “convoquer”, de “désigner” et ne se place pas dans le cadre de ce droit de la réquisition. » Cf. : Sénat, Séance du 27 juin 1979, J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat) 1979, p. 2389, 2^{ème} col.

¹³⁸⁸ A titre d’exemple, il suffit de lire l’article L. 2212-1 du code de la défense.

gestionnaire du service public puisse savoir à l'avance quels sont ceux des personnels qui participeront à la grève. Pour ce faire, certains ont imaginé des procédures spécifiques par lesquelles les agents informent la direction du service public de leur intention de participer ou non au mouvement de grève. La proposition de loi déposée en 2004 par le député Hervé Mariton y faisait référence¹³⁸⁹. Sur ce point, la commission Mandelkern était restée très mesurée. Elle constatait, à juste titre, que cette procédure de prévenance, bien que présentant une contrainte supplémentaire, elle ne porte qu'une « *atteinte extrêmement faible au droit de grève* ». Toutefois elle suggère qu'une telle déclaration individuelle ne soit imposée par la loi « *qu'aux catégories de personnels dont le rôle dans la construction de l'offre de service est essentiel.* » Ces catégories devant être selon elle désignées par un décret en Conseil d'État à l'issue d'une étude approfondie de la question¹³⁹⁰.

C'est de toute évidence un mécanisme pas très compliqué, qui devrait accompagner toute mesure instituant un service minimum dans un service public, pour des raisons d'efficacité et de rapidité. C'est d'ailleurs ce que réalise la loi du 21 août 2007 applicables aux transports publics terrestres de voyageurs¹³⁹¹. Une telle mesure doit être combinée avec les plans de substitution à niveaux variables que les services du planning des services concernés devraient mettre au point à l'avance. L'objectif étant de profiter pleinement du préavis de grève pour informer à l'avance (la loi de 2007 prévoit vingt-quatre heures avant le début des perturbations¹³⁹²) les usagers du service public du contenu du service minimum mis en place durant la grève.

919. – Si l'entreprise de service en réseau est le lieu concret de la mise en œuvre du service minimum, ce n'est sans doute pas le lieu idoine pour décider du principe même de l'organisation d'un service minimum dans l'entreprise. Mis à part EDF, aucune autre grande entreprise de service en réseaux n'a osé franchir le pas. Dès lors, dans un souci de réalisme politique et social, la décision de principe d'organiser un service minimum relève d'un niveau plus général, principalement au législateur.

¹³⁸⁹ Ass. Nat., Proposition de loi *relative à la mise en œuvre d'un service essentiel pour les transports terrestres de voyageurs*, présentée par M. Hervé Mariton, n° 1814, séance du 22 septembre 2004.

¹³⁹⁰ MANDELKERN (Dieudonné), *Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports*, Paris, juillet 2004, p. 84.

¹³⁹¹ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹³⁹² Article 7, al. 2, de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, précitée.

B.- Supports juridiques du service minimum

920. – Le service minimum d'origine réglementaire – Historiquement l'organisation du service minimum dans un service public a été assurée par le pouvoir réglementaire. Il résulte des développements que l'on connaît de la jurisprudence administrative combinant les solutions *Jamart* et *Dehaene*, qu'il n'est pas contestable que tout gestionnaire de service public a la possibilité d'organiser un service minimum dans son service public. Le service minimum réglementaire résulte non seulement de décrets, arrêtés ou circulaires ministériels, mais aussi de tout autre acte réglementaire émanant d'une autorité considérée comme administrative car responsable de la gestion d'un service public. C'est ainsi que les directeurs de la production d'EDF ont pu organiser un service minimum dans certains secteurs de l'entreprise au moyen de notes de service. Cependant, rarement le pouvoir réglementaire, quel qu'il soit, évoque le « service minimum » en adoptant les mesures propres à l'instaurer. Mais dès lors que l'objet de ces réglementations est de limiter le droit de grève à certains agents en vue d'assurer le fonctionnement continu du service, c'est bien de service minimum qu'il s'agit.

921. – Le service minimum d'origine interne à l'entreprise – Il peut arriver que le service minimum résulte de la conjonction de deux actes réglementaires pris par des autorités administratives différentes. C'est ainsi qu'à EDF, non seulement le service minimum a été instauré en interne par des notes des directeurs, mais par ailleurs le gouvernement a imposé un service minimum à EDF au moyen d'un arrêté ministériel en date du 5 juillet 1990¹³⁹³. Or, il se trouve que le service minimum prévu par les notes internes est en réalité beaucoup plus large que celui prévu par l'arrêté ministériel. Celui-ci définissait une liste d'usagers prioritaires. Celles-là partent du principe qu'en cas de grève, aucun usager ne doit subir de coupure d'alimentation électrique.

922. – Le contrôle restrictif du juge – Toutefois, le pouvoir réglementaire est comme on le sait soumis au contrôle éventuel du juge administratif. Or les critères que celui-ci utilise pour valider les restrictions réglementaires au droit constitutionnel de grève, ne permettent pas normalement de concevoir un service minimum autre que *minimorum*, c'est-à-dire le service minimum propre à satisfaire les exigences de l'ordre public. Le juge prend soin de rappeler que la réglementation du droit de grève, à laquelle procèdent

¹³⁹³ Arrêté du 5 juillet 1990 *fixant les consignes générales de délestages sur les réseaux électriques*, *J.O.R.F.* du 31 juillet 1990, p. 9213.

les mesures instaurant un service minimum, revient d'abord au pouvoir législatif et non au pouvoir réglementaire. Le pouvoir réglementaire est supplétif. Dès lors, s'il est vrai que l'absence de texte législatif n'a effectivement pas constitué un obstacle à l'organisation d'un service minimum par le pouvoir réglementaire. L'étendue du service minimum réglementaire est néanmoins beaucoup plus limitée que si une loi l'organise.

Seule la jurisprudence *Hotz* de 1997 ouvre des perspectives plus larges au pouvoir réglementaire, puisque par les deux arrêts du 13 mars 1997¹³⁹⁴, le Conseil d'État a validé des mesures réglementaires instaurant le très large service minimum que l'on sait à EDF. Alors que certains auteurs prédisaient la sanction du Conseil d'État¹³⁹⁵, sans doute est-ce l'importance du service en cause pour la vie sociale qui a pu motiver cette jurisprudence.

923. – Les dispositifs législatifs existants – Mais, il n'en reste pas moins vrai que pour qu'un véritable service minimum voient le jour dans l'ensemble des grands services publics en réseaux, l'intervention d'une loi se révèle nécessaire. Actuellement, il n'existe que trois dispositifs législatifs instaurant un service minimum dans deux services publics différents : l'un de ces dispositifs concerne l'audiovisuel public¹³⁹⁶, un autre concerne le contrôle de la navigation aérienne¹³⁹⁷. Enfin le troisième dispositif résulte de la loi du 21 août 2007 applicable dans les services publics de transport terrestre régulier de voyageurs¹³⁹⁸.

Dans les deux premiers cas de figure, la loi prévoit l'intervention du pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre le service minimum qu'elle fixe. Or il est intéressant de noter que dans le cas de la navigation aérienne, le décret d'application de la loi a été en partie censuré par le Conseil d'État, dans la mesure où il restreignait le service

¹³⁹⁴ CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, req. n° 160.684, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. Jean-Denis COMBREXELLE ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY. – Et : CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, req. n° 123.912, *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.

¹³⁹⁵ CHORIN (Jacky), « Spécificités liées au caractère d'entreprise de service public : le droit de grève », *Semaine Sociale Lamy* 1993, n° 632 ; LÉVY (Alain) et ZONCA (Céline), « Le droit de grève à EDF », *Dr. ouvr.* 1996, p. 398.

¹³⁹⁶ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.R.F.* du 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

¹³⁹⁷ 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, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 1985, p. 9.

¹³⁹⁸ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

minimum prévu par la loi. Le décret du 17 décembre 1985¹³⁹⁹ précisait qu'en cas de grève des contrôleurs de la navigation aérienne, un certain nombre de vols devaient néanmoins être assurés, mais il précisait aussitôt que ce nombre de vol « *ne pourra dépasser quotidiennement* » un certain niveau. Autrement dit, comme le faisait remarquer le commissaire du gouvernement Patrick Frydman, « [...] *en limitant à un chiffre plafond le nombre de liaisons assurées en cas de grève, les auteurs du décret ont en réalité substitué au service minimum ainsi envisagé un mécanisme d'inspiration inverse, que nous serions tentés de qualifier de "service maximum". Nous sommes dès lors en présence d'une erreur de droit qui, à la vérité, frise le pur contresens juridique.* »¹⁴⁰⁰ Cette limite supérieure est censurée par le Conseil d'État par l'arrêt du 12 mai 1989¹⁴⁰¹. Suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil juge que le service minimum peut varier en intensité en fonction du personnel disponible. C'est là une ouverture intéressante de la part du Conseil d'État. Toutefois, on peut légitimement se demander si le Conseil d'État aurait jugé avec autant de largesse un service minimum instauré par le seul règlement, en dehors de toute prescription législative. C'est bien la contradiction avec la loi du 31 décembre 1984 qui est jugée dans l'arrêt du 12 mai 1989, et non pas l'étendue des limites du pouvoir réglementaire autonome.

Dans le troisième cas de figure, la loi du 21 août 2007 privilégie à la fois les décisions unilatérales tant des autorités organisatrices des transports que de la direction de l'entreprise délégataire, et privilégie aussi l'accord collectif pour la mise en œuvre du service minimum. Il y a donc ici une combinaison entre la norme réglementaire, la norme unilatérale interne à l'entreprise et l'accord collectif. Par ailleurs, nous pouvons noter que le décret, tout comme l'arrêté préfectoral ne sont prévus qu'à titre supplétif.

924. – Une loi fixant les principes – L'organisation d'un service minimum dans les grands services publics par la voie législative doit fixer les règles de principe, mais non pas le détail. Toutefois, contrairement à ce qu'envisageaient, par exemple, certaines propositions de loi récentes, la loi ne devrait pas non plus renvoyer purement et simplement à un décret l'organisation du service minimum¹⁴⁰². Pour limiter le pouvoir du

¹³⁹⁹ Décret n° 85-1323 du 17 décembre 1985 *portant application de la loi du 31 décembre 1984*, J.O.R.F. 18 décembre 1985, p. 14735.

¹⁴⁰⁰ FRYDMAN (Patrick), « Droit de grève et obligation de service minimum des agents de la navigation aérienne », concl. sur CE, 12 mai 1989, *UCCEGA, Dr. soc.* 1989, p. 671.

¹⁴⁰¹ CE, 12 mai 1989, *UCCEGA, Rec. T.* p. 750 ; *Dr. soc.* 1989, p. 669, concl. Patrick FRYDMAN.

¹⁴⁰² Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti à l'ensemble du service public*, présentée par M. Jean-Michel Bertrand et autres, députés, n° 973, séance du 25 juin 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer l'exercice démocratique du droit de grève dans les services publics et à assurer un service minimal obligatoire*, présentée par M. Maurice Giro et autres, députés, n° 974, séance du 25 juin 2003. – Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service minimum dans les transports publics en*

juge, il faut que les règles principales auxquelles doit répondre le service minimum soit fixées par la loi. D'autres propositions de loi ont été en revanche plus précises et ne renvoient à un décret que pour fixer les modalités concrètes d'application du service minimum ; c'était le cas par exemple de la proposition de l'ancien président de la RATP et d'Air France, Christian Blanc¹⁴⁰³. Enfin, d'autres propositions renvoyaient la définition de ces modalités concrètes d'application, à un décret¹⁴⁰⁴ ou même à une décision d'une commission indépendante¹⁴⁰⁵, qu'en cas d'échec de la négociation collective sur le sujet. C'est en définitive le schéma adopté par la loi du 21 août 2007, qui donne aux préfets le pouvoir de définir les dessertes prioritaires en cas de perturbation prévisible du trafic en cas de carence de l'autorité organisatrice¹⁴⁰⁶ ; le plan de prévisibilité est à défaut de d'accord collectif, fixé unilatéralement par la direction de l'entreprise de transport¹⁴⁰⁷.

925. – Privilégier l'application de la loi – Incontestablement la négociation est préférable au décret. Car si le service minimum réglementaire s'inscrit « *parfaitement dans la conception autoritaire et hiérarchisée de l'administration qui a prévalu pendant longtemps en France* »¹⁴⁰⁸, ce modèle n'est plus viable aujourd'hui, parce qu'au fond, il a montré son incapacité à instaurer un service minimum dans les services publics. Dès lors, face à ce constat d'échec du pouvoir réglementaire, la négociation du service minimum est très certainement une voie d'avenir. Plusieurs auteurs ont déjà signalé que l'acceptation du service minimum, notamment par les syndicats, passait inévitablement par sa négociation¹⁴⁰⁹. Ce même constat a été posé par le législateur en 2007. Ainsi, c'est bien à une combinaison entre la loi et la négociation collective que l'on doit tendre, afin de respecter l'ordonnement juridique relatif au droit de grève¹⁴¹⁰. La loi de 2007,

cas de grève, présentée par M. Francis Delattre, député, n° 1181, séance du 4 novembre 2003.

¹⁴⁰³ Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Christian Blanc et autres, députés, n° 1230, séance du 18 novembre 2003.

¹⁴⁰⁴ Ass. Nat., Proposition de loi *visant à aménager les conditions d'exercice du droit de grève*, présentée par M. Charles Cova et autres, députés, n° 975, séance du 25 juin 2003.

¹⁴⁰⁵ Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti destiné à maintenir la continuité des services publics en cas de grève*, présentée par M. Robert LECOUC, député, n° 1401, séance du 4 février 2004.

¹⁴⁰⁶ Article 4, dernier alinéa de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, *J.O.R.F.* du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹⁴⁰⁷ Article 5, alinéa 4 de la loi précitée.

¹⁴⁰⁸ DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1 et 2, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, p. 362.

¹⁴⁰⁹ TERNEYRE (Philippe), « Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève ? », *Dr. soc.* 1989, p. 806. – Cf. aussi : DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1 et 2, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, p. 359.

¹⁴¹⁰ Cf. : *Supra*, Chapitre 3.

comble ici une lacune juridique ; mais son champ d'application est limité comme nous le savons.

926. – Articuler la prévention des conflits – Toutefois, même négocié, le service minimum n'est pas et ne sera jamais la panacée. Il rend possible la continuité du service public en cas de grève, certes. Mais, le service minimum n'est pas le service normal, celui-là seul est conçu pour répondre au mieux aux besoins essentiels de la population. Le plus grand tort du service minimum, c'est de ne pas régler au fond le problème de la conflictualité dans le service public. Or – nous insistons sur cette idée –, c'est la réduction de la conflictualité, donc des causes de grève, qui importe. Par conséquent, le service minimum négocié doit être articulé avec un système audacieux de prévention des conflits. A l'issue d'un débat qui a eu lieu au Sénat le 11 février 1999¹⁴¹¹, et qui concernait une proposition de loi « *tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics* »¹⁴¹², celle-ci s'est transformée en proposition de loi « *visant à prévenir les conflits collectifs du travail et à garantir le principe de continuité dans les services publics* ». Il est clair qu'au cours des débats, principalement en commission, le Sénat avait pris conscience que le service minimum ne devait être qu'un dernier recours, lorsque la grève est inévitable, autrement dit, lorsque la négociation préalable a échoué. Lors du débat du 9 décembre 2003 que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, le député Jacques Kossowski affirmait que pour lui, le « service garanti » viendrait utilement compléter le système de l'alarme sociale existant à la RATP¹⁴¹³. Cette même logique a dominé les débats parlementaires – et ceci dès le projet de loi – lors de l'adoption de la loi du 21 août 2007.

Il nous faut donc maintenant, analyser l'articulation entre la négociation comme moyen de prévention des conflits collectifs dans les services publics et la définition et la mise en œuvre du service minimum.

¹⁴¹¹ Sénat, Séance du 11 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* 1999, pp. 884 et suiv.

¹⁴¹² Sénat, Proposition de loi *tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics*, présentée par MM. Philippe Arnaud et autres, Sénateurs, Annexe n° 491, Séance du 11 juin 1998.

¹⁴¹³ Intervention de Monsieur Jacques Kossowski, député, 1^{ère} séance du 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* du 10 décembre 2003, p. 11934, 2^e col.

Section 2.- L'articulation de l'alarme social avec le service minimum

927. – La continuité du service public passe-t-elle par « l'alarme sociale » ? C'est-là un système conventionnel de prévention des conflits collectifs du travail qui a vu le jour à la RATP au travers d'un accord signé le 30 mai 1996 entre la direction générale de l'entreprise et les organisations syndicales représentatives. Ce système ayant fait ses preuves, il fut repris et amélioré dans l'accord du 23 octobre 2001¹⁴¹⁴. Un nouvel accord a été signé en 2006 et est actuellement en vigueur. Il a fait l'objet d'un avenant en décembre 2007, effectif au 1^{er} janvier 2008, afin de se conformer à la loi du 21 août 2007¹⁴¹⁵. En plus de dix ans d'expérience, le procédé semble convaincant, à tel point que la RATP n'est plus la seule entreprise de service public dotée d'un tel système de prévention des conflits. La SNCF est parvenue à conclure, avec la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (dont la CGT majoritaire)¹⁴¹⁶,

¹⁴¹⁴ Tout comme en 1996, les syndicats CGT, FO, CFDT, UNSA, CFDT, CFTC, CGC et Indépendants ont signé l'accord du 23 octobre 2001. CGT-bus, CGT-méto, Ugict et Sud-RATP n'ont pas signé cet accord.

¹⁴¹⁵ Le texte de cet avenant est le suivant : « La grève est un droit constitutionnel. Dans cet esprit, les organisations syndicales conviennent de privilégier les formes d'appel à la grève capables de concilier la volonté des agents de manifester leur désaccord avec le souci de respecter les voyageurs et les valeurs fondamentales du service public. / La grève constitue un échec du dialogue social. Les partenaires sociaux doivent rechercher les moyens de rendre les conflits moins nombreux en répondant à l'aspiration des salariés et en observant une procédure d'anticipation des conflits. / Lorsqu'une direction ou un syndicat (ou plusieurs) identifie un problème susceptible de générer un conflit, ils **doivent** avoir recours à une procédure de prévenance dite "d'alarme sociale" : / - une direction qui repère une situation pré-conflictuelle (pétitions, motions...) doit proposer une date de réunion dans les 5 jours de sa notification aux groupes de syndicats représentatifs. / - le ou les syndicats active(ent) cette procédure, par un courrier à la direction concernée (selon le niveau de négociation) dans lequel ils indiquent le motif (un par alarme sociale) susceptible de devenir conflictuel. Cette dernière doit alors tenir une réunion avec les auteurs de la lettre dans un délai de 5 jours ouvrables suivant la date de réception de ce courrier. / *Aucun préavis de grève ne peut valablement être déposé sans que cette procédure de prévention ait été préalablement mise en œuvre et ait abouti à un constat de désaccord. Par ailleurs, le dépôt du préavis doit intervenir dans le mois suivant la notification du motif.* / La réunion ainsi prévue devra se conclure par la rédaction d'un constat d'accord ou de désaccord établi dans le délai imparti de 5 jours ; toutes les organisations syndicales en seront informées. / Lorsque la direction n'est pas en situation de répondre au problème posé, un constat de désaccord est établi. / L'Observatoire social de la RATP sera tenu informé de l'évolution des dossiers faisant l'objet de la procédure d'alarme sociale. / Les signataires s'accordent à considérer que de nouvelles pistes d'amélioration des relations sociales peuvent ouvrir négociations à moyen terme, elles concernent : / - la négociation (anticipation/méthode), l'exercice de la démocratie (information des agents/consultation des agents/accords majoritaires), le traitement de la gestion des conflits individuels et l'exercice du droit de grève. / *Cet avenant prend effet à compter au 1er janvier 2008.*

¹⁴¹⁶ L'accord sur la concertation immédiate a été signé le 28 octobre 2004 par la direction de la SNCF et six organisations syndicales, la CGT, la FGAAC, la CFDT, la CFTC, l'UNSA et la CFE-CGC.

un accord mettant en place une procédure de concertation immédiate dont les termes sont comparables à ce qui existe à la RATP. On note aussi un protocole signé à Air France en 1998 avec les pilotes qui bien que moins ambitieux cherche à prévenir les conflits collectifs notamment sur les questions salariales.

928. – La prévention des conflits escomptée par ces accords semble au rendez-vous. Pour prendre l'exemple de la RATP, alors que le taux de journées de travail perdues par agent se situait à la fin des années 1980' à 1 environ, et après un pic à 5,64 en 1995, ce taux se situe aujourd'hui dans une fourchette entre 0,19 et 0,44 journées perdues par agent. On enregistrait encore en 2003 une remontée de ce taux à 1,3 ; on se souvient en effet que les grèves contre la réforme des retraites engagée par le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin avaient été très suivies dans le secteur public. Après un pic à 2,29 en fin 2007, au moment d'une nouvelle réforme des retraites, le taux de journée de grève par salarié s'établissait à 0,43 en 2012. Ces pics récurrents lors des réformes des retraites sont le symptôme que les grandes grèves dans le service public sont plus politiques que d'ordre professionnel, et dans ces conditions un système l'alarme social n'y peut pas grand-chose. Néanmoins l'efficacité relative de l'alarme sociale à la RATP est également significative si l'on considère le nombre de préavis de grève déposés. Alors qu'il se situait à 790 en 1990, il était tombé à 182 en 2003¹⁴¹⁷, puis remonté à 367 en 2007, et se situait à 36 en 2011 et en 2012. C'est incontestablement un progrès comparé à deux préavis par jour dans les années précédentes ! A la SNCF, une étude de 2005¹⁴¹⁸ estimait que les premiers résultats de la procédure de concertation immédiate sont encourageants. En l'espace de trois mois, entre le 28 octobre 2004 et le 31 janvier 2005, sur 244 activations de la procédure, 50 ont débouchées sur un préavis de grève dont 30 seulement ont été suivie d'une grève effective. Les auteurs de cette étude notent cependant un nombre encore élevé de préavis déposés sans avoir préalablement activé la procédure conventionnelle de concertation. Mais cela prend inévitablement du temps pour venir à bout de la « gréviculture » si profondément ancrée parmi certains personnels de l'entreprise ferroviaire.

¹⁴¹⁷ Données extraites du rapport de la commission Mandelkern, p. 16. – Ces chiffres peuvent être relativisés en prenant en considération que l'entreprise est divisée en établissements et que par conséquent des préavis de grève peuvent chacun concerner des établissements différents. Un établissement peut être en grève sans que tout le reste de l'entreprise le soit.

¹⁴¹⁸ OLSACK (Norbert) et SCHAEFFER (Serge), « L'accord sur l'amélioration du dialogue social et la prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *J.C.P. éd. Social*, 28 juin 2005, n° 1001, pp. 9-16.

929. – Deux rapports établis par Jacques Kossowski l'un au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi préalable à la loi du 21 août 2007, l'autre au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur l'application de la loi de 2007 montrent une baisse de la conflictualité, aussi bien à la RATP qu'à la SNCF. D'une façon générale il estime en 2007 que « *l'évolution très récente de la conflictualité montre en effet que celle-ci a tendance à diminuer, même si cette tendance est encore fragile* »¹⁴¹⁹. Un rapport établi au Sénat en octobre 2013 par Isabelle Pasquet et Marc Laménie, confirme cette tendance¹⁴²⁰.

Ces rapports montrent plus précisément qu'il existe une évolution assez nette à la RATP où on dénombre, depuis 1996, une moyenne de 0,3 journées de grève par agent par an contre près d'une journée de grève par agent à la fin des années 1980. De ce fait, le nombre de préavis a été divisé par 4, entre 1992 et 2002. Le dernier rapport du Sénat établit un tableau statistique relatant l'évolution de la conflictualité depuis 2000 à la RATP : le nombre d'alarmes sociales a augmenté de 258 en 2002 à 384 en 2006, ce nombre passant à 453 en 2008 et 572 en 2012 ; avec un nombre de préavis déposé passant de 187 en 2002 à 36 en 2013 ; soit une baisse du nombre de préavis corrélativement à l'augmentation de la mise en œuvre de la procédure d'alarme sociale ; ; toutefois le nombre de journées perdues par agent en général passe de 0,26 en 2002 à 0,43 en 2012, avec une fluctuation variant de 1,32 en 2003, 0,14 en 2004 et 0,5 en 2005, ce taux est monté à 2,29 en 2007 pour redescendre à 1,18 en 2008¹⁴²¹.

À la SNCF, entre 2002 et 2006, le nombre de préavis est passé de 804 à 698 et le nombre de grève effective de 432 à 387. En 2007, le nombre de demande de concertation immédiate avec préavis était de 89, et il est de 813 en 2008 ce nombre est à 893 en 2012 et 454 en 2013. Le nombre de journées perdues par agent a fluctué de 0,21 en 2002, 2,26 en 2003, 0,55 en 2004, 1,44 en 2005 et 0,79 en 2006, il est remonté

¹⁴¹⁹ Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi (n° 101), adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, par M. Hervé Mariton, Président, et M. Jacques Kossowski, Rapporteur, treizième législature, séance du 26 juillet 2007, p. 27.

¹⁴²⁰ Sénat, Rapport fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois *sur l'application des dispositions 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*, par Mme Isabelle Pasquet et M. Marc Laménie, Sénateurs, Session ordinaire de 2013-2014, n°88, séance du 17 octobre 2013, 137 pp.

¹⁴²¹ Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques de l'environnement et du territoire, *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*, par M. Jacques Kossowski, Rapporteur, treizième législature, n° 1502, 4 mars 2009, p. 20.

à 3,78 en 2010, pour redescendre à environ 0,5 en 2011 et 2012¹⁴²². Nul doute que ce taux est remonté en 2014 avec les conflits ayant précédé la réforme législative du système ferroviaire français.

930. – Ce relatif succès des procédures d’alarme sociale ou de concertation immédiate encourage incontestablement la diffusion du procédé dans les autres services publics. Toutefois, cette réussite n’est pas, loin s’en faut, le fait de la seule procédure d’alarme sociale. Bien sûr, celle-ci est innovante en ce qu’elle transforme la grève en un ultime recours (§1.-). Mais sans une démarche globale de prévention des conflits, incluant une amélioration générale du dialogue social, le bilan de l’alarme sociale ne serait pas aussi positif (§2.-).

§1.- L’innovation de la procédure d’alarme sociale

931. – Dans une entreprise dotée d’un système d’alarme sociale, dès qu’une organisation syndicale représentative constate l’existence d’un problème de nature à engendrer un conflit collectif, elle tire la « sonnette d’alarme », c’est-à-dire qu’elle active la procédure qui permet d’ouvrir immédiatement une phase de négociation (A.-). Et, ce n’est qu’en cas d’échec de ces négociations que le recours à la grève peut-être envisagé par lesdits syndicats (B.-).

A.- Une négociation immédiate

932. – **L’activation** – Selon l’article 15 alinéa 3 du protocole d’accord signé à la RATP le 23 octobre 2001, la « *procédure de prévenance dite “d’alarme sociale”* » peut être activée dès lors qu’est identifié « *un problème susceptible de générer un conflit* », soit par un ou des syndicats, soit par une direction. À ce propos il faut savoir que depuis la réforme structurelle du management opérée sous la présidence de Christian Blanc en 1990, la RATP ne compte plus que trois niveaux hiérarchiques de direction, contre sept

¹⁴²² Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d’examiner le projet de loi (n° 101), adopté par le Sénat, après déclaration d’urgence, *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, par M. Hervé Mariton, Président, et M. Jacques Kossowski, Rapporteur, treizième législature, séance du 26 juillet 2007, p. 28.

auparavant. Ces trois niveaux sont : la direction générale, les directions de départements, et les directions d'unités opérationnelles.

933. – La négociation obligatoire – Une fois activée, la procédure rend la négociation obligatoire, selon un phasage très précis décrit par l'alinéa 4 du même article 15 du protocole d'accord. Première phase : le ou le groupe de syndicats ayant identifié un problème susceptible de générer un conflit collectif adresse un courrier à la direction concernée, en y indiquant le problème identifié. Étant entendu qu'il ne peut être présenté qu'un seul motif par alarme sociale. Cette restriction évite des négociations « fourre-tout », et rend possible au contraire une négociation approfondie sur un sujet donné. À partir de la réception de ce courrier, la direction concernée dispose de cinq jours ouvrables pour tenir une réunion de négociation avec les auteurs de la lettre. À la SNCF ce délai est fixé à trois jours seulement. Dans tous les cas, il est spécifié que se sont des jours ouvrables, ceci évitant d'amputer voire de neutraliser le délai pour cause de week-end ou de jour férié. Dans le cas où la procédure est activée par une direction, parce qu'elle repère une situation pré-confliktuelle, telle que l'existence de pétitions ou de motions, cette direction est tenue de proposer aux syndicats la tenue d'une réunion dans les cinq jours ouvrables qui suivent la notification faite aux syndicats.

934. – Le constat d'échec ou de réussite des négociations – Deuxième phase : lorsque débute la réunion prévue à l'issue de la première phase, les négociateurs disposent de cinq jours au plus (sept à la SNCF), au terme desquels ils devront conclure par la rédaction soit d'un constat d'accord, soit d'un constat de désaccord ; lequel constat sera adressé à toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

935. – Le dépôt du préavis – En cas d'échec de la négociation, les syndicats peuvent activer la procédure légale de grève et déposer en conséquence le préavis. Ainsi, avec la procédure d'alarme sociale, il s'écoule, entre le constat du problème et la grève, une période de quinze jours, soit un temps trois fois plus long qu'avec le seul préavis légal. Or pendant ces quinze jours, ce sont cinq jours pleins qui peuvent être consacrés à la négociation. De plus, cette négociation ne se tient plus sous la menace directe et imminente d'une grève, puisque aucun préavis n'est encore déposé lors de la phase de négociation ; elle se tient plutôt dans un climat porteur, comme on le verra ultérieurement¹⁴²³. Plus que jamais, grâce à ce système, la grève peut devenir un acte mûri.

¹⁴²³ Cf. : Infra, B.

B.- Le recours à la grève, après l'échec constaté de la négociation

936. – Un renversement de logique – L'article 15, alinéa 1^{er}, du protocole signé à la RATP rappelle d'emblée le caractère constitutionnel du droit de grève. Mais l'alinéa 2 considère néanmoins que « *La grève constitue un échec du dialogue social.* » C'est là incontestablement un renversement de logique par rapport à ce qui prévalait auparavant dans l'entreprise. En effet, alors que le recours à la grève était davantage conçu comme un préalable obligatoire à toute discussion, ce recours tend à devenir ultime. On négocie d'abord, en s'en donnant les moyens. On ne fait grève que s'il n'y a plus moyen de s'entendre. Cela suppose de la part des partenaires sociaux d'accepter de changer de mentalité. Ainsi, un syndicat si prompt par le passé à mener des grèves dans le service public, tel la CGT, accepte peu à peu cette idée de qualifier la grève de recours ultime. S'il a refusé de signer l'accord de 2003 à la SNCF, il l'a signé en 2004. Il en est allé de même à la RATP : après un temps d'hésitation, la CGT a franchi le rubicon, après avoir initié en vain un contentieux devant le TGI de Paris. On se souvient qu'elle soutenait non sans raison que l'alarme sociale constituait en réalité un « super-préavis », et on se souvient que le TGI de Paris avait répondu qu'il n'en était rien, puisque la procédure d'alarme sociale était un simple engagement moral.

937. – Le service garanti en cas d'échec – En cas d'échec des négociations, l'article 15, alinéa 1^{er}, du protocole signé à la RATP précise que les syndicats s'engagent à « *privilégier les formes d'appel à la grève capables de concilier la volonté des agents de manifester leur désaccord avec le souci de respecter les voyageurs et les valeurs fondamentales du service public.* » Si la continuité du service public n'est pas ici expressément évoquée, elle figure néanmoins implicitement à travers les « valeurs fondamentales du service public » auxquelles il est fait référence. Toutefois, jusqu'en 2005, aucune mesure précise n'avait été envisagée pour assurer la continuité du service en cas de grève.

À la SNCF au contraire, certaines mesures figuraient dans l'accord du 28 octobre 2004. Il s'agissait de mesures modestes, mais fort utiles, puisqu'elles concernaient la prévisibilité du service en cas de grève. Modestes, dans la mesure où elles étaient déjà pratiquées avant la signature du dit accord, qui ne faisait que les formaliser. Mais utiles, puisqu'il s'agissait de prévenir les usagers des trains en circulation malgré la grève. La RATP s'est avancée sur cette voie à travers un accord du

15 mars 2005¹⁴²⁴. Aujourd'hui, ces accords ont été renégocié ou ont laissé place à de nouveaux accords, dans l'objectif de mettre en application les dispositions de la loi du 21 août 2007.

§2.- Une démarche globale de prévention des conflits

938. – Les deux accords existants aujourd'hui, à la RATP d'une part, et à la SNCF d'autre part, ne se limitent pas à mettre en place un système d'alarme social. L'un et l'autre aborde aussi les modalités d'exercice du droit syndical dans l'entreprise, et plus largement l'amélioration du dialogue social (A.-). Ceci conduit à responsabiliser les acteurs sociaux dans l'entreprise (B.-).

A.- Un cadre contractuel visant l'amélioration du dialogue social

939. – ***Une volonté partagée*** – Le préambule du protocole d'accord signé à la RATP en 2001 illustre de façon très explicite cette volonté partagée des acteurs sociaux dans l'entreprise d'améliorer le dialogue social. Ainsi, ce préambule fait-il le lien entre la qualité du service rendu aux usagers et l'amélioration du dialogue social, puisqu'il y est écrit que « *l'amélioration du dialogue social est indispensable pour offrir aux franciliens un service public de qualité* ». Cette amélioration recherchée du dialogue social « *passé par une évolution des méthodes de travail entre l'ensemble des partenaires à tous les niveaux (Direction, syndicat, encadrement et agent)* ». Pour ce faire, le préambule indique que les parties signataires acceptent « *de construire ensemble et de faire respecter des règles de fonctionnement de la négociation collective propres à améliorer la qualité du dialogue social et à veiller à l'application rigoureuse des accords collectifs* ». En effet il y est encore écrit que « *le dialogue social est une volonté constante qui ne peut se limiter à une période de conflit* ».

940. – ***Le droit syndical*** – En ce qui concerne le droit syndical, sans entrer dans le détail des stipulations de l'accord, sont abordés successivement dans l'accord RATP la question de la représentativité syndicale, celle des délégués syndicaux, celle des moyens accordés pour l'exercice des responsabilités syndicales et plus généralement l'ensemble des modalités d'exercice du droit syndical. À travers ces différents points

¹⁴²⁴ Cf. : *Liais. soc.*, 17 mars 2005, bref social n° 14342, p. 6.

abordés par le protocole d'accord, il s'agit d'instaurer les conditions nécessaires au développement d'interlocuteurs syndicaux responsables à chaque niveau de négociation (niveau central, département et unité opérationnelle).

941. – La formalisation du dialogue social – Par ailleurs, le protocole d'accord aborde très largement la question du dialogue social dans l'entreprise. Ainsi le titre III de l'accord s'intitule « une démarche de prévention partagée », et un titre VI concerne le suivi du dialogue social. L'amélioration du dialogue social passe d'abord par le respect des syndicats, solennellement affirmé à l'article 11 du protocole. Il s'agit ensuite de conduire la négociation collective non seulement dans un souci de clarté (respect mutuel, échange d'informations, décisions formalisées par écrit...) mais aussi d'aboutir à un accord. Cette dernière précision est importante, dans la mesure où il n'est nullement question d'instituer de simples groupes de paroles ou d'échange qui ne feraient nullement avancer le droit applicable dans l'entreprise. C'est afficher une haute ambition que d'affirmer que toute négociation sur un thème donné doit véritablement être menée dans le but de parvenir à un accord. Cet accord, ou le désaccord en cas d'échec de la négociation, doit toujours être formalisé par écrit. Enfin, tout accord doit être respecté par les parties. Pour veiller à cela, deux « comités de suivi » sont mis à contribution. D'une part une commission du dialogue social, créée par le protocole d'accord, qui est composée de représentants des syndicats et de la direction. Son rôle est de rédiger le rapport annuel sur le dialogue social dans l'entreprise et de faire des propositions pour améliorer ce dialogue. D'autre part, il est institué un observatoire social dont la mission est de suivre le déroulement des procédures d'alarme social. Il est pour cela tenue informée et reçoit copie de chaque pièce versée au dossier d'alarme sociale.

942. – Au fond, beaucoup de ces dispositions aboutissent à responsabiliser davantage les syndicats et la direction dans leur rôle de partenaires sociaux.

B.- Un cadre contractuel visant à responsabiliser les acteurs sociaux dans l'entreprise

943. – Rompre avec la logique ancienne – Responsabiliser les acteurs sociaux dans les entreprises de grands services en réseaux n'est pas chose facile lorsque l'on se rappelle d'où l'on vient. Si, comme on le sait, le développement de la négociation dans ces entreprises commence à avoir non seulement une certaine « ancienneté » aujourd'hui, mais aussi une légitimité accrue depuis les lois Auroux de 1982, il n'en reste

pas moins vrai que le management public, parfois d'une lourdeur hiérarchique excessive a considérablement nuit à la qualité du dialogue social dans ces entreprises. Sans compter que de leur côté, les syndicats ont souvent joué aux enchères politiques sur la base de leur revendications professionnelles, en court-circuitant les directions d'entreprise pour discuter directement avec la tutelle. Il faut rappeler que les procédures obligatoires de conciliation dans les services publics poussaient inévitablement en ce sens en donnant un rôle central à la tutelle. Or à l'évidence, pour instaurer un vrai dialogue social, il fallait rompre avec ces logiques anciennes mais solidement ancrées dans les mentalités. Il fallait donc responsabiliser les acteurs du dialogue. Responsabiliser les directions afin de leur donner les moyens de négocier avec les syndicats. Et responsabiliser ceux-ci dans leurs comportements en matière de gestion des conflits collectifs du travail.

944. – La décentralisation du dialogue social – Ce qui est remarquable dans les accords relatifs aux procédures d'alarme sociale, c'est l'accent mis sur la décentralisation des niveaux de négociation. Auparavant, la difficulté venait de ce que les échelons intermédiaires de la direction de l'entreprise n'avaient pas toujours la possibilité de négocier avec les syndicats. Les négociations avaient alors lieu à des échelons centraux où les représentants de la direction n'étaient pas en prise directe avec le terrain. Or aujourd'hui, le renversement de tendance est complet. Non seulement les échelons de base de la direction peuvent négocier avec les syndicats, mais on peut même dire que ces directions d'unités opérationnelles sont évaluées sur leur capacité à « conduire » de telles négociations. De plus, cette décentralisation de la négociation n'a pas uniquement qu'un effet de soulagement des échelons supérieurs. Car l'expérience prouve que ceci a permis de résoudre de nombreux conflits collectifs. C'est ainsi que Céline Marquis écrit que « *L'alarme sociale a été un succès car elle a pu faire tout simplement apparaître que des problèmes de terrain porteurs de conflits liés au cadre de travail quotidien des agents étaient solubles là où ils se posaient.* »¹⁴²⁵ Quant à l'expérience de la concertation immédiate à la SNCF, il s'avère que dès 2008 dans 88 % des cas, les demandes de concertation immédiate sont déposées non pas à un niveau central, ou intermédiaire tel le niveau régional, mais au niveau local, celui des établissements¹⁴²⁶. Des problèmes locaux sont d'autant mieux réglés qu'ils sont traités par des représentants syndicaux et des directions qui connaissent le terrain et qui se

¹⁴²⁵ MARQUIS (Céline), « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Dr. soc.* 2003, p. 589.

¹⁴²⁶ OLSACK (Norbert) et SCHAEFFER (Serge), « L'accord sur l'amélioration du dialogue social et la prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *J.C.P. éd. Social*, 28 juin 2005, n° 1001, p. 14.

connaissent. Aussi, la capacité de négocier dont disposent les partenaires sociaux est liée au niveau auquel ils se situent.

945. – La responsabilisation des syndicats – Parallèlement à la décentralisation du management de l'entreprise, il est important que soit mise en œuvre la décentralisation de la représentation syndicale dans l'entreprise. Ainsi, au chapitre 2 du titre II du protocole signé en 2001 à la RATP il est stipulé que les « *groupes de syndicats représentatifs s'expriment dans l'entreprise par la voix de leurs représentants que sont les délégués syndicaux, désignés à chacun des trois niveaux de négociation possible, conformément aux dispositions prévues par le code du travail.* »

Cette décentralisation de la représentation syndicale s'accompagne en outre d'une plus grande responsabilisation de ces acteurs syndicaux. C'est ainsi que l'institution des constats écrits d'accord ou de désaccord à l'issue de chaque négociation, accompagnée de leur diffusion au sein de l'entreprise et à l'extérieur de celle-ci, oblige très nettement les syndicats, tout comme la direction d'ailleurs, à un plus grand respect de la parole donnée. Il ne s'agit plus de négocier sur un sujet dans un coin et de proclamer haut et fort en dehors du cercle de négociation que l'on ne négocie pas ce point. Le double langage n'a plus droit de cité dans ce contexte. Les représentants syndicaux sont pleinement responsables moralement de leurs actes. De la même façon d'ailleurs, que le bon fonctionnement de la seule procédure d'alarme sociale repose d'abord sur l'engagement moral des signataires de l'accord à suivre cette procédure en cas de conflit. Il n'existe pas de sanction en cas de non respect de la procédure. Le syndicat, qui dépose un préavis de grève sans avoir mis en œuvre la procédure l'alerte sociale, ne peut pas être sanctionné. De même pour la direction qui refuserait de tenir une réunion de négociation après avoir reçu un courrier d'ouverture de la procédure. Cet engagement moral n'est pas toujours aisé à respecter, et encore moins par des organisations syndicales qui n'ont pas signé l'accord. C'est la raison pour laquelle l'accord signé en 2003 à la SNCF ne pouvait guère donner les effets escomptés dès lors qu'il n'avait pas été paraphé par la CGT majoritaire dans l'entreprise. De plus, ni la loi de 2007 ni son décret d'application ne prévoient de sanctions en cas de non respect des de ces dispositions. Les seules sanctions peuvent être financières et être infligées par l'autorité organisatrice de transport dans le cadre de la convention la liant avec l'entreprise de transport. C'est la raison pour laquelle aussi il y aura sans doute encore un certain nombre de préavis de grève en dehors de toute concertation préalable.

Conclusion du Sous-Titre 8.-

946. – Au terme de ce Sous-Titre 7, la promotion du dialogue social dans l'entreprise de service public apparaît être un moyen sérieux d'améliorer la continuité du fonctionnement du service public. Dans cette perspective, la loi du 21 août 2007, que nous avons abondamment évoquée, a pour intérêt de créer un cadre relativement souple et responsabilisant pour chaque acteur du service public de transport concerné (autorité organisatrice, entreprise délégataire, agents, usagers). Cette souplesse pourrait être dénoncée comme une « mollesse », notamment parce qu'elle ne crée pas un « service minimum » au sens strict, et ne prévoit pas un système de « désignation » ou de pseudo-réquisition. Cette loi s'inscrit aisément dans une approche libérale de la question. En effet, elle laisse beaucoup de liberté aux acteurs du service public pour définir avec précision le cadre juridique du dialogue social préventif au conflit collectif de travail et surtout à la mise en place d'un service de substitution en cas de perturbation prévisible ; elle les responsabilise aussi du même coup, notamment avec le système des pénalités en cas d'absence de service garanti effectif. Le professeur Fabrice Melleray résume la philosophie de cette loi : « *Prévenir, organiser, payer plutôt que garantir. L'avenir dira quelle est la meilleure voie.* »¹⁴²⁷ Cette loi est aussi un pari pour le gouvernement et le législateur ; pari d'une pacification des rapports sociaux dans l'entreprise de service public, d'une baisse de la conflictualité, et en conséquence la conviction qu'il y aura moins besoin de mettre en œuvre un service de substitution.

947. – Cette loi sectorielle, ne concerne au final que la SNCF dans le champ de notre étude. Est-il concevable d'en étendre les dispositions à d'autres grands services en réseaux ?

L'extension d'un tel dispositif législatif se situe à deux niveaux. Le premier niveau, le plus simple *a priori* – mais pas nécessairement en pratique –, est sectoriel. En d'autres termes, faut-il concevoir un système similaire de prévention des conflits combiné à un service de substitution en cas de grève dans des secteurs tels que le service postal, service gazier et électrique, pour ne citer qu'eux ? Notre conviction est qu'une réponse positive serait idéale, sous réserve d'adaptations spécifiques à chaque secteur d'activité, surtout en ce qui concerne la définition du service de substitution en cas de grève.

¹⁴²⁷ MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum », *A.J.D.A.* 2007, p. 1755.

Le deuxième niveau d'extension est plus complexe, il concerne en réalité l'approfondissement du dispositif, avec la mise en place d'un service de substitution obligatoire en cas de grève. Faut-il passer de la liberté-responsabilité à l'obligation pure et simple ? On le sait, un tel mécanisme suppose de requérir – dans le sens de désigner – le personnel gréviste nécessaire au fonctionnement de ce service de substitution. Une chose est certaine, aujourd'hui, les esprits ne sont pas mûrs pour une telle avancée. Cependant, sans vouloir faire de l'alignement européen un principe d'action, c'est une évolution qui est sans doute souhaitable pour l'ensemble des grands services en réseaux que nous étudions. Il nous faudra en tout cas déterminer dans la suite de notre étude la pertinence d'une telle évolution. Il nous paraît évident que le contexte économique dans lequel évoluent ces services, pourra aider à cette évolution. Il ébranle déjà le droit statutaire. Nul doute qu'il atteindra l'exercice du droit de grève. Or, il faut ici être vigilant. Le droit de grève doit être préservé, sans être absolutisé. Le danger d'une vision purement « néo-libérale » est d'anéantir le droit de grève. Si l'on considère que le droit de grève est un principe démocratique, et qu'il est un des piliers de la démocratie, il doit pouvoir être exercé jusque dans des secteurs aussi essentiels que les grands services en réseaux, avec les limites propres à une nécessaire conciliation entre le droit de grève et la continuité du service public.

948. – L'évolution actuelle, dont témoigne entre autre la loi du 21 août 2007, n'est pas une mauvaise chose en soi. Elle-même plutôt salutaire, près de trente ans après l'affirmation par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle du principe de continuité du service public. La situation sociale « sempiternellement » conflictuelle n'était pas digne de l'importance de ces services dans la vie de la société française. Elle ne reflétait pas non plus une réalité sociale catastrophique où la lutte « à l'ancienne » pouvait se justifier. Il y avait des abus, liés à une certaine culture de la lutte, avec toutes les réserves que nous avons pu émettre à ce sujet. Il faut redorer le blason de la grève dans les grands services publics. Il faut en faire une arme démocratique, et non un bouclier catégoriel.

Sous-titre 9.- L'indispensable renouveau « statutaire »

949. – Le nouveau régime juridique encadrant l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux devra avoir une forme législative pour plus de sécurité juridique dans un contexte complexe. Applicable dans chaque réseau, à tous les personnels qui y travaillent, cette législation pourrait servir de base à un renouveau statutaire. Car nous pensons que l'idée de statut permettrait de penser une relation de travail équilibrée entre des sujétions (dont la limitation du droit de grève fait partie) et des compensations. De plus, cela permettrait d'intégrer la dimension européenne des réseaux. Or, il nous semble inenvisageable de prendre pour base les statuts du personnel tels qu'ils existent. Nous allons donc tout d'abord étudier dans le chapitre 18, l'affaiblissement de l'ordre statutaire ancien. Puis nous allons tirer les enseignements que nous apportent néanmoins les anciens statuts, notamment au regard de la continuité du service. Ce sera l'objet du chapitre 19. Cela permettra dans un chapitre 20 de présenter les qualités nécessaires d'un nouveau régime juridique du droit de grève, base d'un nouveau statut du personnel.

- **Chapitre 18.- L'affaiblissement de l'ordre statutaire ancien**
- **Chapitre 19.- Les enseignements d'une pratique statutaire**
- **Chapitre 20.- Vers un nouveau « statut » du personnel dans les services en réseaux**

Chapitre 18.- Les enseignements d'une pratique statutaire

« Si la critique consistant à dire que l'identification à une doctrine permanente d'un compromis social daté est pertinente, il nous paraît tout aussi pertinent de faire ressortir que la richesse de la référence au service public vient précisément de ce que son histoire a permis, à un moment donné, d'allier dans une même construction un projet économique, un projet technique, un projet social et un projet d'intérêt général ».

Yannick Moreau¹⁴²⁸

950. – Propos introductif du Chapitre 18 – À partir de l'entre-deux guerres, les personnels des grandes concessions de service public ont progressivement bénéficié de régimes juridiques particuliers. Ces régimes sont devenus franchement dérogatoires du droit commun à la Libération, lorsqu'ils ont revêtu sans équivoque une nature réglementaire voire législative.

951. – Dès avril 1920, les cheminots bénéficiaient d'un statut du personnel des entreprises de chemins de fer, notifié le 17 avril 1920 aux compagnies par le ministre des Travaux publics¹⁴²⁹. Ce statut était très proche du statut du personnel du réseau de l'État qu'avait instauré l'article 58, 2° de la loi de finances du 13 juillet 1911¹⁴³⁰. Ces règles statutaires avaient un caractère de droit privé dans la mesure où elles étaient discutées avec les représentants du personnel, si bien qu'elles revêtaient la nature de règles synallagmatiques conclues entre les entreprises de réseaux et leur personnel. Plus tard, la nationalisation des chemins de fer et la création de la SNCF en 1937 unifia définitivement les règles statutaires, par le biais d'une convention collective prévue par

¹⁴²⁸ MOREAU (Yannick), « Transformation de la relation de travail dans les entreprises de service public », in Alain SUPIOT (dir.), *Le Travail en perspective*, Paris, LGDJ, 1998, p. 439. (pp. 427-442)

¹⁴²⁹ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 42.

¹⁴³⁰ Loi du 13 juillet 1911, portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1911, D.P. 1911, IV, pp. 132 et suiv.

l'article 21 du décret-loi du 31 août 1937¹⁴³¹. Néanmoins cette convention devait être approuvée par le conseil d'administration de la SNCF, ce qui semblait en faire un acte réglementaire. Mais on pouvait douter de cette nature réglementaire du statut du personnel. Ce doute put disparaître après-guerre, puisque les modalités d'adoption du statut des cheminots furent modifiées par le décret du 1^{er} juin 1950. À partir de cette époque, le statut était élaboré par une commission mixte du statut, puis il était soumis à l'approbation des autorités de tutelle. Dès lors, sa nature réglementaire devenait beaucoup plus évidente.

952. – Ainsi en est-il également des agents des industries électriques et gazières qui, conformément à la loi du 28 juillet 1928¹⁴³², devaient bénéficier de clauses statutaires insérées dans les cahiers des charges des entreprises concessionnaires. Ces mêmes agents ont pu dès juin 1936 bénéficier des avancées sociales en matière de négociation collective. Dès le 9 janvier 1937, une circulaire ministérielle publia un modèle de statut des agents des industries électriques qui sans être impérative devait néanmoins être respectée par les autorités concédantes, sauf circonstances exceptionnelles¹⁴³³. Après la guerre, la loi du 8 avril 1946 nationalisant le gaz et l'électricité¹⁴³⁴, prévoyait qu'un décret fixerait le statut des personnels du secteur. Ce qui fut fait par le décret du 8 juin 1946¹⁴³⁵.

953. – On citera enfin le statut des personnels de la compagnie nationale Air France. Au moment de la création de la compagnie en août 1933, le statut du personnel était soumis au régime juridique prévu par la loi du 11 décembre 1932 sur le statut de l'aviation marchande¹⁴³⁶, dont l'article 20 obligeait les compagnies aériennes subventionnées à élaborer un statut pour leur personnel, lequel ne pouvait être appliqué qu'après approbation du ministre de tutelle, c'est-à-dire le ministre chargé de

¹⁴³¹ Décret (-Loi) du 31 août 1937, *portant réorganisation du régime des chemins de fer*, *J.O.R.F.* du 1^{er} septembre 1937, p. 10065 ; *S.* 1937. IV. 546.

¹⁴³² Loi du 28 juillet 1928 *ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité*, *J.O.R.F.* du 31 juillet 1928, p. 8555.

¹⁴³³ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 46.

¹⁴³⁴ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946, *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951 ; *D.* 1946. IV. 161.

¹⁴³⁵ Décret n° 46-1541 du 22 juin 1946, *approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières*, *J.O.R.F.* du 25 juin 1946, p. 5680.

¹⁴³⁶ Loi du 11 décembre 1932 *fixant le statut de l'aviation marchande*, *J.O.R.F.* du 15 décembre 1932 ; *D.* 1933.IV, pp. 289 et suiv.

l'aéronautique civile. Après la Libération, l'article 14 de la loi du 16 juin 1948¹⁴³⁷ confiait au conseil d'administration de la compagnie la mission d'élaborer le statut du personnel qui devait recevoir également l'approbation du ministre de tutelle.

954. – On notera par ailleurs que les personnels de l'administration des postes et télécommunications – cette administration était considérés à l'origine comme un service public administratif et non comme un service public industriel et commercial – étaient en principe soumis au régime de la fonction publique. Si bien qu'après la Libération, les postiers étaient soumis au statut général des fonctionnaires institué par la loi du 19 octobre 1946¹⁴³⁸, et relevaient de corps spécifiques au sein de la fonction publique d'État régis par des décrets spécifiques.

955. – À travers ces quelques exemples d'évolutions statutaires, on constate alors qu'à chaque fois qu'un service public de dimension nationale était institué, il était aussitôt suivi par l'édiction d'un statut spécifique du personnel. Ainsi, semble-t-il, il existe une corrélation entre le service public et le statut du personnel ; corrélation qui se vérifie dans la plupart des cas. Toutefois, on note une exception à ce principe à travers le statut du mineur : alors que les houillères de bassin étaient des établissements publics, elles n'étaient pas pour autant chargées d'une mission de service public ; pourtant leur personnel était soumis à un statut dérogatoire du droit commun. Sans doute est-ce l'histoire qui veut cela. La corporation des mineurs, dans son ensemble, était encore très forte au sortir de la guerre. De plus, le secteur du charbon était capital pour la reconstruction, tout comme l'étaient les minerais. On pouvait alors considérer sans nul doute que l'intérêt général commandait l'adoption d'un tel statut. Ce que fit la loi du 14 février 1946¹⁴³⁹ qui prévoyait l'adoption du statut par décret¹⁴⁴⁰, tout en précisant le contenu de celui-ci.

956. – Ce lien puissant entre le statut et le service public doit néanmoins être approfondi. Il faut s'interroger sur les raisons qui justifient l'édiction de statuts particuliers dérogatoires du droit commun pour les agents des services publics industriels et

¹⁴³⁷ Loi n° 48-976 du 16 juin 1948, *portant institution de la Compagnie nationale Air-France*, *J.O.R.F.* du 17 juin 1948, p. 5863 ; *D.* 1948. IV. 227.

¹⁴³⁸ Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*, *D.* 1946, IV, pp. 410 et suiv.

¹⁴³⁹ Loi n° 46-188 du 14 février 1946 *relative au personnel des exploitations minières et assimilées*, *J.O.R.F.* du 15 février 1946, p. 1362.

¹⁴⁴⁰ Décret n° 46-1433 du 14 juin 1946 *relatif au statut du personnel des exploitations minières et assimilées*, *J.O.R.F.* du 15 juin 1946, p. 5274, rectificatif, *J.O.R.F.* du 22 juin 1946, p. 5565.

commerciaux. Or l'une de ces raisons semble être l'exigence de continuité du service public. En effet, les agents qui travaillent dans un service public, travaillent en réalité dans une « institution » qui doit fonctionner de manière obligatoirement continue. Autrement dit, les relations de travail au sein d'un tel service, doivent être imprégnées par l'exigence de continuité. Car si les agents n'étaient pas soumis à cette exigence, comment s'assurer que le service puisse effectivement fonctionner de façon continue ? La continuité du service public est concrètement mise en œuvre par des agents habilités au sein d'une organisation établie à cet effet. L'exigence de continuité se traduit alors par un ensemble de règles de travail qui concourent à la réalisation de la continuité du service public. Bien au-delà du droit de grève, dont on n'ignore pas l'extrême importance en la matière, c'est l'ensemble des règles relatives au temps de travail et aux congés payés, celles relatives à l'organisation du travail, voire celles relatives à la rémunération et celles relatives aux modalités de cessation des fonctions, qui sont imprégnées par le principe de continuité.

957. – Mais il s'avère en réalité, que les statuts du personnel comportent à la fois peu de références au principe de continuité, et peu de dispositions qui sont de nature à en garantir l'effectivité. D'autant plus qu'en ce qui concerne l'exercice du droit de grève, les statuts sont muets. Cependant il ne faut pas s'arrêter à ces faiblesses structurelles des statuts pour considérer qu'ils n'ont aucun lien avec le principe de continuité. Il faut au contraire considérer leur économie générale pour mieux cerner ce lien. De plus, cette situation statutaire oblige à considérer que le régime juridique applicable au personnel n'est pas limité aux seuls statuts. Il existe d'autres textes législatifs et réglementaires qui s'adressent aux agents des services publics et qui sont aussi imprégnés par le principe de continuité. En ce qui concerne le droit de grève par exemple, ce sont ces textes pris en dehors et aux côtés des statuts qui fixent le droit applicable. Ces textes doivent dès lors nécessairement être inclus dans la présente étude. Mais en tout état de cause, que les textes soient ou non statutaires, il apparaît que si les règles applicables aux agents des services publics en réseaux sont effectivement imprégnées par le principe de continuité, il faut néanmoins relativiser l'importance de ce principe dans l'édiction et dans l'application de ces règles.

958. – Un constat s'impose à cet égard : les grands services publics en réseaux ont souvent été perturbés dans leur fonctionnement par des arrêts de travail de la part de leurs agents. La continuité du service n'a donc jamais pu être une exigence centrale du régime juridique qui était applicable à ces agents ; c'est-là une hypothèse que nous

pouvons formuler. La faiblesse du principe de continuité au sein du régime juridique du personnel doit donc être démontrée, avant d'être affirmée.

959. – L'identification par Louis Rolland du principe de continuité, et sa formalisation dans un corpus juridique propre au service public, sont concomitantes avec l'apparition des premières règles statutaires dans les services publics industriels et commerciaux au tournant du premier conflit mondial. Pour les auteurs de la première moitié du XX^e siècle, il n'existe pas de doute sur le fait que la continuité du service public justifie à elle seule l'édiction de règles spéciales applicables aux seuls agents des services publics (Section 1.-). Il faut préciser que ces règles spéciales recevaient déjà l'appellation de « statut », ce qu'il convenait alors d'entendre dans son sens général de « règles spéciales » et non dans son sens spécifique de règles de droit public applicables au personnel. En effet, le statut pouvait être aussi bien de nature réglementaire que de nature conventionnelle. Et déjà à l'époque, le statut était compris non pas uniquement comme étant composé de sujétions et de contraintes induites par l'exigence de continuité, mais aussi comme un ensemble de règles compensatoires des règles contraignantes. Cet équilibre n'a pourtant jamais véritablement emporté la conviction des personnels et des syndicats. Si bien qu'à la Libération, le contexte politique aidant, cet équilibre sommaire s'effrita. Et les statuts adoptés après 1945, et aujourd'hui encore en vigueur, sont en réalité le fruit d'un compromis certes, mais qui ne laisse que peu de place au principe de continuité (Section 2.-).

Section 1.- Des statuts mal fondés sur la continuité du service public

960. – Les juristes du début du XX^e siècle, soucieux d'assurer le fonctionnement continu du service public, voulaient imposer aux agents du service cette obligation de continuité. Celle-ci devenait alors une sujétion qu'il fallait imposer à travers le régime juridique applicable aux agents. Le statut apparaît ainsi être l'instrument juridique le plus à même de véhiculer le principe de continuité pour l'appliquer dans les relations de travail au sein des services publics en réseaux. En ce sens, le statut est pensé comme étant un vecteur idéal de la continuité (§1.-). Mais dans la réalité, le statut n'en sera qu'un vecteur imparfait. Toutefois, il contribuera indirectement à assurer la continuité en étant un facteur de paix sociale dans les services publics. C'est là une dimension essentielle

du statut qui doit être incluse dans une étude sur les rapports entre statut du personnel et continuité du service public (§2.-).

§1.- Le statut pensé comme vecteur idéal de la continuité

961. – Nombreux furent les juristes qui pensaient que le statut serait un vecteur idéal de la continuité du service public, dans la mesure où on pouvait y inscrire en toutes lettres et sans restriction l'interdiction du droit de grève. En effet, la plupart des auteurs étaient radicalement contre le fait que les agents publics puissent se mettre en grève. On sait que pour la plupart des auteurs du début du XX^e siècle, il n'existait pas, à proprement parler, un droit de grève¹⁴⁴¹, celle-ci n'étant considérée que comme un fait¹⁴⁴². On sait aussi qu'à l'égard des agents du service public, la doctrine considérait que le fait de grève était illicite, fautif pour ainsi dire. Donc la grève devait leur être interdite. Cette doctrine dominante approuvait alors sans réserve la jurisprudence du Conseil d'État inaugurée par l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909.

Mais cette interdiction jurisprudentielle était « sèche » si l'on peut dire ; aussi convenait-il de l'enrober un peu, pour mieux la faire admettre. C'est dans ce sens que les auteurs considéraient que le statut permettait d'asseoir le plus nettement possible cette interdiction du droit de grève, tout en ménageant une sorte de contrepartie à cette sujétion. Car déjà à cette époque, le statut quelle que soit sa forme juridique (règlement ou convention), véhiculait aussi l'idée d'équilibre entre des intérêts contradictoires.

962. – Les tentatives n'ont alors pas manqué pour inscrire dans des statuts particuliers l'interdiction du droit de grève. Mais elles n'ont jamais abouti. Les seuls statuts qui furent adoptés avant la seconde guerre mondiale ne comportaient pas une telle interdiction (A.-). Néanmoins, les statuts étaient vecteurs de la continuité du service à travers la stabilité des relations de travail qu'ils procuraient (B.-).

A.- L'impossible interdiction du droit de grève par le statut

963. – Au début du XX^e siècle, la doctrine juridique a essayé de penser l'interdiction du droit de grève aux agents publics. Si une telle interdiction semblait aller de soi pour

¹⁴⁴¹ Cf. : Supra, Chapitre 1^{er}, § 69.

¹⁴⁴² Cf. : Supra, Chapitre 1^{er}, § 68.

les agents fonctionnaires des services en réseaux (poste et télécommunications) (1.-), elle était en revanche beaucoup plus ambiguë pour les agents des services publics concédés (2.-). Si bien qu'en définitive, il a fallu constater l'échec des projets de statuts interdisant le droit de grève (3.-).

1.- L'interdiction de principe du droit de grève des fonctionnaires

964. – La discipline du fonctionnaire – La doctrine considérait que l'interdiction faite aux fonctionnaires de se mettre en grève s'expliquait par l'organisation quasi-militaire, hiérarchisée et disciplinée, de la fonction publique. Déjà, dans son commentaire sous l'arrêt *Winkell*, le professeur Maurice Hauriou écrivait : « *Il n'y a pas à insister sur cette idée que les faits révolutionnaires sont incompatibles avec l'organisation des fonctions publiques.* »¹⁴⁴³ Pour le professeur toulousain la grève est révolutionnaire par nature, car elle est un état de guerre quasi-civile¹⁴⁴⁴ ; en outre, il considère qu'« *il est déjà très discutable que ce droit, qui est en soi le droit à l'action directe, ait été accordé en 1864 aux ouvriers* »¹⁴⁴⁵. De ce fait, on comprend que pour lui, la grève n'est pas compatible avec une organisation préexistante qu'elle tend à renverser. Pour sa part, Louis Rolland est plus explicite encore, lorsque commentant lui aussi l'arrêt *Winkell* dans sa chronique administrative publiée à la *Revue du droit public*, il écrivit qu'« *Il est absolument certain, selon nous, que le droit de grève est incompatible avec une organisation de la fonction publique reposant sur la hiérarchie et la discipline comme celle de Pluviôse an VIII, par exemple. À cet égard, il ne nous paraît y avoir aucune hésitation possible. Une organisation hiérarchisée et disciplinée de la fonction publique ne comporte ni le droit de grève, ni le droit pour les fonctionnaires de s'associer ou de se syndiquer.* »¹⁴⁴⁶ Toutefois, son approche plus pragmatique lui permettait de remarquer aussitôt que l'organisation administrative héritée de l'An VIII se décomposait progressivement par ce qu'il appelait la « *poussée démocratique* »¹⁴⁴⁷ et qu'en conséquence, l'idée de collaboration entre les dirigeants et les agents du service public, se substituait à l'idée de hiérarchie et de discipline. Ceci l'amènera d'ailleurs à convenir que le syndicalisme peut être admis

¹⁴⁴³ HAURIOU (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p. 146.

¹⁴⁴⁴ Il écrivait ainsi : « *Le droit de grève, c'est le droit de guerre privée qui reparaît. Et ce n'est pas une guerre privée accidentelle, c'est une guerre privée systématique, menée par une classe qui aspire à la souveraineté.* » Cf. : HAURIOU (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p. 146.

¹⁴⁴⁵ HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey et du Journal du Palais, 1910, p. 488.

¹⁴⁴⁶ ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 298.

¹⁴⁴⁷ *Idem.*

comme un moindre mal dans la fonction publique, mais il demeura toujours rétif à admettre qu'il puisse y avoir un droit de grève au profit des fonctionnaires. C'était du reste, la position du doyen Duguit, qui, favorable au « *syndicalisme fonctionnariste* »¹⁴⁴⁸ comme il le disait, était de ceux qui refusaient aux fonctionnaires de pouvoir se mettre en grève. Pour justifier cette interdiction, il ne faisait nullement référence à l'idée de hiérarchie et de discipline, qui, on le sait, n'avait pas sa préférence dans sa pensée¹⁴⁴⁹. Il fondait son argumentation uniquement sur le service public auquel les fonctionnaires étaient directement associés. Or, il concevait le service public comme une activité dont l'accomplissement constitue un devoir juridique pour ceux qui en sont investis¹⁴⁵⁰. C'est ni plus, ni moins, ce qu'exprimait le commissaire du gouvernement Jacques Tardieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Winkell* : « *Le fonctionnaire qui accepte sa nomination accepte par là même toutes les obligations que le contrat [de fonction publique]¹⁴⁵¹ comporte pour lui, et notamment celle d'assurer sans interruption, la continuité du service public, continuité qui est essentielle à la vie nationale. C'est là une obligation primordiale, qui dérive des nécessités mêmes du service public.* »¹⁴⁵² Comme on le sait, le Conseil d'État, a suivi cette position doctrinale dans sa jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Winkell* du 7 août 1909.

2.- L'ambiguïté de l'interdiction du droit de grève aux agents des services publics concédés

965. – Une discipline applicable à tout agent d'un service public ? – Le fondement pris sur le service public par l'arrêt *Winkell* avait l'avantage de pouvoir étendre cette interdiction de faire grève à tous les agents des services publics, et non aux seuls fonctionnaires. Louis Rolland considérait que « *Tout service public est la mise en œuvre d'une mission juridiquement obligatoire pour les gouvernants. C'est à cause de cela, en somme, parce que, pour ceux qui les dirigent, la bonne gestion des services publics correspond à un véritable devoir, à une mission obligatoire, que nous ne pouvons admettre la reconnaissance du droit de grève au profit des fonctionnaires.* »¹⁴⁵³ Mais il

¹⁴⁴⁸ DUGUIT (Léon), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État – Conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1911, p. 143.

¹⁴⁴⁹ PISIER-KOUCHNER (Évelyne), *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, Coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Vol. XV, 314 pp.

¹⁴⁵⁰ DUGUIT (Léon), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État – Conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1911, p. 143.

¹⁴⁵¹ Sur le contrat de fonction publique, voir notamment : CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 2, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2002, n° 55, pp. 70-71.

¹⁴⁵² TARDIEU, concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, S. 1909.3. p. 150.

¹⁴⁵³ ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 296.

ajoutait que la grève d'un ouvrier des arsenaux est tout aussi gênante que celle d'un fonctionnaire proprement dit ; tous les services correspondent à l'accomplissement d'une mission essentielle de l'État. Gaston Jèze était sur la même ligne doctrinale, puisqu'il écrivait dans son commentaire de l'arrêt *Winkell* que « *grève et service public sont des notions antinomiques. L'individu au service public a l'obligation de gérer le service, tel qu'il est réglé par l'autorité compétente. Et cette autorité, en droit, a le pouvoir et le devoir de régler ce service non pas dans l'intérêt des agents, mais dans l'intérêt public. Voilà la notion du service public.* »¹⁴⁵⁴ Or, expliquait-il, « *la grève, c'est le fait qui subordonne le service public, c'est-à-dire l'intérêt général aux intérêts particuliers des agents. Quel que respectables que soient ces intérêts particuliers, ils ne peuvent l'emporter sur l'intérêt général représenté par le service public.* »¹⁴⁵⁵

966. – Un statut pour sécuriser le régime juridique des agents des services concédés – Mais la situation des agents des services concédés laissait subsister comme un doute sur les règles qui pouvaient leur être applicables. Car au fond, ces agents demeuraient des agents soumis au droit commun du travail, et ne pouvaient pas être assimilés à des fonctionnaires. Ils ne bénéficiaient donc pas des règles applicables aux fonctionnaires selon leur corps de rattachement. Certes, à l'époque, et il faut le rappeler, il n'existait pas un statut général de la fonction publique. Les projets en la matière, n'ont certes pas manqué tout au long de la III^e République, mais ne furent jamais adoptés¹⁴⁵⁶. Du moins, cependant, existait-il des réglementations spécifiques, plus ou moins étoffées d'ailleurs, pour chaque corps de fonctionnaires. Ceux-ci n'étaient donc, en principe, pas soumis à l'arbitraire du pouvoir étatique¹⁴⁵⁷. C'est pour cette raison que poussant son argumentation plus loin, Louis Rolland suggérait l'adoption de statuts

¹⁴⁵⁴ JÈZE (Gaston), « Conséquences d'une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique », note sous CE, 7 août 1909, *Winkell*, *R.D.P.* 1909, p. 500.

¹⁴⁵⁵ *Idem.*

¹⁴⁵⁶ Proposition de loi de Ferdinand Buisson en 1908. – Projet de loi déposé par Georges Clemenceau en 1909 (in *R.D.P.* 1909, p. 313 et p. 595). – Projet de loi déposé par Alexandre Millerand du 1^{er} juin 1920 (in *R.D.P.* 1920, p. 314 ; *R.F.A.P.* 1983, p. 629). On note aussi l'existence de projets plus anciens, comme celui présenté par la commission présidée par Lamy Turquet en 1873 (in A. LEFAS, *L'État et les fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1913, pp. 233 et suiv.), ou plus anciens encore, les propositions de M. Saint-Marc Girardin du 30 mars 1844 (in *Le Moniteur* 1944, p. 792) et de M. de Gasparin du 28 février 1846 (in *Le Moniteur* 1846, p. 513).

¹⁴⁵⁷ On se souvient toutefois que l'affaire des fiches qui éclata en 1904 révéla les pratiques arbitraires dans la gestion du corps des officiers au sein du ministère de la guerre. Les officiers catholiques étaient systématiquement bloqués dans leur avancement, alors que les libres-penseurs et autres francs-maçons étaient systématiquement promus. Les compétences n'étaient plus le seul critère d'avancement. Cet arbitraire, la nation le paiera au prix fort en 1914 compte tenu des manquements du commandement militaire par manque de compétence, et pour cause... Si bien que l'ordre, la hiérarchie et la discipline ne sont des remparts contre l'arbitraire, que s'il existe des règles établies en ce sens et qu'elles sont respectées.

applicables aux agents des services concédés. Comme il le précisait à propos des fonctionnaires, « *Tout le problème consiste à trouver quelque chose qui empêche ou atténue de la même manière les effets mauvais de l'injustice ou de l'arbitraire du patron État, sans avoir l'inconvénient de la grève, c'est-à-dire sans interrompre un service créé pour le public.* »¹⁴⁵⁸ Ce fameux « quelque chose », est notamment un statut¹⁴⁵⁹ ; mais c'est aussi une vision renouvelée des rapports sociaux dans les services publics concédés¹⁴⁶⁰. Cependant, son collègue toulousain était pour sa part beaucoup plus réservé, car selon lui, l'un des avantages de la concession de service public est le fait que « *le personnel des employés et ouvriers de la compagnie concessionnaire reste un personnel de citoyens et ne devient pas, du moins entièrement, un corps de fonctionnaires.* »¹⁴⁶¹ Toutefois, il constate aussitôt qu'« *Il y a incontestablement une forte tendance de la législation à assimiler aux fonctionnaires les personnels d'employés d'entreprises concédées ; les interventions de l'État dans la situation des cheminots ne se comptent plus.* »¹⁴⁶²

967. – Le statut suspecté de faire le lit du fonctionnarisme – On retrouve ici, chez Hauriou mais aussi dans une certaine mesure chez Rolland, l'expression d'une ambiguïté dans la pensée de certains juristes de cette époque, qui assimile régime statutaire et fonction publique. On sait d'ailleurs à quel point cette ambiguïté persiste aujourd'hui encore dans l'opinion commune des citoyens. Bien évidemment, il existe un lien de cousinage, plus ou moins marqué selon les statuts, avec la fonction publique. Mais, les différences sont nombreuses et suffisantes pour les distinguer clairement. On ne revient pas ici sur les ressorts de cette différenciation qui ont été largement expliqués par de savants auteurs, et on renvoie donc à leurs travaux¹⁴⁶³. On peut seulement

¹⁴⁵⁸ ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 302.

¹⁴⁵⁹ Il écrit ainsi que « *le grand remède imaginé à la crise actuelle, celui auquel tout le monde pense et auquel la Chambre a manifesté le dessein de recourir, c'est le vote d'une ou de plusieurs lois sur le statut des fonctionnaires.* » Cf. : ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 302.

¹⁴⁶⁰ En 1910, à propos de la grève des cheminots, il écrit ceci : « *Le vrai, c'est que si l'on veut éviter les troubles causés par les grèves à l'avenir, il faut prendre les choses de beaucoup plus haut, se rendre compte qu'il convient d'une part d'instituer des organismes destinés à trancher les conflits possibles, d'autre part surtout d'agencer les services publics en faisant des agents autre chose que des subordonnés, en les transformant en collaborateurs effectifs des dirigeants des services.* » Cf. : ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *R.D.P.* 1910, pp. 740-763.

¹⁴⁶¹ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public* (12^{ème} éd., Sirey), réédition, Paris, Dalloz, 2002, p. 1017.

¹⁴⁶² *Ibid*, p. 1017, note 4.

¹⁴⁶³ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, 568 pp. – GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, tome 175, 588 pp. – MAGGI-GERMAIN

préciser que, jusqu'en 1946, l'adoption des statuts a toujours été suspectée de faire le lit du fonctionnarisme, cette idée ayant d'ailleurs été renforcée par les nationalisations de l'après-guerre ; les débats parlementaires sont particulièrement éloquentes à cet égard¹⁴⁶⁴.

3.- L'échec des projets de statut interdisant le droit de grève

968. – Dès la fin du XIX^e siècle, le statut est apparu en théorie comme un moyen efficace pour interdire la grève dans les services publics, mais aussi pour limiter voire interdire les syndicats qui tendaient à se développer très librement en dehors de toute règle précise.

969. – **Les premières tentatives dans la fonction publique** – La double interdiction de la grève et des syndicats motivait au sein des élites gouvernementales l'adoption d'un statut général des fonctionnaires. Comme l'écrit Nicole Maggi-Germain, « *Chaque grève ou mouvement de protestation renforce l'État dans son idée d'adopter un statut des fonctionnaires. Le principe même d'un statut apparaît comme un moyen de développer une réglementation restrictive à l'égard des agents de l'État ; c'est une redoutable arme*

(Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, 496 pp.

¹⁴⁶⁴ Lors de l'adoption de la loi du 8 avril 1946 nationalisant le gaz et l'électricité, plusieurs députés de l'Assemblée nationale constituante, mettaient en garde contre le fonctionnarisme. Démesurément alarmiste, Jean-Marie Bouvier-O' Cottereau (Groupe du parti républicain de la liberté), s'exclamait : « *Les nationalisations, en concentrant et en centralisant tout, en fonctionnalisant les ouvriers et les employés d'hier, aggravent chaque jour les risques d'étatisme et de dictature dont les conséquences pourraient dépasser toute prévision.* » Cf. : *J.O. Déb. (A.N.C.)*, 2^{ème} séance du mardi 26 mars 1946, p. 1065. – Pour Paul Bécharde (Socialiste), il est important « *que les organismes à créer ne soient pas étatisés, fonctionnalisés, mais qu'ils obéissent aux règles en vigueur dans le commerce et l'industrie.* » Cf. : *J.O. Déb. (A.N.C.)*, 2^{ème} séance du mardi 26 mars 1946, p. 1075. – Marcel Feraud (Député MRP), met en garde également en indiquant que « *...faire de cet ensemble industriel et économique un grand service d'État dont les dirigeants, du haut jusqu'en bas de l'échelle, seraient des fonctionnaires soumis à l'autorité ministérielle, serait une erreur à laquelle nous ne pouvons souscrire.* » Cf. : *J.O. déb. (A.N.C.)*, 1^{ère} séance du mercredi 27 mars 1946, p. 1104. – Souscrivant à ces analyses, le rapporteur Paul Ramadier voulait clairement « *laisser l'étatisme et l'administration à la porte.* » Cf. : *J.O. Déb. (A.N.C.)*, 1^{ère} séance du jeudi 28 mars 1946, p. 1161. Tout comme l'avait admis le ministre communiste de la production industrielle, Marcel Paul ; pour celui-ci en effet, la gestion du nouvel ensemble [EDF-GDF] « *doit revêtir et conserver un caractère industriel et commercial et se libérer de méthodes administratives et bureaucratiques trop rigides.* » Cf. : *J.O. déb. (A.N.C.)*, 1^{ère} séance du mercredi 27 mars 1946, p. 1109. Si bien que Paul Ramadier aurait volontiers opté pour des conventions collectives au lieu du statut : « *M. Viatte demande une loi. Nous pensons qu'un décret suffirait et même que c'est une convention collective du travail qui devrait intervenir [...]* » Cf. : *J.O. Déb. (A.N.C.)*, 2^{ème} séance du jeudi 28 mars 1946, p. 1214.

contre l'organisation syndicale des fonctionnaires en même temps qu'un moyen de leur refuser le droit de grève. »¹⁴⁶⁵ Ainsi par exemple, Nicole Maggi-Germain note¹⁴⁶⁶ l'existence, en 1912, d'un projet de loi qui fut très critiqué. Il s'agissait d'un projet qui reprenait en réalité l'essentiel d'un projet précédent déposé le 11 mars 1907 par le Garde des sceaux, Monsieur Guyot-Dessaigne, sur le droit d'association des fonctionnaires, dont les dispositions prévoyaient l'interdiction du droit de grève, du droit syndical et de l'accès aux bourses du travail. De plus, le droit d'association était limité aux fonctionnaires d'un même service, ce qui visait directement à briser les fédérations et les unions. Les fonctionnaires et leurs syndicats n'ont pas hésité un instant à montrer leur hostilité à un tel « statut-acte d'autorité ». Ils considéraient qu'avec de tels projets de statut, le gouvernement voulait les ghettoïser en leur imposant des conditions beaucoup moins protectrices que celles du droit commun, ceci pour faire d'eux la « chose de l'État », corvéables à merci. Pour eux, un statut général de fonctionnaires constituait une régression sociale, alors qu'il était évident que le droit commun leur offrirait beaucoup plus de protection et de latitude d'action. Ainsi en 1909, un membre de l'Association générale des agents des Postes disait-il : « *de quel statut nous parle-t-on ? D'un statut... simple contrat de travail entre l'employé et son patron l'État ; ou d'un statut réglant l'exercice du droit d'association pour les salariés de l'État ? S'il s'agit du second, les congrès l'ont repoussé ; ils ont revendiqué le Droit commun, c'est-à-dire la loi de 1884 avec toutes ses conséquences* »¹⁴⁶⁷. A défaut de statut, les fonctionnaires préféraient de loin à l'époque le *statu quo*. Comme l'écrivait Benoît Laurent dans sa thèse en 1913, « *Grâce à l'absence de toute réglementation, les postiers espèrent bien arracher d'autres conquêtes ; ils comptent notamment sur la prolongation du "statu quo" pour implanter fortement leurs organisations illégales* »¹⁴⁶⁸. Toutefois, il serait abusif de considérer que l'échec de ces multiples tentatives de forger un statut unique des fonctionnaires est seulement dû aux fortes résistances syndicales. Car au fond, les gouvernements n'étaient pas totalement convaincus de l'utilité d'un statut uniforme, alors que les situations étaient diverses d'un corps à l'autre de la fonction publique. Par ailleurs, le Conseil d'État, qui avait notamment fait échouer le projet de 1912, et qui avait déjà manifesté ses fortes réticences sur un projet en 1873¹⁴⁶⁹, craignait qu'un tel statut

¹⁴⁶⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 38.

¹⁴⁶⁶ *Idem*.

¹⁴⁶⁷ Intervention publiée dans *Le Matin* du 16 mai 1909, cité par G. CAHEN, *Les fonctionnaires, leur action corporative*, Paris, Armand Colin, 1911, p. 277, in MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 39.

¹⁴⁶⁸ LAURENT (Benoît), *Services postaux en 1913*, Saint-Etienne, Imprimerie de la Loire, 1913, p. 535.

¹⁴⁶⁹ LEFAS (A.), *L'État et les fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1913, pp. 244 et suiv.

renforce les positions syndicales et les droits des fonctionnaires au point de faire naître une opposition d'intérêts entre l'État et les fonctionnaires. Or à l'époque, comme le précise René Chapus, « *la fonction publique restait largement conçue comme ne pouvant être autre chose que la puissance publique elle-même ; il serait dangereux et coupable de créer les conditions d'une opposition d'intérêts entre l'État et ses fonctionnaires.* »¹⁴⁷⁰ Le plus sage était donc de ne rien faire dans ce domaine.

970. – Les premiers projets de statuts dans les services concédés – En ce qui concerne les personnels des services concédés, Nicole Maggi-Germain indique que de nombreux projets de statuts ont existé, lesquels projetaient de priver les salariés du droit de grève. Elle note ainsi¹⁴⁷¹, à l'instar de Louis Rolland¹⁴⁷², l'existence de projets de loi relatifs au statut des cheminots. Ce furent trois projets de loi sur le sujet que le gouvernement déposa à la suite des grèves de 1910. Si l'un de ces projets a pu faire l'objet d'un rapport par le député Alexandre Millerand¹⁴⁷³, aucun ne fut discuté au Parlement avant le conflit mondial. En plus du statut proprement dit, le projet comportait des dispositions relatives au règlement pacifique des différends collectifs professionnels. Pour cela, le droit de grève était interdit, les résistances aux décisions arbitrales étaient sévèrement sanctionnées. Ce projet rencontra l'opposition des salariés et des syndicats, mais aussi des compagnies de chemins de fer qui estimaient que ce projet réduisait leur pouvoir sur leurs personnels au profit du ministre. D'où le manque d'entrain pour l'examiner au Parlement. Sachant qu'entre temps le gouvernement avait misé dès 1912 sur l'aboutissement d'un projet de statut pour les personnels de son propre réseau de chemins de fer. Après la Grande guerre, lors du dépôt du projet de statut général des cheminots, en 1919, les premiers intéressés refusèrent le principe d'une simple codification des nombreux textes réglementaires existants, et souhaitaient une unification de la réglementation sur la base de celle applicable depuis 1912 aux personnels des chemins de fer de l'État¹⁴⁷⁴. C'est d'ailleurs peu ou prou ce qui advint¹⁴⁷⁵

¹⁴⁷⁰ CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome II, 15^{ème} édition, 2001, p. 80, n° 66.

¹⁴⁷¹ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 30.

¹⁴⁷² ROLLAND (Louis), « La grève des tramways de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *R.D.P.* 1916, p. 600.

¹⁴⁷³ Ch. Dép., Rapport législatif fait par M. Alexandre Millerand, député, Annexe à la séance du 13 novembre 1911, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. dép.)* 1911, session extr., p. 181. Cité par : ROLLAND (Louis), « La grève des tramways de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *R.D.P.* 1916, p. 600.

¹⁴⁷⁴ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 43.

¹⁴⁷⁵ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, pp. 42-43.

lorsque fut adopté le statut des cheminots (des compagnies autres que celle de l'État) du 17 avril 1920. Ce statut avait été négocié par une commission paritaire¹⁴⁷⁶ composée à égalité de représentants des réseaux et du personnel, et dont les dispositions définitives furent arrêtées par une commission composée de hauts fonctionnaires, dont le rôle revenait à arbitrer entre les positions émises dans la première commission. Il fut notifié par le ministre des Travaux publics le 17 avril 1920, soit plus d'un an avant l'adoption définitive du projet de loi¹⁴⁷⁷. Comme le note Jacky Chorin, ce statut de 1920 « *ressemblait fort à un accord collectif, le Ministre n'ayant plus aucun pouvoir une fois le statut adopté* »¹⁴⁷⁸. En revanche, il remarque que la convention collective prévue par le décret-loi du 31 août 1937 avait une nature particulière – qui la rapprochait plus du statut réglementaire – puisqu'elle devait être approuvée par le conseil d'administration de la SNCF nouvellement créée, conseil dans lequel les représentants du personnel étaient minoritaires.

971. – Des agents rétifs aux statuts – Comme les fonctionnaires, les agents des services publics industriels et commerciaux se méfiaient de l'État. Ils craignaient eux aussi de devenir la chose de l'État une fois le statut adopté. Cette résistance était d'autant plus forte que ces agents étaient soumis à une réglementation du travail essentiellement tournée vers le droit commun du travail. Aussi voyaient-ils le danger d'entrer sous la sphère du droit public à travers un statut. Et si parfois le statut conservait l'apparence d'une convention collective, il n'en demeurait pas moins verrouillé par le gouvernement qui en tirait les ficelles, comme le statut des cheminots en 1937 ou ceux des compagnies aériennes subventionnées à partir de 1932. Nicole Maggi-Germain constate que « *les différents projets de statuts proposés par les Gouvernements reflètent l'image statique d'un État-autoritaire.* » C'est-à-dire, précise-t-elle¹⁴⁷⁹ d'un État Léviathan cher à Thomas Hobbes¹⁴⁸⁰ qui prétend incarner le bien commun¹⁴⁸¹. A quoi s'oppose le « *fédéralisme syndical proudhonien* » qui nie l'existence de l'État et souhaite substituer le droit privé au droit public. Nicole Maggi-Germain estime qu'entre les deux, il pouvait exister une voie médiane. Elle pense que l'« *on peut expliquer les échecs des différents projets de statut par l'incapacité de l'État à se réformer et repenser son rôle dans la*

¹⁴⁷⁶ Mise en place par un arrêté du 23 juillet 1919.

¹⁴⁷⁷ Loi du 29 octobre 1921, *J.O.R.F.* du 12 novembre 1921, p. 12550.

¹⁴⁷⁸ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 45.

¹⁴⁷⁹ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 42.

¹⁴⁸⁰ HOBBS (Thomas), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, Coll. « folio essais », 1027 pp.

¹⁴⁸¹ Notion cardinale de la philosophie thomiste, mais dont on peut douter qu'elle soit l'inspiratrice des gouvernants de la III^e République fortement imprégnés d'anti-cléricalisme.

société. Au statut-puissance publique, il eut été préférable de substituer un “statut-négociation”, à l’État-autoritaire, un État-savant, capable, tout en s’appuyant sur des relais, de dispenser son savoir au sein de la société civile. »¹⁴⁸²

972. – L’échec des projets de statuts coercitifs – Cela rejoint la pensée plus ancienne du professeur Louis Rolland qui, constatant la forte résistance des agents et des syndicats aux projets de statuts qui visaient à interdire le droit de grève et à limiter le droit syndical, précisait qu’en matière d’adoption d’un statut pour ces personnels « *le succès de toute réforme est conditionné par le degré de formation des individus.* »¹⁴⁸³ Mais il est vrai aussi que dans son idée, Louis Rolland ne limitait pas les statuts à de simples règles coercitives dont le but aurait été d’assurer la continuité du service, notamment en interdisant l’exercice du droit de grève. Déjà Rolland entrevoyait la nécessité d’allier sujétions et avantages à l’égard des personnels. Quoi qu’il en soit, note Nicole Maggi-Germain, « *Les projets de statut cherchant à limiter le droit de grève seront ainsi irrémédiablement repoussés tandis que la continuité du service public constitue, pour les Gouvernements, un impératif qu’il faut assurer* »¹⁴⁸⁴.

973. – En définitive, nous sommes amenés à constater que le droit de grève n’a jamais été interdit par les statuts. C’est la jurisprudence administrative qui se chargeait de l’interdire à l’égard de tous les agents des services publics. Dans ces conditions, les statuts adoptés ont eu une autre vertu : celle de stabiliser les relations de travail. Or cette stabilisation des relations de travail, n’était-elle pas sous-tendue, elle aussi, par l’idée de continuité du service public ? C’est que nous allons étudier maintenant.

B.- La stabilité des relations de travail par le statut

974. – Le statut, un remède à la précarité des relations de travail – Le statut n’ayant donc pas pu régler la question de l’exercice de la grève dans les services publics, on pourrait en conclure qu’il n’est tout simplement pas en mesure de prendre en charge l’idée de continuité du service public dans les relations de travail au sein des services publics. Mais, ce serait oublier que la continuité ne se résume pas à l’absence de grève.

¹⁴⁸² MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l’entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, pp. 42-43

¹⁴⁸³ ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 302.

¹⁴⁸⁴ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l’entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 43.

Bien d'autres aspects de la relation de travail concourent à la continuité du service public. Et l'un de ces aspects est la stabilité des relations de travail que procure le statut. Comme le notait Jean-Michel Bollé dans sa thèse, « *le statut présente sur le contrat l'avantage essentiel d'engendrer la durée, c'est-à-dire la permanence du lien...* »¹⁴⁸⁵ Pour bien comprendre cette avancée qu'engendre le statut en asseyant la stabilité du lien entre le service et l'agent, il faut revenir à la situation des personnels des services publics concédés à la fin du XIX^e siècle.

Comme le notait Hauriou, ils étaient dans la situation des ouvriers et des employés des industries du secteur privé. Le fait de travailler dans un service public industriel et commercial n'engendrait aucune spécificité dans la relation de travail. Mais, compte tenu du faible développement du droit du travail d'alors¹⁴⁸⁶, c'était livrer les agents des services publics à une situation précaire, aussi précaire que celle des travailleurs du secteur privé. On peut évoquer, sans entrer dans un détail qui relèverait d'une étude historique, la précarité liée au contrat de travail qui pouvait être conclu pour de brèves périodes et qui était renouvelable à merci ; ou encore cette précarité liée à un temps de travail à peine réglementé ; ou encore la précarité due au manque d'hygiène et de sécurité au travail ; ou encore la précarité liée à la faiblesse des salaires et au manque de perspective de carrière. La précarité n'était pas d'ailleurs le seul fait des employeurs qui pouvaient exploiter et licencier facilement le personnel. Dans une situation de croissance industrielle, les ouvriers et les employés des services concédés pouvaient aisément quitter leur employeur pour aller travailler dans une autre entreprise. Un agent travaillant la veille pour un service concédé pouvait pratiquement partir le lendemain dans une autre entreprise. Comment une telle précarité ou plutôt une telle instabilité dans les relations de travail pouvait-elle s'accorder avec l'exigence de continuité du service public ?

975. – La stabilité des relations de travail, facteur de sécurité d'exploitation – En 1888, Raymond Poincaré évoquait déjà dans un rapport à la Chambre des députés l'incertitude des lendemains qui pèse sur l'employé des chemins de fer comme d'un « *danger public* »¹⁴⁸⁷, cette situation étant à ses yeux « *incompatible avec les préoccupations d'ordre et de sécurité qui doivent dominer l'exploitation d'un service*

¹⁴⁸⁵ BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 197.

¹⁴⁸⁶ Pour une synthèse des aspects historiques du droit du travail, voir, par exemple : PÉLISSIER (Jean), AUZERO (Gilles) et DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du Travail*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, Coll. « Précis », n° 8-27, pp. 8 à 27. Voir aussi : MAZEAUD (Antoine), *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat », 9^{ème} éd., 2014, n° 30-54, pp. 19-34.

¹⁴⁸⁷ Rapport à la Chambre, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)* n° 3472, annexe à la séance du 29 décembre 1888 ; rapport supplémentaire, doc. 3706, annexe à la séance du 9 avril 1889.

d'intérêt général... »¹⁴⁸⁸ On note que c'est la sécurité qui est mise ici en avant par Raymond Poincaré, et non pas la continuité. Mais on sait à quel point les deux notions sont complémentaires et combien elles entretiennent des liens privilégiés. Il met la sécurité sur le même plan que l'ordre, terme vague sous la coupe duquel on doit ranger sans hésiter la stabilité du lien entre l'agent et le service. Cette stabilité, cette permanence du lien, est source d'ordre au sein dudit service. C'est d'ailleurs dans cette perspective que l'on doit comprendre les dispositions actuelles des statuts en vigueur qui obligent les agents des services publics en réseaux à être immédiatement disponibles, en toutes circonstances pour exécuter le service. L'ordre est en outre directement lié à la discipline et à la hiérarchie au sein du service, comme dans la fonction publique. Dès lors, nombreux sont ceux qui souhaitent soumettre les agents des services concédés à des règles équivalentes à celles existantes pour les fonctionnaires, ceci afin d'assurer cet ordre nécessaire à la sécurité et donc à la continuité, par la hiérarchie et la discipline.

976. – Le statut, facteur de fidélisation des agents envers le service – En offrant des conditions de travail supportables et même plus favorables à ce qui se pratique dans d'autres secteurs, en assurant une protection sociale et notamment une retraite, les services publics ont fidélisé leur main d'œuvre en faisant d'elle une quasi élite sociale. Dès lors, se profile en embuscade une autre idée maîtresse du statut : la stabilité des relations de travail et la continuité dans l'accomplissement des missions de service public, qui sont tous deux le fruit de la paix sociale qu'engendre le statut. Le statut est donc un facteur de la paix sociale dans les services publics. De ce fait, il apparaît comme un moyen indirect d'assurer la continuité du service public.

§2.- Le statut pensé comme facteur de paix sociale

977. – Puisque, autant pour des raisons politiques que syndicales, le statut n'est pas en mesure d'interdire, voire simplement de réglementer, le droit de grève dans les services publics concédés, au moins peut-il se révéler être un instrument efficace de pacification des relations de travail. Or, assurer la paix sociale, n'est-ce pas le plus sûr moyen d'assurer la continuité dans ces services publics ? Beaucoup le pensait fermement dès le début du XX^e siècle, si bien que les premières règles statutaires furent

¹⁴⁸⁸ Rapport à la Chambre, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)* n° 3472, annexe à la séance du 29 décembre 1888 ; rapport supplémentaire, doc. 3706, annexe à la séance du 9 avril 1889.

adoptées dans cette optique. À cet égard, les évolutions récentes du droit conventionnel relatif à la gestion des conflits collectifs à la RATP ou à la SNCF et la loi du 21 août 2007¹⁴⁸⁹, tablent également sur une continuité du service mieux garantie par un meilleur dialogue social et donc une paix sociale mieux sauvegardée. On aura l'occasion d'y revenir ultérieurement.

978. – Toujours est-il que dans cette perspective, les statuts du personnel ont d'abord constitué un moyen de lutte contre l'arbitraire dans les relations de travail (A.-), en même temps d'ailleurs qu'ils permettaient de lutter contre la précarité, comme on l'a vu précédemment¹⁴⁹⁰. Et plus globalement, les statuts ont permis d'améliorer significativement les conditions de travail des agents des services concédés (B.-).

A.- L'arbitraire dans les relations de travail, anéanti par le statut

979. – ***L'arbitraire dans les services concédés*** – La plupart des juristes et des responsables politiques du début du XX^e siècle considéraient que le statut était une arme efficace pour lutter contre l'arbitraire dans les relations de travail. L'absence de règles précises en matière de nomination, d'avancement, de promotion et plus généralement dans la gestion des ressources humaines des services concédés, pouvait générer des situations de favoritisme et de népotisme. Or l'arbitraire et le favoritisme peuvent compromettre la continuité du service public à deux égards. Tout d'abord, par l'injustice qu'ils génèrent dans les relations de travail, ils peuvent être à la source de mécontentements chez les agents « lésés », de nature à engendrer des conflits collectifs dans l'entreprise. Ensuite, par la négation des compétences au sein de l'entreprise, ils peuvent être à l'origine d'un encadrement incompetent compromettant gravement la sécurité opérationnelle du réseau.

980. – ***Une lutte engagée au Parlement*** – Ainsi, parmi les promoteurs des statuts la lutte contre l'arbitraire dans les relations de travail est une préoccupation importante dès le début du XX^e siècle. En 1911, dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif à l'homologation des règlements du personnel des compagnies de chemin de fer, le ministre du travail Victor Augagneur exposait que « *bien loin de diminuer l'autorité, d'énerver la discipline, nous avons la conviction que nos projets ne peuvent que les*

¹⁴⁸⁹ Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, texte 2 sur 139.

¹⁴⁹⁰ Cf. : Supra, §§ 974 et suiv.

renforcer en délivrant l'autorité de toute suspicion d'arbitraire, et en enlevant aux subordonnés tout prétexte à des doléances injustifiées. »¹⁴⁹¹ De même, quinze ans plus tard, en 1926, le député Lebas, rapporteur de la Commission du Travail, affirmait devant la Chambre des députés qu'il était de l'intérêt du personnel des industries électriques et gazières d'être doté d'un statut qui « lui donnera des garanties contre tout arbitraire »¹⁴⁹². Il en va de même pour le statut des personnels des compagnies maritimes projeté en 1929 qui, selon le rapporteur à la Chambre, pour chacun des agents définira « de façon parfaitement claire ses devoirs mais aussi ses droits, afin de rendre impossible tout conflit, ne rien laisser à l'arbitraire »¹⁴⁹³.

981. – Une lutte soutenue par une partie de la doctrine – Du point de vue de la doctrine juridique, Louis Rolland est celui qui au début du XX^e siècle a le plus développé cette idée de lutte contre l'arbitraire. Dans son commentaire déjà cité de l'arrêt *Winkell*, il évoquait la nécessité de trouver ce « quelque chose » qui permettra peut-être d'éviter toute grève¹⁴⁹⁴. Il pensait d'ailleurs, qu'il valait mieux, pour les fonctionnaires, « être régis par des règles fixes plutôt que d'être à la merci de mesures d'arbitraire et de favoritisme. »¹⁴⁹⁵ Comme il l'écrivait quelques années plus tard, en 1916, il ne suffit pas d'interdire le droit de grève aux agents des services concédés, « il est indispensable de leur donner des garanties et une situation telles qu'ils n'aient pas besoin de se mettre en grève. Autrement, ils sont à la merci d'un patron qui peut abuser et commettre des injustices, et le recours à la grève leur paraît malgré tout le seul remède possible. »¹⁴⁹⁶

982. – Le statut, gage de progrès dans les relations de travail – Nul doute que grâce à une réglementation précise sur les nominations, l'avancement, les règles disciplinaires et plus largement les conditions générales d'organisation du travail au sein du service public, chaque agent connaît par avance sa situation dans le service, sans risque d'avoir de mauvaise surprise. Ainsi, le statut tout en jugulant l'arbitraire dans les relations de travail, permet comme on l'a vu de stabiliser celles-ci. Ce sont là des progrès indéniables compte tenu de ce qui prévalait auparavant. Mais plus généralement le statut

¹⁴⁹¹ Projet de loi sur la désignation des agents supérieurs des compagnies de chemin de fer et l'homologation de règlements concernant le personnel, session extraordinaire, séance du 7 novembre 1911, Annexe n° 1268, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. Dép.)*.

¹⁴⁹² Session de 1926, Annexe 3228, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. Dép.)*.

¹⁴⁹³ *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. dép.)*, Séance du 31 janvier 1929, Annexe 1194, p. 143.

¹⁴⁹⁴ ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, p. 302.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 307.

¹⁴⁹⁶ ROLLAND (Louis), « La grève des tramways de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *R.D.P.* 1916, p. 600.

permet d'améliorer les conditions de travail au sein des services concédés, ce qui doit en principe, par ricochet, favoriser la continuité du service.

B.- L'amélioration des conditions de travail par le statut

983. – Une prise de conscience – Les luttes pour l'amélioration des conditions de travail ont émaillé la seconde moitié du XIX^e siècle et tout le début du XX^e. Les services publics concédés n'étaient pas en reste dans ces luttes. On sait qu'à cette époque, ces services concédés, étaient soumis au droit commun de la réglementation du travail. Les entreprises concessionnaires étaient des entreprises privées, dont le personnel était de droit privé. Celui-ci, bien qu'affecté à un service public ne fut jamais considéré comme un personnel fonctionnaire¹⁴⁹⁷. Il est vrai qu'à la fin du XIX^e siècle, la notion même de service public était balbutiante, si bien qu'on ne distinguait pas nécessairement les spécificités du travail dans les services publics. En revanche, au début du XX^e siècle, on constate une concomitance entre la prise de conscience des spécificités du travail dans les services publics industriels et commerciaux et les premières législations et réglementations relatives aux conditions de travail dans ces mêmes services.

984. – Le progrès social dans les chemins de fer – L'essor des services publics concédés dans les industries de réseaux s'est en effet accompagné d'une amélioration des conditions de travail de leurs personnels. À cet égard, l'exemple des chemins de fer est significatif car ce fut le premier de ces secteurs à connaître une telle évolution. Il faut dire que les insuffisances sociales dans ces secteurs se conjuguèrent avec des problèmes de sécurité opérationnelle croissants. Paulette Le Gall rapportait en 1957 dans sa thèse qu'une circulaire de 1855 constatait qu'« *une opinion s'est depuis quelque temps répandue dans le public et semble s'accréditer de plus en plus à chaque nouvelle catastrophe, c'est que l'on peut attribuer en partie les accidents à l'insuffisance du nombre des agents et à l'excès de travail qui serait ainsi imposé à chacun d'eux* »¹⁴⁹⁸. Malgré ce constat, les premières mesures sociales significatives tarderont à être adoptées. Ce n'est que trente ans plus tard, en 1884, qu'une autre circulaire vient

¹⁴⁹⁷ Léon Duguit pensait au contraire que dès lors qu'il s'agissait d'un service public concédé, les agents travaillant en son sein devaient être considérés comme des fonctionnaires. Cf. : *Droit constitutionnel*, Paris, 1927, tome III, pp. 20-21.

¹⁴⁹⁸ LE GALL (Paulette), *Évolution des relations collectives entre les chemins de fer d'intérêt général et leur personnel*, Thèse, Paris, 1957, 177 pp. (spéc. p. 7). Citée par : MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 29.

limiter la durée journalière des aiguilleurs à 12 heures. Puis il aura fallu une décennie supplémentaire pour que cette mesure fût étendue à toutes les catégories de personnel des chemins de fer, en 1894¹⁴⁹⁹. En 1899, Alexandre Millerand mit en place, par décrets, une véritable réglementation du travail pour tous les marchés de travaux publics ; celle-ci trouva à s'appliquer dans les chemins de fer qui connaissaient un développement tant au niveau national que local. Ces décrets du 10 août 1899 prévoyaient l'insertion systématique de clauses spécifiques dans les cahiers des charges des entreprises concessionnaires de marchés de travaux publics, afin d'obliger les employeurs à assurer aux travailleurs au moins un jour de repos dans la semaine, une durée du travail journalier limitée et un salaire normal au moins égal au taux normal dans les professions. Comme l'indique Nicole Maggi-Germain dans sa thèse, « *les décrets Millerand ont ainsi constitué le point de départ d'une intervention croissante de l'État, plus particulièrement dans le domaine ferroviaire.* »¹⁵⁰⁰. A partir de ce moment, l'idée d'un véritable statut du personnel réglant l'ensemble des conditions de travail a progressivement pris corps. Mais comme on le sait, de nombreux projets n'aboutirent pas, faute d'avoir voulu interdire ou limiter le droit de grève et le droit syndical. Toutefois, le 4 septembre 1912, après un an de discussions, un statut du personnel du réseau de l'État vit le jour. Mais en dépit des souhaits de son promoteur, Georges Clemenceau, qui voulait faire de ce réseau un « réseau témoin » pépinière du progrès social, ce statut ne fut en définitive qu'une sorte de codification des règles déjà appliquées dans ce réseau¹⁵⁰¹. Puis, comme on le sait aussi, en 1921, les personnels des autres réseaux ont bénéficié d'un nouveau régime juridique unique, instituant notamment des délégués du personnel. Il est incontestable qu'à cette date, la condition sociale du cheminot était bien meilleure qu'une trentaine d'années plus tôt. Le statut a été le vecteur de ce progrès social.

985. – Le progrès social dans les industries électriques et gazières – Suivant l'exemple des chemins de fer, des statuts virent également le jour dans les industries électriques et gazières. Il est certain que les décrets Millerand de 1899 ont également permis l'élaboration progressive d'une réglementation sociale dans ces industries. Mais la systématisation des clauses sociales dans tout le secteur intervint bien plus tard, avec

¹⁴⁹⁹ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 29.

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, pp. 29-30.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 30.

la loi du 28 juillet 1928¹⁵⁰². On sait que cette loi avait pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité. De façon très explicite, cette loi visait à prévenir les conflits du travail et toute autre menace permanente sur la continuité du service public de production et de distribution du gaz et de l'électricité. De plus, une circulaire datée du 31 décembre 1928 prévoyait les conditions de titularisation et de licenciement des agents, le mode de détermination des salaires, les mesures disciplinaires et le règlement amiable des différends collectifs. Puis une convention signée le 10 juin 1936 a étendu aux personnels des industries électriques et gazières les accords de Matignon signés le 7 juin. Enfin, une circulaire du 9 juin 1937 proposa un modèle de statut pour tous les personnels non-cadres des entreprises concessionnaires des forces hydrauliques, de transport et de distribution d'énergie¹⁵⁰³.

986. – La multiplication des statuts – Durant toute cette première moitié du XX^e siècle, alors que les règles statutaires proliféraient dans chaque entreprise des secteurs concernés, il existait simultanément un effort entrepris pour unifier ces règles diverses et disparates. Cependant, il y avait là une difficulté sérieuse, compte tenu de la multiplicité des entreprises concessionnaires d'une part, et surtout des différents types de concessions d'autre part. En effet, certaines concessions relevaient de l'État, alors que d'autres relevaient soit des communes soit des départements. Par ailleurs les activités concédées étaient multiples. Dans le seul secteur de l'énergie, il existait des concessions pour la production, d'autres pour le transport, et d'autres enfin pour la distribution d'électricité ou de gaz. C'est ainsi que, reflétant une opinion dominante à l'époque, le sénateur Justin Godard pouvait écrire sur le projet de loi qui aboutira à la loi du 28 juillet 1928 précitée : « *Une réglementation uniforme pour les concessions les plus considérables comme pour les plus minimes, par exemple présenterait des difficultés qu'il vaut mieux éviter en laissant aux concessionnaires et aux organisations syndicales le soin d'émettre leurs avis sur lesquels il appartiendra à l'autorité concédante de se prononcer* »¹⁵⁰⁴. D'où le fait que les clauses pouvaient varier d'un cahier des charges à l'autre. À l'époque l'essentiel n'était pas encore l'unification des statuts, il importait

¹⁵⁰² Loi du 28 juillet 1928 *ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité*, J.O.R.F. du 31 juillet 1928, p. 8555 ; D. 1929, IV, p. 156.

¹⁵⁰³ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. « Bibliothèque de droit social », tome 30, p. 31.

¹⁵⁰⁴ Sénat, Rapport législatif fait par M. Justin Godard, Sénateur, Annexe à la Séance du 17 novembre 1927, J.O.R.F. Doc. parl. (Sénat) janvier 1928, p. 751 ; S. 1929, IV, p. 2106, note 2.

seulement que les conditions de travail fussent clairement déterminées et de telle sorte qu'il n'y eut plus matière à se mettre en grève.

987. – *Le statut en prévention des conflits* – À défaut de pouvoir inscrire dans les règles statutaires l'interdiction du droit de grève, la « solution miracle » obtenue dans le courant des années 1920 consiste à assurer la continuité des services publics concédés par l'absence de conflits sociaux. Déjà en 1911, le ministre des Travaux publics, Victor Augagneur, soulignait dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif au statut des cheminots, projet non abouti comme on le sait¹⁵⁰⁵, que « *L'État a le droit et le devoir de prévenir entre les compagnies et leur personnel, les occasions de conflit et les dissensions dont des faits récents ont montré les déplorables conséquences.* »¹⁵⁰⁶ C'est là un objectif clairement annoncé par les promoteurs des projets en la matière. Cet objectif est également reconnu par un avis du Conseil d'État, rendu le 15 novembre 1928 à propos de la loi du 28 juillet 1928, dans lequel il est affirmé qu'en imposant des clauses réglementaires annexées aux cahiers des charges des entreprises concessionnaires électriques et gazières, le législateur s'est « *préoccupé d'assurer la continuité du service public [...], de prévenir les conflits du travail susceptibles de compromettre cette continuité et de procurer aux employés et ouvriers qui collaborent à l'exécution dudit service public, un statut propre à écarter ces conflits* »¹⁵⁰⁷. Le statut est donc à cette époque conçu comme le moyen idoine pour écarter les conflits sociaux et partant, pour assurer la continuité du service public. Cela suppose que le contenu social du statut soit suffisant et de nature à pacifier les relations collectives de travail.

Section 2.- Des statuts organisant un équilibre instable entre sujétions et avantages

988. – L'après seconde guerre mondiale fut incontestablement la période faste du droit statutaire. Alors que le droit commun du travail avait trouvé un équilibre en 1936, avec la généralisation du droit conventionnel et de la négociation collective entre partenaires sociaux, un droit spécifique vit le jour dans les grands services publics en réseaux progressivement nationalisés. Chaque réseau était géré par une entité unique

¹⁵⁰⁵ Cf. : *Supra*, § 970.

¹⁵⁰⁶ Cité par Jacky Chorin, in *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 41.

¹⁵⁰⁷ PRUGNAUD (Louis), « Le statut du personnel des entreprises de production, du transport et de distribution d'électricité et de gaz », *C.J.E.G.* 1987, Chron., p. 665.

aux mains de l'État. Dès lors la situation des personnels se modifia. Certes, on doit reconnaître qu'à l'époque, il existait un débat quant à la nature exacte des relations entre ces personnels des services publics et leurs employeurs publics. On renvoie sur ce point aux travaux existants qui ont parfaitement analysé ces situations juridiques¹⁵⁰⁸. Du moins en retient-on la conclusion, à savoir que les statuts des personnels des entreprises publiques de service public sont des actes unilatéraux. Autrement dit, les statuts sont des actes réglementaires car fondamentalement similaires aux actes administratifs. Le contentieux de leur légalité ressort donc du juge administratif. Toutefois, ces statuts emportant règlement des relations collectives du travail, s'appliquent à des agents dont la relation avec l'employeur est contractuelle, si bien que les litiges individuels de travail ressortent de la compétence judiciaire.

989. – Bien que centrés sur la notion de service public que les nationalisations semblent avoir renforcée, les statuts du personnel ne sont pas pour autant axés sur le principe de continuité du service public. L'analyse montre même que la place réservée à ce principe, sans être nulle, n'est pas forcément déterminante. Du moins, si le principe imprègne certaines règles, il est souvent noyé dans l'expression plus large de « service public » (§1.-). Dès lors, il n'est pas excessif de considérer que le principe de continuité est le grand absent du compromis statutaire de la Libération (§2.-).

§1.- Les quelques dispositions statutaires justifiées par le principe de continuité

990. – La plupart des statuts du personnel réglemente drastiquement le cumul d'activité par les agents du service public ; Tel est le cas dans les industries électriques et gazières, où la circulaire PERS 92 adoptée dès 1947 et toujours en vigueur pose le principe selon lequel « *En raison des avantages substantiels et des garanties étendues apportées au personnel par le Statut National, il est désirable que les agents consacrent tout leur temps au Service public.* » Une telle règle d'interdiction du cumul, comme dans la fonction publique d'ailleurs, a notamment pour but d'éviter une discontinuité du service liée aux risques d'absences répétées des agents cumulant plusieurs activités.

¹⁵⁰⁸ GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, tome 175, 588 pp. – MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, 496 pp.

991. – L'analyse des statuts du personnel des secteurs relevant de la présente étude montre que trois catégories principales de dispositions statutaires sont directement, parfois même explicitement, fondées par le principe de continuité du service public¹⁵⁰⁹. On note ainsi l'existence des dispositions relatives au temps de travail (A.-), des dispositions relatives aux congés payés (B.-) et de certaines des dispositions relatives à l'organisation générale du service (C.-).

A.- Les dispositions relatives au temps de travail

992. – ***La justification des règles sur le temps de travail*** – Les missions de service public assurées par les entreprises de réseaux justifient des règles particulières concernant le temps de travail des agents. En effet, la continuité du service suppose que des agents soient à l'œuvre à tout moment exigé par le programme d'exploitation dudit service. Afin que les agents ne soient pas soumis à une charge de travail excessive, ce qui compromettrait la sécurité opérationnelle du service, une réglementation spécifique du temps de travail s'impose. Cette réglementation doit certes fixer une durée limitée du travail journalier, hebdomadaire, mensuel ou annuel ; mais elle doit aussi fixer une amplitude de travail pour les agents qui sont soit mobiles (les personnels roulants, ou navigants), soit dans des équipes fonctionnant par roulement en trois huit. Ces amplitudes doivent tenir compte de certaines spécificités, telles que les temps d'attente, de préparation ou de terminaison des missions¹⁵¹⁰.

993. – ***Les statuts à Air France et à Aéroports de Paris*** – Certains statuts soulignent explicitement le lien entre la continuité du service et la réglementation spécifique du temps de travail dans l'entreprise qu'ils édictent. C'est le cas de l'article 12 du statut du personnel au sol d'Air France qui disposait que « *La compagnie assumant la charge d'un service public soumis à des conditions particulières de sécurité, de régularité et de continuité, les agents peuvent être appelés à effectuer leur service la nuit, le dimanche*

¹⁵⁰⁹ Précisons que les développements qui suivent n'examinent pas les règles applicables dans les services postaux et de télécommunications, dans la mesure où les personnels statutaires de ces réseaux relèvent du statut général de la fonction publique. Dans ce cadre, les décrets portant statuts particuliers des différents corps de fonctionnaires des postes et des télécommunications, comportent les règles relatives au recrutement, à l'intégration et au déroulement carrière, mais ne comportent aucune précision relative aux sujétions particulières qui seraient imposées aux personnels statutaires de ces corps.

¹⁵¹⁰ Ces notions sont particulièrement développées dans l'aviation commerciale. Cf. : LECAT (Donatien), « Temps de travail des personnels navigants aériens : vers une harmonisation communautaire – Ou critique d'une norme technique », *Dr. soc.* 2000, pp. 420-431.

ou les jours fériés. Ils doivent assurer les permanences et effectuer les heures supplémentaires qui leur sont exceptionnellement prescrites pour la bonne exécution du service dans les conditions fixées par la législation en vigueur »¹⁵¹¹. De même, le chapitre VII de l'ancien statut du personnel navigant de la compagnie nationale disposait en préambule que le personnel « doit constamment tenir compte des notions de sécurité, de régularité et de service public qui caractérisent l'activité de la compagnie et exigent de tous les membres de son personnel une attention particulière »¹⁵¹². On note également que l'article 12 du statut du personnel d'Aéroports de Paris, indique lui aussi qu'« En raison de la nature particulière et de la continuité indispensable du service public assuré par Aéroports de Paris (...), tout agent peut être appelé à travailler, soit la nuit, soit les jours fériés, à assurer des permanences, à effectuer des heures supplémentaires, à travailler par roulement »¹⁵¹³.

994. – Le statut de la SNCF – En revanche, à la SNCF, ce lien n'est pas explicitement fait. Pourtant c'est bien la continuité du service public qui impose d'emblée le principe (longtemps dérogatoire au droit commun du travail¹⁵¹⁴) de l'annualisation du temps de travail applicable dans l'entreprise. Cette annualisation permet une grande souplesse dans l'organisation des temps de travail à la SNCF en fonction des besoins normaux du service. On trouve cependant des références à la « continuité des circulations » dans certaines dispositions statutaires relatives aux temps de repos suivant un travail commandé en urgence. Ainsi l'article 32-I-2 du règlement du personnel RH 0077 – règlement intitulé « Réglementation du travail » et issu d'un décret en Conseil d'État¹⁵¹⁵ – dispose que « Lorsque pour parer à des besoins accidentels ou pour assurer la continuité des circulations, un travail a été commandé le dimanche, le repos donné en remplacement, doit l'être au plus tard dans la semaine suivante. »¹⁵¹⁶ Quant à l'article

¹⁵¹¹ Cité par : CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 116 ; et par : MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 45.

¹⁵¹² Cité par : MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 44.

¹⁵¹³ Cité par : CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 117.

¹⁵¹⁴ La modulation du temps de travail à l'année a été assouplie par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 qui a modifié l'article L. 212-8 du Code du travail relatif à cette question.

¹⁵¹⁵ Décret n° 99-1161 du 29 décembre 1999 relatif à la durée du travail du personnel de la Société nationale des chemins de fer français, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1999, pp. 19821 et suiv. – Ce décret a été modifié par celui du 4 janvier 2006 (Cf. : *J.O.R.F.* du 5 janvier 2006, texte 13/132), ceci afin de tenir compte de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 4 novembre 2003 et concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées.

¹⁵¹⁶ Art. 32-I-2 du règlement du personnel RH 0077.

32-VIII, il indique de façon comparable que « *Lorsque, pour parer à des besoins accidentels ou pour assurer la continuité des circulations un jour de repos périodique a été supprimé, le jour de repos donné en remplacement doit l'être aussitôt que possible.* »¹⁵¹⁷ Et plus généralement, l'article 48 du statut exige que soit dérogé à l'application des règles normales statutaires en matière de durée du service lorsque des circonstances imprévisibles l'exigent. Or il est notable que cet article s'intitule expressément « continuité du service ».

995. – Le statut dans les industries électriques et gazières – Dans les industries électriques et gazières, le statut diffère de ceux que nous venons de passer en revue. En effet, l'article 15, § 1er du statut national dispose en effet le principe selon lequel « *La durée hebdomadaire de travail est celle prévue par la législation en vigueur pour les établissements publics, industriels et commerciaux, sous réserve des dérogations temporaires ou permanentes prévues par la réglementation applicable dans les services et les exploitations du gaz et de l'électricité* ». Autrement dit, le droit commun en matière de durée du travail s'applique en principe dans ces industries. Mais, en réalité, les règles d'application du statut distinguent entre les services continus et les services discontinus. Ceci est mis en place par la circulaire PERS 530 qui dispose que « *Le maintien de la continuité du service public de la production, du transport et de la distribution de l'électricité et du gaz, les exigences relatives à la sécurité des personnes et des installations impliquent l'existence de deux régimes de travail, celui des services discontinus et celui des services continus, et l'existence de sujétions de service. Parmi les sujétions de service, l'astreinte impose à certains agents de se tenir, en dehors des heures normales de travail, à la disposition de l'exploitation pour effectuer les dépannages et interventions nécessaires.* » Sur ce fondement, la circulaire PERS 537 prévoit que « *le maintien de la continuité du service public implique la présence de personnel en service continu dont le travail a pour caractéristique essentielle de s'effectuer en roulement permanent. Celui-ci impose aux agents qui y sont soumis un certain nombre de contraintes dont les répercussions sont sensibles sur leurs conditions de vie, tant sur le plan familial que sur le plan social* ». Plusieurs autres circulaires d'application du statut s'inscrivent dans cette logique, notamment la circulaire PERS

¹⁵¹⁷ Art. 32-VIII du règlement du personnel RH 0077.

194¹⁵¹⁸ qui a pour objet les sujétions de service (astreintes, permanences) et l'organisation des travaux extra-horaires¹⁵¹⁹.

996. – La dérogation au droit commun, signe d'une prise en compte des spécificités du service public – Il ressort de l'exposé de ces quelques éléments statutaires, que – mis à part le cas des industries électriques et gazières –, le principe de continuité du service public n'irrigue pas l'ensemble de la réglementation du temps de travail des personnels des entreprises de réseaux. En effet, à la SNCF, tout comme à Air France ou à Aéroports de Paris, le principe de continuité tend à être invoqué pour « parer » à des circonstances imprévisibles ou accidentelles qui risquent de compromettre le fonctionnement normalement prévu du service public. Ceci tendrait d'ailleurs à corroborer ce qui a été dit à propos du principe de continuité dont l'objectif est certes d'assurer le fonctionnement normal du service, mais aussi le fonctionnement « anormal » du service lorsque le programme prévisionnel d'exploitation ne peut pas être respecté quelle qu'en soit la cause. Mais dans ces trois entreprises, cela ne veut pas dire que la continuité n'irrigue pas les règles relatives au temps de travail en cas de circonstances normales de fonctionnement du service. Le fait qu'en matière de temps de travail le statut soit dérogatoire du droit commun, indique nécessairement que les règles applicables tendent à prendre en considération des données auxquelles le droit commun ne peut pas s'attacher. Or ces considérations sont d'abord liées au service public ; et plus particulièrement à la continuité exigée par celui-ci. Un exemple pris *a contrario* est assez significatif à cet égard : l'article 7 du statut du mineur renvoie purement et simplement au code du travail en ce qui concerne le temps de travail. Or comme on le sait, tant les charbonnages que les autres exploitations minières, dans lesquels ce statut trouve à s'appliquer, n'étaient pas considérés comme des services publics. Ainsi, le renvoi au droit commun est justifié par l'absence de paramètres spécifiques liés à la continuité du service et dont les règles sur le temps de travail

¹⁵¹⁸ Outre la circulaire PERS 194, on trouve la PERS 571 sur les « Services discontinus. Heures de travail tardives de jour dans le cadre d'un horaire habituel de travail – Indemnisation », la PERS 788 sur les « Horaires flexibles », chacune tenant compte des nécessités du service public.

¹⁵¹⁹ Concernant les travaux extra-horaires, la circulaire PERS 194 précise : « *si des nécessités de service viennent à entraîner, pour tout ou partie du personnel d'un service ou d'une exploitation, un décalage d'horaire susceptible de se prolonger sur une période assez longue, le directeur de ce service ou de cette exploitation peut fixer temporairement, en accord avec les représentants syndicaux, un nouvel horaire adapté aux circonstances.* ». Elle prévoit en outre le travail dominical et de nuit : « *Les nécessités inhérentes à un service ou à une exploitation peuvent impliquer l'exécution, le dimanche ou la nuit, de travaux autres que ceux incombant normalement au personnel des services continus. Il est alors fait appel à des agents des services discontinus, dont l'horaire hebdomadaire de 48 heures se trouve, selon une périodicité fixée à l'avance, établi de telle sorte qu'il comprenne tout ou partie d'un dimanche ou de la nuit.* »

n'avaient donc pas à tenir compte. Pourtant, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, le statut du personnel des industries électriques et gazières, renvoie pour sa part et par principe au droit commun applicable en matière de durée de travail, mais de façon à mieux y déroger ensuite par un ensemble de normes réglementaires d'application du statut.

B.- Les dispositions relatives aux congés payés

997. – Des règles comparables à celles du droit commun – Les règles statutaires relatives aux congés payés sont elles aussi dérogatoires du droit commun car fondées sur les nécessités du service et sur la continuité du service public. Tel est le cas du chapitre 10 du statut du personnel de la SNCF qui est entièrement consacré à la question des congés. Mais on doit aussitôt remarquer que la continuité ne figure pas dans ces dispositions statutaires. L'article 2 de ce chapitre 10 indique simplement que « *les congés sont accordés en tenant compte des désirs de l'agent dans la mesure compatible avec les exigences du service* ». Mais ce n'est là rien de vraiment dérogatoire au droit commun. Il en va de même de l'article 18 du statut du personnel des industries électriques et gazières, lequel précise, « *les congés annuels peuvent être fractionnés au gré de l'intéressé dans toute la mesure où l'organisation du service le permet.* » De façon générale, les règles d'application de ces statuts n'interviennent ensuite qu'à la marge pour préciser quelques points techniques relatifs à ces règles de congés¹⁵²⁰.

998. – L'économie générale des règles de congés, liée aux nécessités de la continuité du service – Si les dispositions statutaires relatives aux congés prises individuellement, ne révèlent pas une filiation avec le principe de continuité, en revanche, l'économie générale de ces règles statutaires semble le montrer. Du moins, c'est ce qui est apparu à l'issue de nombreux contentieux relatifs à l'application de ces dispositions statutaires à la SNCF et à EDF. Certains salariés de ces deux entreprises considéraient que les règles d'indemnisation des congés étaient moins avantageuses que celles issues des articles L.3141-1 et suivants du code du travail. Or, en vertu de l'article L.3111-1 du code du travail¹⁵²¹, les entreprises publiques, même chargées d'un service

¹⁵²⁰ Tel est le cas par exemple de la circulaire N69-25 des directeurs généraux d'EDF et de GDF qui modifie la circulaire PERS 281 en ce qui concerne le report des congés annuels d'une année sur l'autre.

¹⁵²¹ L'article L. 3111-1, al. 1^{er}, du code du travail dispose : « *Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables aux établissements publics à caractère industriel et commercial.* »

public industriel et commercial, sont soumises au respect des règles relatives aux congés payés. Les agents de ces entreprises peuvent donc légitimement invoquer de telles dispositions. Ils ont ainsi contesté l'application des règles statutaires devant les juridictions, et réclamé l'application du code du travail. Dans l'arrêt *Rousson* du 11 mai 1993¹⁵²², la Cour de cassation a jugé que l'article L. 223-11 (actuel L.3141-22) du code du travail devait s'appliquer de plein droit aux agents d'EDF, en lieu et place des dispositions statutaires spécifiques existantes. La cour tenait ces dernières en échec, car elle les considérait moins favorables que les règles du droit commun. La Cour de cassation ne cherchait pas à savoir si les règles statutaires étaient ou non justifiées par les nécessités du service public. Or, jusque-là, nombreuses étaient les juridictions judiciaires du fond qui distinguaient clairement les règles statutaires selon qu'elles étaient justifiées ou non par les nécessités du service public. Ainsi par exemple, un arrêt resté inédit de la cour d'appel de Caen distingue les règles d'indemnisation des congés qu'elle jugeait non justifiées par les nécessités du service public, et les règles d'attribution des congés qui, selon elle, étaient justifiées par l'exigence de continuité du service public¹⁵²³. Cette distinction permettait à la cour d'appel de trancher le conflit de norme en matière de règles relatives à l'indemnisation des congés en faisant application du principe de faveur.

999. – L'articulation entre le droit commun et les dispositions dérogatoires –

Toutefois, invoquer le principe de faveur pour refuser d'appliquer une règle statutaire, c'est en réalité préjuger de la légalité de cette règle statutaire. Auquel cas, on peut aisément contester à la juridiction judiciaire de s'avancer sur un terrain qui n'est pas le sien. De plus, si les règles statutaires sont justifiées par l'exigence de continuité du service, le principe de faveur ne peut pas tenir en échec le principe de continuité. Car avec le recul du temps, on sait aujourd'hui que si le principe de continuité est un principe constitutionnel, le principe de faveur n'a pas reçu l'onction du conseil de la rue de Montpensier¹⁵²⁴. C'est donc au juge administratif qu'il revenait de dire si ces règles

¹⁵²² Cass. soc., 11 mai 1993, *Rousson*, *Dr. soc.* 1993, p. 958, note Jacky CHORIN.

¹⁵²³ La motivation de l'arrêt de la cour d'appel de Caen figure dans les motifs de l'arrêt inédit de la Cour de cassation du 22 avril 1997, *SNCF c./M. Jean-Claude Regnier et autres*, N°95-41537.

¹⁵²⁴ Entre 1989 et 2004, le doute était permis quant à savoir si le principe de faveur avait ou non une valeur constitutionnelle. Dans sa décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel indiquait que « *constitue un principe fondamental du droit du travail, le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements* ». Cependant, il ne disait pas précisément s'il s'agissait ou non d'un principe à valeur constitutionnelle. Cf. : Cons. const., Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, *Rec.* p. 59, cons. 11. – Mais dans sa décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel chasse l'équivoque, et il juge que « ... *le principe en vertu duquel la loi*

spéciales de congés, dérogatoires du droit commun, sont ou non justifiées par le service public.

C'est ce que fit le Conseil d'État dans un arrêt du 28 juillet 1993¹⁵²⁵ – contemporain donc de l'arrêt *Rousson* de la chambre sociale –, à propos d'une affaire qui concernait les règles de congés inscrites dans le statut du personnel de la SEITA. L'article 16 de ce statut portait notamment atteinte au caractère annuel du congé. Et le Conseil d'État a considéré que « *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* ». Dès cette époque, le Conseil d'État, contrairement à la Cour de cassation, juge que les nécessités du service public peuvent justifier des règles de congés dérogatoires du droit commun. Certes les nécessités du service ne sont pas de cet ordre à la SEITA, mais elles pourraient l'être dans un autre service public, tel le service ferroviaire.

C'est ce qui advint à propos des règles de congés à la SNCF par un arrêt *Damiens* du 7 juillet 1995¹⁵²⁶. Le Conseil d'État juge en effet que « *les dispositions du statut de la SNCF relatives au calcul de la rémunération versée aux agents pendant leurs congés payés forment avec les règles du même statut relatives à la détermination des droits à congés et avec celles relatives aux conditions selon lesquelles ces congés peuvent être pris, un ensemble indivisible de dispositions qui résultent des nécessités particulières du service public ferroviaire exploité par la SNCF et, notamment, des exigences, propres à ce service, du principe de continuité* ». Si bien que pour le Conseil d'État, l'application de l'article L.223-13 (actuel L.3141-23) du code du travail qui remettrait en cause cet ensemble de dispositions, serait de ce fait incompatible avec les

ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en revanche, il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée ». Cf. : Cons. const., Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, J.O.R.F. du 5 mai 2004, p. 7998, cons. 9.

¹⁵²⁵ CE, Sect., 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes Force ouvrière et Fédération nationale CGT des tabacs et allumettes*, req. n°72462 et 72776, A.J.D.A. 1993, pp. 739-742, chron. Christine MAUGÜÉ et Laurent TOUVET ; C.J.E.G. 1993, pp. 509-518, concl. Gilles LE CHATELIER ; *Dr. ouvr.* 1994, p. 85, obs. Francis SARAMITO.

¹⁵²⁶ CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens et autres*, *Rec.* p. 290 ; A.J.D.A. 1995, p. 692, chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUVAUX ; C.J.E.G. n° 530, mars 1997, p. 114 ; *LPA*, 1^{er} novembre 1995, p. 6, concl. Jean-Claude BONICHOT ; *Dr. soc.* 1996, p. 186, commentaire Jacky CHORIN ; *R.J.S.* 1995, n°1188, note Xavier PRÉTOT ; *Dr. ouvr.* 1996, p. 127, obs. Francis SARAMITO.

nécessités du service public. Les dérogations statutaires sont donc ici justifiées. Au fond, le Conseil d'État suivait son commissaire du gouvernement, Jean-Claude Bonichot qui dans ses conclusions déclarait : « *L'idée générale est qu'en contrepartie de contraintes assez fortes, de conditions de travail très particulières et de l'exigence d'une grande disponibilité, les agents bénéficient de congés plus longs, de possibilités de cumul et de rattrapage, ainsi que d'un certain nombre d'avantages qui font du régime dans son ensemble, sur bien des points, un régime plus favorable que celui du code du travail. L'ensemble a été véritablement construit en fonction des données propres du service public ferroviaire. Nous pensons donc au total que la SNCF est bien dans le champ du Code du travail en ce qui concerne les congés payés, mais que les dérogations qui y sont apportées se justifient par les nécessités du service public.* »¹⁵²⁷ En invoquant la « grande disponibilité » dans laquelle doivent se trouver les agents de la SNCF, Jean-Claude Bonichot évoque implicitement mais sûrement la continuité du service public. En effet, pourquoi ces agents devraient-ils être particulièrement disponibles, si ce n'est pour assurer la continuité du service presté par l'entreprise ferroviaire ? Il est donc évident, même si cela reste implicite, que parmi les nécessités du service public, se trouve l'exigence de continuité de ce service.

1000. – L'appréciation des dispositions statutaires par la Chambre sociale –

À la suite de cet arrêt *Damiens*, la Cour de cassation s'est « rangée » l'année suivante sur la position du Conseil d'État, sans toutefois renoncer à invoquer le principe de faveur. En effet, en pareille hypothèse la cour continue de considérer qu'elle est en présence d'un conflit de normes, et non d'une question de légalité. Dès lors, le principe de faveur lui sert à résoudre ce conflit de normes. Mais plutôt que de s'en tenir au seul examen des dispositions contestées relatives aux règles de calcul de la rémunération des périodes de congés, elle opère dorénavant une appréciation globale du régime dérogatoire sur les congés payés prévu par chaque statut. Ainsi, dans un arrêt du 17 juillet 1996¹⁵²⁸ relatif à la SNCF, la Cour de cassation juge qu'« *en vertu du principe fondamental en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable, il convient dès l'instant qu'aucune illégalité d'une disposition particulière du statut propre à la SNCF n'est invoquée, de déterminer si les dispositions de ce statut concernant les congés payés sont plus favorables que celles résultant du régime légal* ». Puis elle précise que « *cette appréciation doit être globale à raison du caractère indivisible de ce régime de congés*

¹⁵²⁷ BONICHOT (Jean-Claude), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens et autres*, L.P.A. 1^{er} novembre 1995, p. 10.

¹⁵²⁸ Cass. soc., 17 juillet 1996, *SNCF c./Mme Agnès Delafontaine et autres*, n°95-41831, Inédit.

payés institué en tenant compte des nécessités du service public ; cette comparaison n'implique aucune appréciation sur la légalité du décret précité, puisqu'il s'agit seulement de choisir entre deux textes, également applicables, le plus avantageux pour les salariés ». Enfin, elle estime que même si une disposition du statut est moins favorable, « l'ensemble du régime des congés payés prévu par ce statut accorde aux agents des avantages supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application du Code du travail ». On note que la même solution figure dans un arrêt du même jour concernant EDF¹⁵²⁹. Il n'en reste pas moins vrai que les critères qu'elle utilise pour mener cette appréciation globale sont flous. La position du Conseil d'État est incontestablement plus solide. Il admet que le code du travail et le statut sont en la matière tous les deux applicables ; mais le statut peut prévoir des dérogations qui tiennent compte des nécessités du service. Au fond, dans le doute, plutôt que d'appliquer le principe de faveur, la Cour de cassation aurait été plus inspirée de surseoir à statuer et de saisir la juridiction administrative d'une question préjudicielle relative à la légalité des dérogations prévues par les statuts. Mais depuis lors, nombreuses sont les séries d'arrêts qui en la matière continuent de faire application du principe de faveur¹⁵³⁰.

C.- Les dispositions relatives à l'organisation du service

1001. – Outre les règles relatives au temps de travail ou aux congés qui ont un impact direct et immédiat sur la marche continue du service, les statuts du personnel contiennent aussi des règles qui peuvent également être justifiées par l'exigence de continuité et qui concernent la mobilité forcée des agents, ou l'abandon de poste par exemple. Mais en général, les besoins ou la nature du service sont invoqués par les textes pour expliquer ces dispositions spécifiques.

1002. – **La mobilité forcée** – Pour ce qui est de la mobilité forcée des agents, l'article 1^{er} du chapitre VIII du *statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel* – il s'agit de ce texte qu'on appelle communément le « statut du personnel de la SNCF » – dispose que les changements de résidence peuvent être prononcés d'office par suite de suppression ou de modification d'emploi, ou encore de réorganisation du service. L'article 30 du statut du personnel des industries électriques et gazières prévoit

¹⁵²⁹ Cass. soc., 17 juillet 1996, *EDF-GDF c./M. Filoni*, n°95-41745, *Bull. civ. V*, n°296, p. 208 ; *J.C.P.* 1997, n°10, p. 111, note Jacky CHORIN.

¹⁵³⁰ En 2003, la Cour de cassation a encore jugé sept espèces allant dans ce sens. Cf. : Cass. soc., 7 mai 2003, *EDF-GDF c./M. X. et autres*, n° 01-41309 à n° 01-41316, Inédit.

que le changement de résidence d'office ne sera prononcé que dans l'intérêt du service¹⁵³¹. Ce qui n'entraîne ni suppression, ni réduction des avantages acquis dans l'emploi précédent. La circulaire PERS 212 vient préciser le cadre des mutations d'office : « Une mutation ne doit être prononcée d'office que si l'intérêt général du Service l'exige. c'est dire qu'elle ne doit jouer que lorsque des raisons sérieuses pourraient être apportées. en cas de contestation, aux Directions Générales. » Dans le même registre, on peut noter que les différents statuts successifs du personnel de la SEITA comportaient des dispositions similaires, alors même que la mission de service public se réduisait à peu de chose dans cette entreprise.

Par ailleurs, les besoins du service peuvent justifier le détachement de certains agents dans une autre société ou organisme qu'il soit public ou privé. Une telle mobilité est prévue par certains textes statutaires. Ainsi l'article 18 du statut du personnel d'Air France prévoit cette mobilité¹⁵³². On retrouvait une telle disposition dans les statuts du personnel de la SEITA¹⁵³³.

1003. – La démission d'office en cas d'absence injustifiée – Les statuts contiennent par ailleurs des règles relatives à la démission des agents, et dont l'existence peut aussi s'expliquer par le principe de continuité. À cet égard, Nicole Maggi-Germain écrit dans sa thèse que « la même logique visant à assurer la continuité du service public justifie que l'on considère démissionnaire l'agent absent de l'entreprise pendant une certaine période définie par le statut. »¹⁵³⁴ Ainsi, selon le §2 de l'article 2 du chapitre VII du statut du personnel de la SNCF, est considéré comme démissionnaire tout agent qui cesse son service sans autorisation et qui ne le reprend pas à la suite de la mise en demeure qui lui est faite. De même, à Air France, l'article 49 du statut du personnel au sol comportait une disposition similaire¹⁵³⁵. Ces dispositions se justifient d'abord par la volonté légitime de l'employeur public de conserver la maîtrise de l'organisation du service, ensuite par la nécessité de préserver le fonctionnement continu du service, les deux étant liés. En effet, si un agent absent peut être remplacé au pied levé, grâce au système des réserves mis en place, il n'en demeure pas moins qu'un taux d'absentéisme important risquerait de rendre insuffisantes ces réserves, et partant de

¹⁵³¹ La circulaire PERS 212 précise qu'« il y a lieu de rappeler que ces mutations d'office ne doivent, en aucun cas, constituer une sanction disciplinaire ; mais il peut être de l'intérêt du Service de déplacer un agent sanctionné ».

¹⁵³² Il en allait de même de l'ancien article 21 de l'ancien statut du personnel au sol de la compagnie.

¹⁵³³ Art. 39 du statut de 1985 et Art. 80 du statut de 1962.

¹⁵³⁴ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 45.

¹⁵³⁵ À titre indicatif, on note aussi qu'une telle disposition se retrouvait à l'article 61 du statut du personnel de la SEITA adopté en 1985.

désorganiser le service tout en portant atteinte au fonctionnement continu du service par manque de personnel. La démission d'office est alors une menace servant de garde-fou et préservant la continuité du service public. On doit noter que le statut du personnel des IEG n'évoque que très peu la démission : l'article 7 n'évoque la démission que pour fixer un délai de préavis pour que celle-ci soit effective, ce qui dans le principe n'a rien d'exorbitant. Quant à la circulaire PERS 846 sur les mesures disciplinaires, elle n'évoque pas le cas de la démission d'office.

§2.- La continuité, figure modeste du compromis de la Libération

1004. – La perplexité – L'analyse qui vient d'être menée sur certaines dispositions statutaires laisse perplexe quant à la place réelle du principe de continuité dans les statuts. Car on pourrait très légitimement considérer que ce principe est le grand absent du compromis statutaire de la Libération. À y regarder de plus près, on constate que sans être totalement absent, ce principe ne semble pas être l'enjeu fondamental des statuts du personnel. Il apparaît plus comme un principe parmi d'autres. Et dans ces conditions, on aurait peine à soutenir que les statuts du personnel sont inspirés par le principe de continuité du service public. Mais il faut se garder des apparences, car au fond la place du principe de continuité peut être limitée dans les dispositions statutaires, mais être importante dans l'économie générale de ces dispositions.

1005. – Le pacte – Il est aisé de constater que le principe de continuité impose au personnel, un certain nombre de sujétions en matière de temps de travail, de congés ou de mobilité. Même si ces sujétions sont « modestes » au regard de ce qu'aurait pu être l'interdiction ou la limitation du droit de grève, elles n'en sont pas moins contraignantes. Or, la philosophie du droit statutaire, à la Libération il est vrai, comme au début du XX^e siècle, est de compenser par des avantages sociaux, les sujétions imposées aux personnels par les nécessités du service. Ce principe de compensation qui existait déjà dans les statuts adoptés avant-guerre, devient un élément fondamental des statuts du personnel à la Libération, au point que l'on peut évoquer à cet égard l'émergence d'une véritable culture de la contrepartie. Dans sa thèse, Nicole Maggi-Germain insiste sur cette idée fondamentale qui permet de mieux comprendre l'actuel

attachement « quasi-romantique »¹⁵³⁶ des personnels à leur statut. Elle explique ainsi que les statuts sont le fruit d'un compromis entre les divers intérêts en présence, à savoir ceux de l'entreprise, ceux du service public et ceux du personnel. Les statuts « *ont été construits à partir de l'idée qu'il existait, au sein de l'entreprise publique, des intérêts propres, divergents, qu'il convenait, au travers du statut, de concilier... Le contenu du statut est donc formé d'un ensemble de contreparties visant à satisfaire les intérêts en présence : intérêt du service, intérêt de l'agent et, dans une certaine mesure, intérêt de l'entreprise.* »¹⁵³⁷ Plus loin elle ajoute : « *Entreprise/service public/agents sont reliés par un statut du personnel, véritable pacte social qui a permis d'inscrire la relation de travail dans une logique de réciprocité.* »¹⁵³⁸ Ce pacte était le fruit d'un compromis politico-syndical.

1006. – L'absence d'unanimité de principe pour l'adoption de statuts –

Toutefois, il ne faut pas croire que ce « compromis de la Libération » figurait tel quel dans le texte définitif du Programme d'Action de la Résistance adopté à l'unanimité le 15 mars 1944, après avoir été précédé de cinq autres projets. Certes, ce texte comporte un programme d'action important en matière sociale, mais il commence par évoquer « *le rétablissement et l'amélioration du régime contractuel du travail* »¹⁵³⁹. Autrement dit, il ne s'agit que de remettre sur l'établi les avancées sociales initiées en 1936 par le Front populaire. On est donc bien loin de l'idée de statut réglementaire auquel le programme du Comité national de la Résistance ne fait d'ailleurs pas allusion. On doit noter, en revanche, que ce programme politique prévoit de nombreuses nationalisations qui concernent notamment les grands services publics en réseaux. Mais là aussi, comme le note Claire Andrieu¹⁵⁴⁰, tous les partis politiques ne sont pas sur la même longueur d'ondes en matière de nationalisation. Si les communistes sont en effet pour des nationalisations totales dans certains secteurs, les socialistes ne le souhaitent pas car ils craignent l'excès de bureaucratie, et les centristes du MRP le souhaitent encore moins. À l'évidence, il n'existe pas à la Libération un projet politique faisant du statut réglementaire le seul outil de gestion sociale dans les grands services publics nationalisés.

¹⁵³⁶ Pour reprendre l'expression de Georges Morange, déjà évoquée (Cf. : supra, Chapitre 1, § xxx) : Cf. : MORANGE (Georges), « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron. XXX, p. 118.

¹⁵³⁷ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. Bibliothèque de droit social, tome 30, p. 47.

¹⁵³⁸ *Ibid*, p. 48.

¹⁵³⁹ ANDRIEU (Claire), *Le programme commun de la résistance, Des idées dans la guerre*, Paris, Editions de l'Erudit, 1984, p. 173.

¹⁵⁴⁰ *Ibid*, p. 121.

1007. – Le compromis politique d’après 1945 – Dans ces conditions, parler de « compromis de la Libération » ce n’est pas faire référence au programme « commun » de la Résistance, mais plutôt à un contexte politique qui à la Libération a été le moteur de ce compromis statutaire. En effet, au sortir de la guerre, les communistes pesaient près d’un tiers des membres de l’assemblée constituante. De plus, ils avaient des représentants au sein du gouvernement, certes pour un temps assez bref, puisque le parti communiste a quitté la coalition gouvernementale tripartite dès le mois de mai 1947. Mais ils ont néanmoins pu marquer de leur empreinte certains statuts, tel celui du mineur adopté par la loi du 14 février 1946¹⁵⁴¹, mais aussi le statut des personnels des industries électriques et gazières, pour l’adoption duquel l’influence du ministre communiste de l’équipement Marcel Paul a été très grande. De plus, même hors du gouvernement, l’influence des communistes est grande à travers le syndicat CGT qui veille à ce que l’équilibre statutaire ne soit pas défavorable aux salariés des entreprises nationalisées. Cependant, il serait inexact de croire que seule l’influence communiste explique ce compromis statutaire. Car fondamentalement, après examen des débats parlementaires, il apparaît que la classe politique est très majoritairement favorable à ce compromis. Tout comme l’inscription du droit de grève dans le préambule de la constitution n’a suscité pratiquement aucun débat, il est remarquable que l’idée de statut du personnel dans les entreprises nationalisées n’a fait lui aussi l’objet d’aucun débat de fond au parlement. Ainsi, lors de l’examen du projet de loi nationalisant les entreprises électriques et gazières, l’article 46 du projet après adoption en commission¹⁵⁴² – devenu l’article 47 du texte final – qui pose le principe d’un statut du personnel adopté par décret, n’a fait l’objet d’aucune discussion de fond. Tout juste doit-on constater que les prises de parole à ce sujet ne sont intervenues que pour préciser qu’une convention collective aurait été préférable à un décret ou à une loi, mais que dans les circonstances actuelles on se contenterait d’un tel décret¹⁵⁴³. Or on ne peut expliquer ce consensus uniquement

¹⁵⁴¹ Loi n° 46-188 du 14 février 1946 *relative au personnel des exploitations minières et assimilées*, *J.O.R.F.* du 15 février 1946, p. 1362.

¹⁵⁴² Ass. Nat. Constit., Rapport fait au nom de la commission de l’équipement national et de la production industrielle, sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l’électricité et du gaz, par M. Paul Ramadier, député, Annexe 655, 2^{ème} séance du 13 mars 1946, *J.O.R.F.Doc. parl. (A.N.C.)* 1946, p. 639.

¹⁵⁴³ Lors des débats, M. Charles Viatte, député MRP, proposait un amendement qui précisait que le statut du personnel des industries électriques et gazières serait fixé par une loi, faisant le parallèle avec le statut du mineur adopté quelque semaines plus tôt par le législateur. Mais il ajoute : « *Il est bien entendu dans notre esprit qu’une convention collective est préférable, aussi bien à un décret qu’à une loi.* » Ce à quoi, le rapporteur du projet, M. Paul Ramadier répond : « *M. Viatte demande une loi. Nous pensons qu’un décret suffirait et même que c’est une convention collective du travail qui devrait intervenir, au cas où l’accord ne serait pas possible.* » Si bien que M. Charles Viatte retire aussitôt son amendement qui ne sera donc pas mis aux voix. Cf. : Ass. Nat. Constit., 2^{ème} séance du jeudi 28 mars 1946, *J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)* 1946, p. 1214.

par la présence d'un ministre communiste soutenu par près d'un tiers de l'Assemblée constituante. Et n'imaginons pas les autres groupes parlementaires tétanisés par ce fait. Car, en 1948, alors que les communistes n'étaient plus au gouvernement, lors de la discussion du projet de loi relatif à Air France, l'article 14 du projet qui prévoyait que le statut du personnel serait approuvé par le ministre chargé des transports et celui des finances, a fait l'objet d'encore moins de discussion que pour les industries électriques et gazières¹⁵⁴⁴. Le consensus est total, à droite comme à gauche : pas d'amendement, pas d'allusions contestant le principe même d'un statut du personnel. Ce qui semble expliquer ce parfait consensus relève de deux ordres de considérations.

Premièrement, les statuts adoptés à la Libération sont directement inspirés de ceux qui prévalaient avant-guerre. L'héritage est complet sauf qu'il n'y a plus aucune velléité du côté gouvernemental ou parlementaire pour limiter le droit de grève ou le droit syndical. Il est fort possible que certains responsables politiques de l'époque, aidés par des juristes tout aussi convaincus, tels Maître Henri Galland ou le professeur Jean Rivero, pensaient que le problème conserverait durablement sa solution dans la ligne jurisprudentielle de l'arrêt *Winkell*. De plus, comme dans le cas des entreprises nationalisées EDF et GDF, on profite de l'occasion données par les nationalisations pour unifier les statuts précédemment existants. Au fond, en 1946 on ne remet pas en cause ce qui existait en 1939 ; on le parachève.

Deuxièmement, bien que la réglementation du personnel soit considérée comme un élément important du fonctionnement d'un service public, une idée forte persiste qui consiste à ne voir dans le statut du personnel qu'une question « d'ordre intérieur » à l'entreprise, ainsi que le révèle l'intervention orale de Monsieur Bocher au Conseil de la République, en 1948¹⁵⁴⁵. Or personne ne vient contredire les propos de Monsieur Bocher dans la suite des débats. En reléguant les statuts du personnel au sein de l'ordre intérieur de l'entreprise, on minimise du même coup leur importance, au point qu'on peut se demander s'il est nécessaire que la puissance publique s'en préoccupe. D'ailleurs, l'idée parfois exprimée selon laquelle une convention collective entre partenaires sociaux serait plus pertinente qu'un statut faisant intervenir le pouvoir réglementaire corrobore cette interrogation. Dès lors, il n'est pas certain que pour les

¹⁵⁴⁴ Ass. Nat., 2^{ème} séance du jeudi 29 avril 1948, *J.O. Déb. (A.N.)*, 1948, pp. 2352 et suiv.

¹⁵⁴⁵ La commission des transports du Conseil de la République avait proposé de modifier l'article 14 du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale de façon à fixer un délai de deux mois au-delà duquel les actes mentionnés seraient considérés comme approuvés en cas de silence des ministres. M. Bocher soutenait un amendement rédactionnel qui permettait de mieux identifier les actes concernés par ce délai. Or il excluait le statut du personnel de la compagnie. Il dit à ce propos : « ... *le statut du personnel ne sera réglé qu'une seule fois, et c'est une question d'ordre intérieur. C'est pourquoi nous ne l'avons pas mentionné non plus.* » Cf. : *J.O.R.F. Déb. parl. (C.R.)*, Séance du 25 mai 1948, p. 1213, 1^{ère} col.

promoteurs des statuts, la continuité du service soit un élément fondamental de ceux-ci. Si bien qu'en définitive, on peut considérer que le compromis statutaire s'est fait au détriment du principe de continuité. Ce que vérifie la réalité actuelle des statuts ; ceux-ci semblent être devenus des sanctuaires d'avantages acquis, et non un savant mélange de contreparties et de sujétions.

1008. – Le Préambule, obstacle aux statuts « anti-grève » – En réalité, à la Libération, la place du principe de continuité était modifiée dans les statuts du personnel. Certes, ceux-ci sont directement héritiers des statuts adoptés avant-guerre. Or on sait qu'ils trouvaient leur justification dans le principe de continuité du service public. A tel point que l'on avait pu envisager, ne serait-ce qu'un instant, qu'ils comporteraient des dispositions interdisant le droit de grève. Si ces dispositions n'ont pas vues le jour, c'est pour des raisons politiques et syndicales. Les statuts avaient donc gardé leur justification, mais sans la mesure phare qui devait en découler. Le principe de continuité irriguait bien les statuts, mais au travers de dispositions moins emblématiques, et parfois de façon indirecte. En 1946, non seulement les statuts sont héritiers de cette situation de fait, mais ils sont juridiquement limités à de telles dispositions. À cette époque, on ne peut plus envisager que les statuts puissent comporter des dispositions « anti-grève ». Dès lors que le préambule de la Constitution indique que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, il n'est plus concevable qu'un statut approuvé par un conseil d'administration et/ou par un ou des ministres puisse comporter des restrictions à l'exercice de ce droit. À moins que les statuts soient de nature législative ; mais, comme cela avait été suggéré au parlement, il n'est plus question de légiférer sur une affaire intérieure aux entreprises...

1009. – La continuité, une influence modeste mais réelle sur les statuts – À la Libération, le statut du personnel ne peut plus être l'alpha et l'oméga d'une réglementation sociale qui prendrait en charge le principe de continuité du service public. Ce qui ne revient pas à considérer que ce principe n'inspire plus les statuts du personnel. Bien au contraire, l'influence du principe est encore suffisamment forte pour que des aspects fondamentaux de la réglementation du travail en soient imprégnés, mais nécessairement de façon plus modeste, moins visible, que s'il s'agissait de réglementer le droit de grève. La continuité est une figure modeste, mais bien présente, des statuts du personnel. En définitive, s'il apparaît qu'on ait perdu de vue cette réalité statutaire, c'est du fait de l'insuffisance des normes juridiques relatives à l'exercice du droit de grève dans les services publics.

1010. – **Propos conclusif du Chapitre 18** – Les statuts du personnel comportent en définitive peu de dispositions fondées sur la continuité du service. Cependant, celle-ci n'est pas absente de l'économie générale des statuts. Ceux-ci ont été pensés comme un ensemble de règles portant sujétions et contreparties. Le statut se veut un équilibre entre contraintes et compensations. La recherche d'un tel équilibre, même modifié, doit demeurer un principe directeur du cadre juridique renouvelé qu'il nous semble utile d'élaborer dans les grands services en réseaux.

Chapitre 19.- L'affaiblissement de l'ordre statutaire ancien

« Sur ce Marché total, le Droit (tout comme la religion, les idées ou les arts) est considéré comme un produit en compétition à l'échelle du monde, où s'opérerait la sélection naturelle des ordres juridiques les mieux adaptés à l'exigence de rendement financier. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence. Ce darwinisme normatif avait déjà été théorisé par Hayek. Ne croyant pas à "l'acteur rationnel" en économie, il se fiait à la sélection naturelle des systèmes normatifs, par la mise en concurrence des droits et des cultures à l'échelle internationale. Selon lui, les adeptes du darwinisme social ont eu le tort de se focaliser sur la sélection des individus congénitalement les plus aptes, processus trop lent pour pouvoir être pris en compte, "alors qu'ils méconnaissaient l'évolution – décisivement importante – par sélection des règles et pratiques ».

Alain SUPIOT¹⁵⁴⁶

1012. – **Propos introductif du Chapitre 19** – Les relations collectives de travail dans les entreprises publiques de service public, étaient traditionnellement marquées par la prédominance du statut. En effet, l'ordre juridique auquel étaient soumis les agents était tout entier dominé par le statut, autour duquel il est vrai, venaient s'articuler d'autres types de normes, notamment le contrat de travail et les conventions ou accords collectifs. Cet ordre juridique dominé par le statut est ce qu'on appelle par commodité l'ordre juridique statutaire. Depuis une quinzaine d'années, cet ordre statutaire a été diminué par la disparition de certains statut, et notre propos se trouve de ce fait à la lisière de l'histoire du droit. Toutefois, tous les statuts n'ont pas encore disparu, mais leur affaiblissement est une réalité contemporaine dont il faut comprendre les ressorts.

1013. – Les transformations du service public, qui ont été analysées précédemment¹⁵⁴⁷, ont importé dans les entreprises publiques de service public les valeurs du secteur privé concurrentiel et marchand. Or ces valeurs qui président aujourd'hui au fonctionnement et à la gestion de ces entreprises à capitaux publics, ont

¹⁵⁴⁶ SUPIOT (Alain), *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, pp. 64-65.

¹⁵⁴⁷ Cf. : *Supra*, Chapitre 3.

également infiltré l'ordre statutaire. En effet, le salarié de ces entreprises est devenu moins un agent du service public, et plus un acteur du développement de l'entreprise publique qui l'emploie. De façon récurrente, on trouve dans le discours des dirigeants de ces entreprises l'idée que le salarié doit se mobiliser pour l'entreprise ; il doit s'adapter en permanence au changement, être réactif et ajuster ses compétences aux besoins de l'entreprise. Si bien que pour favoriser cet engagement total du salarié, non plus dans le service public, mais dans une logique concurrentielle, il a fallu changer les méthodes de management du personnel, afin d'inciter les salariés à s'adapter à cette nouvelle donne. On a assisté alors à une individualisation des rémunérations, à une gestion personnalisée des compétences et à la mise en place d'une culture d'objectifs.

1014. – Ces transformations ont eu notamment pour effet de favoriser la réémergence du contrat de travail et de la convention collective. Jusque-là en effet, le contrat de travail lorsqu'il existait, était moribond. Son contenu limité en faisait, dans la droite ligne de ce que pensait Léon Duguit, un acte condition pour l'application du statut à celui qui s'engageait par ce contrat à servir le service public. A la fin des années 1980, le contrat de travail est redécouvert pour sa propre vertu qui est de contractualiser un engagement personnalisé. L'individualisation des relations de travail passe d'abord par le contrat de travail.

Mais dans cette optique, la convention collective voit également sa place croître. Étant elle-même un contrat entre les partenaires sociaux – syndicats et direction d'entreprise –, elle vaut engagement juridique, ce que ne peut permettre un statut réglementaire. De plus, elle apparaît d'un usage plus souple que le statut. Si bien que dans un contexte de plus en plus concurrentiel et donc évolutif, elle semble être l'outil de management du personnel le plus approprié. Seulement les règles qui président à l'articulation entre la convention collective et le statut ne permettent pas à celle-là de supplanter celui-ci. Le statut demeure toujours la clef de voûte du droit applicable aux personnels. La convention collective ne peut être qu'une source secondaire du droit applicable.

1015. – Il apparaît dès lors que l'articulation qui prévalait entre le statut et la convention collective soit devenue inadaptée aux évolutions des services publics en réseaux (Section 1.-). Et on assiste de nos jours dans ces entreprises à une irrésistible ascension du droit commun des relations collectives de travail (Section 2.-).

Section 1.- L'articulation actuelle statut/convention collective devenue inadaptée

1016. – L'articulation entre le statut du personnel et la convention collective repose donc sur la prééminence du statut.

D'origine réglementaire et unilatérale, le statut du personnel institue un mode hiérarchique et centralisé des relations de travail dans l'entreprise. Ce mode de fonctionnement, proche de ce qui existe dans la fonction publique, pouvait convenir à des entreprises nationalisées d'essence monopolistique. Mais dans un contexte marqué par la concurrence, qui nécessite une véritable révolution des relations collectives de travail, les qualités mêmes du statut deviennent ses faiblesses majeures.

Or, ces faiblesses du droit statutaire n'ont pas pu être compensées par le droit conventionnel. Du fait des règles régissant l'articulation entre ces deux types de normes, le droit conventionnel ne peut pas se substituer au droit statutaire. Il peut le compléter ou l'appliquer, mais sans jamais pouvoir aller contre. Par conséquent, le droit conventionnel se révèle insuffisant pour compenser les faiblesses du droit statutaire.

1017. – Après avoir analysé les faiblesses du droit statutaire (§1.-), il conviendra d'étudier les insuffisances du droit conventionnel (§2.-).

§1.- Les faiblesses du droit statutaire

1018. – L'ouverture progressive des marchés, mais aussi la nécessaire exigence de rentabilité financière, impliquaient de repenser le fonctionnement des grandes entreprises publiques de service public. Il n'était plus possible de piloter ces « mastodontes » industriels et commerciaux depuis un seul centre de commande. Aussi est-il apparu urgent, à la fin des années 1980, de décentraliser l'organisation de ces entreprises. Cette décentralisation avait deux objectifs : premièrement, il s'agissait de rapprocher le commandement de l'entreprise au plus près des réalités du terrain ; deuxièmement, il s'agissait de responsabiliser davantage les responsables d'unité productive, et par contrecoups, de responsabiliser chaque agent.

1019. – Les mutations de la compagnie Air France engagées en 1994, illustrent de la façon la plus nette ce qu'est la décentralisation organisationnelle d'un grand groupe public. Le plan de redressement présenté par Christian Blanc et son équipe, le « Plan

pour l'entreprise » dit PPE, puis approuvé par les personnels consultés par référendum, prévoyait la création au sein de la compagnie de centres de résultats. La direction posait le constat suivant : « *Aujourd'hui, la compagnie est une organisation verticale et cloisonnée, dans laquelle le travail des agents est parcellisé. Air France doit devenir une entreprise horizontale, et intégrée en réseau, dans laquelle les agents auront des tâches élargies et de vraies responsabilités.* »¹⁵⁴⁸ Les centres de résultats (CDR) créés furent répartis en CDR-Lignes et en CDR-Logistiques. L'objectif était de les faire fonctionner comme des « entreprises » à part entière : ils étaient considérés comme des prestataires de services entre eux, et devaient parvenir chacun à des comptes de résultats financiers bénéficiaires. Pour arriver à un fonctionnement de ce type, comparé au fonctionnement qui prévalait jusqu'à lors et qui se rapprochait sensiblement de celui d'une administration centrale, c'est à une révolution mentale que les agents de la compagnie étaient appelés à réaliser.

1020. – Avec moins de radicalité, un processus identique avait été engagé à EDF-GDF en 1993. À cet égard on peut citer, avec Laurent Duclos, le directeur général adjoint d'EDF en charge des ressources humaines, qui affirmait en 1991 : « *Il nous faut (...) passer d'une planification centralisée et d'une gestion déconcentrée à travers une cascade hiérarchique à un nouveau mode de management. Il faut substituer une culture d'objectifs, de projets, de réactivité et d'initiatives à une culture de moyens, de méthodes centralisées et de réglementation interne détaillée et stable. Il faut aussi se doter d'outils de gestion donnant son efficacité à ce nouveau management.* »¹⁵⁴⁹

1021. – Quand bien même la décentralisation managériale à Air France ou à EDF a connu des ajustements parfois importants, la logique de décentralisation est demeurée. Et plus largement, c'est une évolution qu'ont connu plus ou moins fortement toutes les grandes entreprises publiques de service public en mutation vers la logique de marché.

1022. – Mais, pour porter pleinement les fruits escomptés, la décentralisation organisationnelle doit être accompagnée par un management du personnel propre à mobiliser ceux-ci au cœur de l'entreprise publique. Or comme on l'a dit, le droit statutaire s'est révélé un frein à ces évolutions managériales. Et il convient donc d'étudier

¹⁵⁴⁸ Cf. : PPE, p. 27.

¹⁵⁴⁹ In AILLERET (F.), *Le management à EDF*, Informations et réflexions, avril 1991, n°1, p. 1. Cité par : DUCLOS (Laurent), « L'accord emploi comme instrument de gestion des relations professionnelles », in *Cahier des relations professionnelles*, mai 1996, p. 59.

précisément ce que sont ces faiblesses du droit statutaire, du point de vue managérial (A.-). Dès lors, les directions d'entreprises sont tentées, soit de contourner le statut en ayant recours à du personnel non statutaire par exemple, soit d'utiliser le statut pour réformer drastiquement les conditions sociales des agents. De ce point de vue, le statut n'offre plus les mêmes garanties sociales aux agents, ce qui n'est qu'une autre facette des faiblesses du droit statutaire, qu'il convient également d'examiner (B.-).

A.- Les faiblesses du droit statutaire à l'égard du management

1023. – Le statut considéré comme un handicap – Dans le contexte de l'ouverture des marchés, les directions d'entreprises publiques de service public estiment que le statut est devenu un handicap pour manager le personnel. Elles jugent que les règles collectives de travail contenues dans le statut sont quasiment immuables, ceci en raison des modalités de leur adoption. C'est donc la rigidité supposée du statut qui le rendrait inapproprié au management.

Mais, affirmer que les statuts du personnel se caractérisent par leur rigidité, n'est-ce-pas tomber dans le lieu commun d'une vulgate libérale qui refuse toute réglementation d'origine étatique ou para-étatique ? On pourrait le craindre en effet. À cet égard, Nicole Maggi-Germain a raison de constater que « *Si les restructurations tendent à écarter le statut du personnel, les privatisations constituent l'occasion de s'en débarrasser.* »¹⁵⁵⁰ C'est dire que dans un contexte de concurrence, le statut du personnel est perçu comme particulièrement gênant, comme un carcan, puisqu'il reflète une logique administrative et réglementaire alors que le contrat est le paradigme du modèle libéral. Cependant, plus qu'un reflet ou une illusion d'optique, la rigidité dénoncée du statut est une réalité, au moins dans une certaine mesure. Cette rigidité est double : elle est matérielle tout d'abord, dans le sens où les règles que contient le statut laissent peu de place à la souplesse ; elle est formelle ensuite, puisque le mode statutaire empêche de les modifier simplement.

1024. – Les inaptitudes des statuts – Les règles statutaires ont été pensées pour un ordre hiérarchique dominé par l'esprit de service public. Comme on le sait, les statuts du personnel sont le fruit d'un compromis entre les sujétions liées au service public et une compensation sociale de ces sujétions propre à satisfaire la paix sociale.

¹⁵⁵⁰ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 116.

Cette compensation, à l'instar de ce qui prévaut en général dans la fonction publique, est marquée par un souci d'égalité quasi-formelle entre tous les agents. La progression de carrière au sein de l'entreprise de service public est linéaire, suivant un tracé défini par les règles statutaires. Le mérite n'y a que peu de place. Pour ce faire, les statuts définissent une réglementation sociale uniforme, applicable en principe à tous les agents appartenant à l'entreprise. De plus, à cette uniformité des règles s'ajoute leur application centralisée. Autrement dit, dans l'ordre statutaire, il n'existe aucune possibilité d'individualiser l'application du statut. On ne peut donc pas envisager d'individualiser la rémunération, le temps de travail, la gestion des compétences.

Or pour les managers, ces règles « rigides » posent au moins deux problèmes majeurs. En premier lieu, comme elles ne permettent pas d'individualiser la relation de travail, elles sont un frein à la motivation des agents par la fixation d'objectifs dont la réalisation conditionnerait une partie variable de la rémunération. Dans le système statutaire, quoi qu'il fasse, qu'il réalise ou non les objectifs qui lui étaient assignés, l'agent est invariablement rémunéré en fonction du niveau indiciaire de son échelon, majoré parfois des heures supplémentaires et des primes prévues par le statut¹⁵⁵¹. En second lieu, le coût du travail sous statut est parfois fustigé ; le statut est considéré comme un sanctuaire des avantages acquis et le personnel statutaire semble alors indûment privilégié.

Certes, il n'est pas faux de considérer que le personnel statutaire des grandes entreprises de service public n'est pas le plus mal loti comparé aux salariés du secteur privé. Mais en réalité il n'est pas pertinent de fixer le débat autour d'une telle argumentation. Car ce n'est pas tant le coût du travail en valeur absolue qui est problématique, mais le coût de ce travail en rapport avec la productivité de chacun des agents. Or incontestablement, dans beaucoup de métiers au sein des entreprises publiques de service public, la productivité était insuffisante comparativement au secteur privé. La conservation du statut passait alors par l'amélioration de la productivité ; ce fut un objectif prioritaire pour les directions de ces entreprises. Malgré cet objectif, le caractère général et absolu des règles statutaires demeuraient un handicap dans la gestion des ressources humaines de l'entreprise. Aussi est-il apparu nécessaire de modifier ces règles.

¹⁵⁵¹ On peut néanmoins noter, par exemple, que la rémunération des personnels navigants techniques d'Air France, était en partie fonction des heures de vols accumulées dans le mois, en plus d'une partie fixe.

1025. – Les lourdeurs de la procédure modificative des statuts – Seulement, voudrait-on modifier facilement les statuts que l'on n'y arriverait pas. La rigidité du statut se situe aussi dans la relative lourdeur de sa procédure d'adoption et de modification. Cette procédure est spécifique à chaque entreprise¹⁵⁵². Au minimum, le statut ou ses modifications doivent être approuvés par le conseil d'administration de l'entreprise et par les autorités de tutelle. La consultation des syndicats est parfois prévue à travers la consultation d'organes paritaires propres à l'entreprise (cas d'EDF et de la SNCF par exemple). Mais dans ce cas, il n'est jamais question de véritables négociations aboutissant à un accord ayant une quelconque valeur juridique. Par conséquent, le risque est de toujours rencontrer une hostilité syndicale aux modifications opérées. Ce système de consultation des syndicats n'est pas un gage de paix sociale.

1026. – Le statut, obstacle à la gestion décentralisée du personnel – Ces rigidités du statut, tant dans son contenu que dans son mode d'élaboration et de modification, constituent des faiblesses pour le management du personnel. Tout d'abord, elles rendent impossible une gestion décentralisée du personnel. Or la décentralisation organisationnelle suppose que les responsables d'unités décentralisées puissent gérer eux-mêmes leurs personnels. Par ailleurs, une bonne gestion du personnel doit pouvoir motiver les personnels des unités décentralisées, afin d'améliorer la productivité et la rentabilité de ces unités. Ceci suppose on le sait une individualisation de la politique du personnel que le statut ne permet pas de réaliser.

Or, dès le début des années 1990, cette nouvelle politique du personnel apparaît incontournable. Ainsi, dans sa lettre du 28 juillet 1989 adressée aux dirigeants des entreprises publiques, le gouvernement de Michel Rocard précise les principes qui devront régir l'adaptation du dialogue social « *aux nécessités de notre temps* », indiquant plus loin que la modernisation des services publics doit passer « *...par la mobilisation du personnel autour du plan d'entreprise et par une conduite de la négociation des rémunérations mieux adaptée à la situation de chaque entreprise, ce qui passe notamment par un recours plus large à l'intéressement.* »¹⁵⁵³ Si bien qu'en octobre 1990 devant le Haut Conseil du secteur public, le directeur général d'EDF pouvait affirmer qu'« *Il convient donc d'organiser au sein de l'entreprise une véritable utilisation des ressources humaines par une politique de redéploiement et de mobilité, d'organiser une motivation du personnel autour de valeurs fortes de l'entreprise – compréhension*

¹⁵⁵² GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, pp. 62 et suiv.

¹⁵⁵³ Ministère du Travail, *Bilan de la négociation collective 1990*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 121.

stratégique, rémunération plus dynamique et plus sélective, intéressement, formation. Dans un contexte de management fondé sur la décentralisation dans la cohérence, EDF s'efforce de moderniser la politique du personnel. »¹⁵⁵⁴

Dans cette logique managériale, le statut ne pouvait plus en l'état être l'alpha et l'oméga des relations collectives de travail. Mais la négociation du statut n'étant pas envisageable, car juridiquement impossible, sa modification était délicate à manier. L'ordre statutaire semble figé, alors que le management cherche la réactivité optimale. Dans un univers concurrentiel à tous les niveaux, économique, technologique et commercial, les règles sociales doivent pouvoir être adaptées à un contexte en continuelle évolution. La configuration actuelle du statut ne fait pas de celui-ci un outil pertinent pour le management. Aussi peut-on comprendre que dans ce contexte nouveau, il soit perçu comme un carcan dont on cherche à se débarrasser.

B.- Les faiblesses du droit statutaire à l'égard les salariés

1027. – À l'égard des salariés, le droit statutaire présente deux insuffisances majeures. En premier lieu, le statut ne couvre pas l'ensemble du personnel travaillant au sein de l'entreprise publique. L'existence de ce personnel hors statut est souvent ancienne dans ces entreprises, mais, comme le note Nicole Maggi-Germain dans sa thèse, « *l'embauche de personnel sous contrat [comprendre « hors statut »] est un phénomène de plus en plus répandu dans les entreprises publiques à statut.* »¹⁵⁵⁵ Autrement dit, au sein de l'entreprise publique à statut, un personnel permanent non statutaire coexiste avec le personnel statutaire (1.-). En second lieu, contrairement aux apparences, le statut n'offre pas forcément aux personnels qui lui sont soumis la stabilité ou la permanence des garanties sociales qu'il contient (2.-).

1.- La permanence d'un personnel non-statutaire

1028. – **Les contradictions législatives** – Dès 1950, le droit statutaire était voué à devenir l'unique source juridique des relations collectives de travail dans les entreprises publiques de service public. En effet, la loi du 11 février 1950, combinée au

¹⁵⁵⁴ HCSP, « Les entreprises de services publics », *Rapport 1990*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 88.

¹⁵⁵⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 117.

décret du 1^{er} juin 1950, interdisaient dans les entreprises publiques à statut la pratique de la négociation collective pour déterminer les conditions de travail. Celles-ci ne pouvaient que résulter du droit statutaire. Concomitamment, la loi rendait en théorie possible la négociation collective pour le personnel qui n'était pas soumis à un statut. En effet, l'article 31-o du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 11 février 1950 disposait : « *lorsque le personnel d'une entreprise publique n'est pas soumis, pour les conditions de travail relevant des conventions collectives, à un statut législatif ou réglementaire particulier, des conventions collectives peuvent être conclues conformément aux dispositions du présent Titre* ».

1029. – Les interprétations possibles – Comme le notait le professeur Christian Garbar dans sa thèse publiée, cette disposition législative était ambiguë et « *pouvait recevoir deux interprétations diamétralement opposées* »¹⁵⁵⁶.

En effet, on pouvait considérer, dans une première interprétation, que le personnel, dont il était question dans cette disposition, correspondait à l'ensemble du personnel de l'entreprise : le personnel est considéré comme un tout indissociable. Auquel cas, en théorie, l'ensemble du personnel était soit statutaire, soit non statutaire¹⁵⁵⁷. En pratique, si le personnel était en principe soumis à un statut, et s'il existait marginalement un personnel hors-statut – sachant que l'hypothèse était parfois prévue par les statuts eux-mêmes –, celui-ci ne pouvait pas bénéficier de la négociation collective dans la mesure où la grande majorité du personnel était soumise à un statut. Dans son avis du 30 août 1950 rendu par la Commission de la Fonction publique, le Conseil d'État sembla opter pour cette solution¹⁵⁵⁸. Et il n'est pas exclu, quand bien même les débats parlementaires ne sont pas très éclairants, que ce fut aussi la position du législateur.

Dans une seconde interprétation, on pouvait à l'inverse considérer que le personnel, dont il est question à l'article 31-o du code du travail, correspondait à une catégorie particulière de personnel, qui était distincte de la catégorie du personnel statutaire, auquel cas il pouvait bénéficier de la négociation collective¹⁵⁵⁹. Le

¹⁵⁵⁶ GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. « Bibliothèque de Droit public », Tome 175, p. 218.

¹⁵⁵⁷ Il faut donc lire l'article 31-o de la façon suivante : « *lorsque [l'ensemble du] personnel d'une entreprise publique n'est pas soumis, pour les conditions de travail relevant des conventions collectives, à un statut législatif ou réglementaire particulier, des conventions collectives peuvent être conclues conformément aux dispositions du présent Titre* ».

¹⁵⁵⁸ Cf. : *Dr. ouvr.* 1957, p. 277.

¹⁵⁵⁹ Dans ce cas, on doit lire l'article 31-o de cette façon : « *lorsqu'[une catégorie du] personnel d'une entreprise publique n'est pas soumis, pour les conditions de travail relevant des*

gouvernement de l'époque privilégia cette interprétation en pérennisant la présence de deux catégories de personnels, statutaires et non statutaires, au sein des deux entreprises publiques de navigation maritime qu'étaient de la CGT¹⁵⁶⁰ et de la CMM¹⁵⁶¹.

1030. – Divers cas de recours au personnel hors-statut – Plusieurs situations expliquent la présence d'un personnel non statutaire dans les entreprises de service public en réseaux¹⁵⁶². Ce personnel peut tout d'abord être un personnel temporaire ou saisonnier. Il permet alors de palier à une baisse d'effectifs en période de congés payés. On retrouve ainsi, par exemple, ce personnel hors statut dans le personnel de cabine à Air France, ou parmi les contrôleurs à la SNCF. Ensuite, ce personnel peut correspondre à un personnel de cadres ou de techniciens, qui sont recrutés de façon permanente mais hors statut, souvent pour pouvoir bénéficier de salaires plus élevés que les grilles indiciaires du statut, ou pour contourner les limites d'âge prévues par les statuts. Dans ces cas, ce personnel est recherché et recruté pour ses compétences qui sont nécessaires au développement de l'entreprise mais que celle-ci ne peut trouver en son sein. Ce personnel hors-statut se trouve alors souvent dans une situation privilégiée, comparable à celle du personnel statutaire. Enfin, et à l'inverse, le personnel hors statut concerne, et ce de plus en plus, les catégories de personnel les moins qualifiées. Il s'agit alors de faire baisser les coûts salariaux, notamment par le biais des emplois aidés, ou bien de recruter du personnel à temps partiel. Dans ce cas, le personnel non statutaire est très précarisé, par rapport au personnel statutaire, celui-ci apparaissant alors très – ou trop –, privilégié.

1031. – Le personnel hors-statut pouvant bénéficier de conventions ou accords collectifs – Aujourd'hui, ce personnel non statutaire peut juridiquement bénéficier de conventions collectives, puisque l'actuel article L. 134-1, alinéa 1^{er} du code du travail le prévoit¹⁵⁶³. Ainsi, comme le précise Christian Garbar, « *la négociation*

conventions collectives, à un statut législatif ou réglementaire particulier, des conventions collectives peuvent être conclues conformément aux dispositions du présent Titre ».

¹⁵⁶⁰ Compagnie Générale Transatlantique (CGT).

¹⁵⁶¹ Compagnie des Messageries Maritimes (CMM).

¹⁵⁶² MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, pp. 117-118.

¹⁵⁶³ L'article L. 134-1, alinéa 1^{er} dispose : « *Dans les entreprises publiques et les établissements publics à caractère industriel ou commercial et les établissements publics déterminés par décret qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé, les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales peuvent être déterminées, en ce qui concerne les catégories de personnel qui ne sont pas soumises à un statut législatif ou réglementaire particulier, par des conventions et*

collective est ouverte, en principe, à tous les contractuels non-statutaires autres que les fonctionnaires détachés, qu'il s'agisse de personnels permanents ou précaires »¹⁵⁶⁴. Cependant, le constat de la rareté de la négociation collective à l'égard de ces personnels s'impose. Ce personnel ne bénéficie ni du statut, sauf parfois pour quelques dispositions que le statut prévoit de leur appliquer, ni de conventions collectives. Parfois il bénéficie d'accords collectifs régissant tel ou tel point particulier des relations de travail. Mais pour l'essentiel, les conditions de travail sont définies par le seul contrat de travail qui lie ce personnel à l'entreprise, avec parfois le bénéfice d'une réglementation unilatérale adoptée par la direction de l'entreprise. Comme le fait remarquer le professeur Garbar, cette situation est parfois voulue par les syndicats. Il cite à cet effet l'exemple de la SNCF où « en 1990, la direction de cette entreprise avait formé le vœu de transformer le RPS 25 précité en accord d'entreprise à l'occasion de l'actualisation de certaines dispositions obsolètes. Mais les syndicats, à l'unanimité, ont refusé cette proposition, d'une part par opposition de principe à l'existence de personnel non-statutaire, et d'autre part parce qu'ils préféraient... laisser la direction de l'entreprise seule responsable de l'élaboration du règlement maintenu, tout en ayant cependant délibéré sur le texte dans le cadre de la Commission du statut. »¹⁵⁶⁵

1032. – La carence statutaire – Ce contournement à grande échelle du statut prouve une fois de plus son insuffisance d'un point de vue managérial. Mais cette situation précarise de nombreux agents des entreprises à statut. Cette précarisation d'une partie du personnel est en réalité un paradoxe dans des entreprises où le statut était notamment conçu pour chasser la précarité et les inégalités entre les agents. En effet, si les statuts du personnel ne prennent pas en charge la question des saisonniers, ou bien celle des contrats à temps partiel, voire celle des contrats aidés, c'est pour éviter d'introduire dans le statut la précarité inhérente à ces contrats. Comme on le sait, le statut est plutôt synonyme de stabilité dans la durée des relations de travail, mais aussi d'égalité de traitement des agents tous voués au service public. Il ne serait pourtant pas absurde que le statut puisse se saisir des problématiques spécifiques liées au travail à durée déterminée, à temps partiel, permettant de faire face à des besoins spécifiques

accords collectifs de travail conclus conformément aux dispositions du présent titre ».
Cette disposition est issue de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 modifiée par la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985, et est venu en remplacement de l'ancien article L. 134-1 (article 31-o, précité, dans l'ancienne numérotation du code du travail).

¹⁵⁶⁴ GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, p. 217.

¹⁵⁶⁵ GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, p. 220.

de l'entreprise, ou encore des problématiques liées aux contrats aidés permettant l'intégration de personnes en difficultés professionnelles.

En réalité, tout ceci ne cadre pas bien avec une certaine vision traditionnelle du travail pour le service public. Celui-ci exige de l'agent, d'y consacrer sa carrière, si possible à temps complet. On entre alors dans le champ du statut pour se vouer au service public à temps complet, pour faire une carrière vouée au service public. Dans ce contexte, « Préservons le fruit en évitant d'y introduire le ver », telle aurait pu être la devise des acteurs compétents pour définir le contenu du statut. Calqué sur le modèle de la fonction publique, quand il ne s'agit pas du statut de la fonction publique, les statuts du personnel n'ont jamais véritablement pris en compte d'autres paramètres de carrière que le travail à temps complet et surtout consacré exclusivement au service public. Or avec un tel contenu et un tel champ d'application, les statuts sont inadaptés aux réalités managériales des entreprises de service public.

Cette carence statutaire a paradoxalement eu pour conséquence de renforcer l'image faussée du statut ; à savoir celle d'un « sanctuaire des privilèges acquis ». En effet un fossé s'est inexorablement créé entre deux catégories de personnels, les statutaires et les non-statutaires, qui, pourtant, exercent des métiers et des responsabilités similaires.

1033. – Le retour de la précarité dans les grands services en réseaux – Ce fossé ne fait que s'aggraver avec l'augmentation croissante du personnel permanent non statutaire dans certaines entreprises publiques, à EDF et GDF par exemple. Les emplois de releveurs de compteurs sont de plus en plus occupés par les non statutaires, qui parfois à temps partiel ou en contrats aidés, et avec de maigres salaires, renforcent la cohorte des travailleurs pauvres. Et c'est ici que se trouve la plus grave défaillance de l'ordre statutaire. Alors qu'il était véritablement conçu pour unifier les relations collectives de travail dans les grands services publics en réseaux et pour servir d'aiguillon social à l'ensemble de la société, il devient facteur de division sociale au sein de l'entreprise et partant de la société française dans son ensemble.

Toutefois, il n'est pas question de jeter la pierre au seul statut. Il apparaît en effet que les directions d'entreprises publiques de service public, pressées par la course à la rentabilité financière en vue de préparer ces entreprises à affronter l'ouverture des marchés dans de bonnes conditions économiques, ont parfois abusé de la possibilité qui leur était offerte de recourir à du personnel non-statutaire. Il s'agissait alors de réaliser le maximum d'économie en matière salariale, au détriment bien évidemment des agents. De plus, et c'est ici particulièrement intéressant, ces agents précarisés, désolidarisés

des agents statutaires, étaient relativement « corvéables à merci », car leur capacité à faire grève était plus limitée. Les statistiques prouvent en effet que les grèves dans les services publics sont principalement le fait des agents statutaires et non des agents hors statut.

1034. – La défense du statut – D'ailleurs, ces grèves sont de nos jours largement motivées par la défense du service public, et plus encore peut-être par la défense, voire l'extension, du statut. De ce point de vue, les agents statutaires font aussi grève pour le compte des non-statutaires ; ce qui rejoint cette réalité observée lors des grandes grèves de l'automne 1995, où les grévistes, très largement issus du secteur public, étaient soutenus par les travailleurs du secteur privé dont la majorité n'était pas en grève.

Cet objectif de la lutte syndicale, favorisant l'extension du statut, délaisse en revanche la promotion et le développement du dialogue social, notamment au profit des agents non statutaires. Il n'est alors pas inutile de se souvenir qu'à la Libération, les agents des entreprises des services publics en réseaux auraient largement préféré être soumis à des conventions collectives, plutôt que d'être soumis à une réglementation unilatérale – statutaire – qui était suspecte à l'époque d'iniquité. On ne peut alors que constater le renversement de situation en faveur du statut. Mais c'est oublier que le statut expose, par nature, les agents à une véritable « insécurité sociale ».

2.- Le statut facteur d'insécurité juridique pour les agents

1035. – L'absence de droit au maintien du statut – Le statut du personnel est généralement perçu comme une garantie ou une protection des salariés ; garantie ou protection qui ne peut que progresser sans jamais régresser. Mais c'est là commettre une erreur de jugement sur la nature et la portée du statut du personnel. Certains avantages prévus par le statut peuvent être valablement supprimés lors d'une modification du statut, ou par l'adoption d'un nouveau statut. Si bien que le statut en tant que « sanctuaire des avantages acquis » ne peut exister en principe que par le bon vouloir des pouvoirs publics. En effet, d'un point de vue purement juridique, ce sont les pouvoirs publics qui détiennent le pouvoir d'édicter, de modifier, d'abroger le statut du personnel. Comme on le sait, le statut a une nature réglementaire. Or, selon un principe

bien connu du droit administratif il n'existe pas un droit au maintien d'une réglementation¹⁵⁶⁶.

1036. – Le pouvoir de modification unilatérale, largement ignoré – Cette réalité juridique a souvent été ignorée, volontairement ou non, tant des directions des entreprises publiques que des autorités de tutelle. Il s'avère en effet que très souvent, les modifications des statuts étaient le fruit d'une concertation entre les directions et les syndicats. Le statut était donc modifié dans un sens qui avait fait l'objet d'une sorte de négociation plus ou moins informelle. Mais très rarement, pour ainsi dire jamais, les directions d'entreprises (lorsqu'elles en avaient le pouvoir) et *a fortiori* les autorités de tutelles n'ont usé de leur pouvoir de modifier unilatéralement le statut à l'encontre des syndicats.

1037. – Le précédent « Air France » – Cela est néanmoins arrivé à Air France entre 1995 et 1997. À une époque où la situation financière de la compagnie était particulièrement délicate, la direction de la compagnie avait fait de son pouvoir de modification unilatérale du statut un outil salutaire pour la survie de la compagnie. En vue d'améliorer cette situation financière, la direction a voulu réformer la grille salariale des personnels navigants commerciaux en 1995, puis des personnels navigants techniques en 1997¹⁵⁶⁷. Pour les navigants commerciaux, le projet de la direction consistait à mettre en place une double échelle de salaire ; les nouvelles recrues seraient soumises à une grille salariale moins avantageuse que la grille jusque-là en vigueur, tandis que cette dernière continuerait à s'appliquer aux autres membres du personnel. On constate néanmoins que cette réforme statutaire maintenait, malgré tout, les avantages « acquis » par les personnels déjà en fonction dans la compagnie. Mais l'idée de créer deux niveaux de rémunération au sein d'une même catégorie d'emploi, dont l'application se ferait en fonction de la date d'entrée dans les effectifs de la compagnie choquait les syndicats. Et lorsque ce projet leur fut soumis, ils s'y sont montrés particulièrement hostiles, si bien qu'aucun accord n'était envisageable avec eux. Mais puisqu'aucune obligation légale imposait un tel accord pour modifier le statut du personnel, le président Christian Blanc a donc décidé de faire « passer en force » au conseil d'administration les mesures en question. Lequel conseil adopta ces mesures,

¹⁵⁶⁶ CE, Ass., 1^{er} juin 1973, *SNPNC et autres*, J.C.P. 1974, n°17779, concl. Gabriel VUGHY. – Affaire dans laquelle le Conseil d'État refuse de reconnaître aux personnels navigants commerciaux des compagnies aériennes un droit au maintien de dispositions réglementaires du code de l'aviation civile.

¹⁵⁶⁷ On notera à cet égard que la direction a toujours cherché à favoriser la division syndicale en compartimentant les réformes statutaires en fonction des catégories de personnel.

quand bien même il comprenait quelques représentants des salariés. Enfin, ces modifications statutaires furent approuvées par l'autorité de tutelle.

Cette réforme statutaire avait donc pris la forme d'un véritable acte unilatéral voulu et largement décidé par la direction de la compagnie nationale. En prenant cette décision, la direction avait agi en véritable gestionnaire d'une entreprise évoluant dans un secteur économique de plus en plus concurrentiel. Jamais elle n'a été sujette à la moindre pression de la part des autorités de tutelle. La neutralité de la tutelle faisait d'ailleurs partie des conditions imposées par Christian Blanc pour qu'il accepte en 1993 la mission « impossible » de redresser la compagnie au bord de la faillite. Quoi qu'il en soit, la « rigidité » de l'ordre statutaire, qui jusqu'alors était dénoncée par les directions qui s'en voyaient les victimes, mais qui profitait toujours aux salariés, se retourne contre ceux-ci. D'ailleurs cet épisode fut utilisé comme argument, par le gouvernement et la majorité parlementaire, pour justifier le passage du statut à la convention collective dans les rapports collectifs de travail au sein de la compagnie. Le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet de loi relatif aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France¹⁵⁶⁸, Charles de Courson, disait en effet que « *contrairement à une idée reçue, le statut des salariés d'Air France n'est pas plus protecteur pour eux que la convention collective. Certains prétendent que le statut est plus protecteur, mais, c'est inexact, car un statut se modifie instantanément, par voie unilatérale, quand les nécessités l'imposent et sans obligation de négocier, ce qui n'est pas le cas d'une convention collective* »¹⁵⁶⁹. Il faut remarquer en outre, que la direction d'Air France avait déjà usé de ce pouvoir purement unilatéral à la fin des années 1950' à l'égard des personnels navigants commerciaux, pour notamment radier des effectifs les femmes mariées. Cette mesure donna naissance à la célèbre affaire *Epoux Barbier-Domergue*, qui permit au Tribunal des conflits de trancher la question de la compétence juridictionnelle en matière statutaire¹⁵⁷⁰. D'ailleurs par la suite, les syndicats des personnels navigants commerciaux, ayant sans doute perçu ce revers du statut, ont constamment privilégié la conclusion de conventions ou d'accords collectifs avec la direction, afin d'écarter autant que possible le risque des mesures purement unilatérales. Ces accords collectifs pouvant ensuite être incorporés dans les règles statutaires par

¹⁵⁶⁸ Projet de loi ayant abouti à la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 *relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France*, *J.O.R.F.* du 10 avril 2003, p. 6326.

¹⁵⁶⁹ Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 11 mars 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* 2003, p. 1886, 1^{ère} col.

¹⁵⁷⁰ TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c./ Epoux Barbier*, *Rec.* p. 790, concl. Jean KAHN ; *D.* 1969, note Jean-Marie AUBY ; *R.D.P.* 1968, p. 893, note Marcel WALINE ; *R.D.P.* 1969, p. 142, concl. Jean KAHN ; *A.J.D.A.* 1968, p. 225, chron. Jean MASSOT et Jean-Louis DEWOST ; *Dr. ouvr.* 1969, p. 177, concl. Jean KAHN et note BOITEL ; *Dr. soc.* 1969, p. 51, note Jean SAVATIER ; *C.J.E.G.* 1969, p. 525, note A. C.

décision du conseil d'administration de la compagnie ; l'unilatéral était fictif, le réglementaire étant formel.

1038. – Un fondement jurisprudentiel solide – La jurisprudence a pendant très longtemps admis ce pouvoir unilatéral de modifier les statuts du personnel, sans que les personnels concernés puissent invoquer un quelconque droit au maintien des règles statutaires initiales. Ainsi à propos de certains agents de la Banque de France, un arrêt du 24 janvier 1968 considère que « *ce statut réglementaire peut (...) être modifié dans les mêmes formes et à tout moment pour l'avenir, sans que les agents en fonction puissent se prévaloir d'aucun droit acquis au maintien des prescriptions du statut qui leur étaient jusqu'alors applicables.* »¹⁵⁷¹ Ou encore, concernant certains personnels des caisses de sécurité sociale, « *le Gouvernement peut à tout moment modifier le statut de ces agents, sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'un droit quelconque au maintien des règles antérieures* ». ¹⁵⁷² Le Conseil d'État a par ailleurs affirmé clairement que le « *le droit aux avantages résultant [d'un] statut est subordonné au maintien en vigueur des textes qui les confèrent.* »¹⁵⁷³

Il est remarquable que cette jurisprudence se soit ainsi maintenue, alors que le 1^{er} mars 1968, à propos des agents de l'ORTF, la section du contentieux du Conseil d'État avait semblé vouloir infléchir la jurisprudence dans un sens moins favorable au caractère « absolu » du pouvoir de modification des statuts¹⁵⁷⁴. Le Conseil d'État posa alors en effet le principe selon lequel « *le pouvoir de modifier le statut s'exerce nécessairement sous la double réserve qu'il ne porte atteinte ni aux dispositions législatives en vigueur, ni aux principes généraux applicables, même sans texte, aux relations de travail nées de contrats soumis, par le législateur, aux règles du droit privé* »¹⁵⁷⁵. Ces limites, Nicole Questiaux avait cherché à les définir dans ses conclusions. Elle affirmait ainsi que dans une entreprise publique, l'employeur n'est pas, ou ne doit pas être, un employeur privilégié dans ses relations avec le personnel : « *son pouvoir unilatéral doit rencontrer lorsqu'il s'exerce sur les contrats en cours les mêmes limites que dans le cas d'un personnel non soumis à statut. Et, si le statut lui fournit le moyen d'excéder ces limites, il est entaché d'excès de pouvoir.* »¹⁵⁷⁶ Suivant cette idée,

¹⁵⁷¹ CE, 24 janvier 1968, *Syndicat National du Cadre Secrétaire Comptable*, Rec. p. 53.

¹⁵⁷² CE, 2 avril 1971, *Sieur Pachoud*, Rec. p. 271.

¹⁵⁷³ CE, 8 juillet 1983, n° 28.935, *M. Barthes et autres*, Rec. T. p. 793.

¹⁵⁷⁴ CE, Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres*, Rec. p. 150 ; *Dr. soc.* 1969, pp. 33-40, concl. Nicole QUESTIAUX.

¹⁵⁷⁵ *Idem*

¹⁵⁷⁶ QUESTIAUX (Nicole), « Le statut du personnel de l'ORTF et son application aux contrats en cours », concl. sur C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres*, *Dr. soc.* 1969, p. 38.

le Conseil d'État admettait que le pouvoir statutaire (en l'occurrence exercé par le gouvernement) puisse « *modifier le statut dans l'intérêt de la gestion du service* », mais « *sous la double réserve* » précitée (à savoir : ne pas porter atteinte aux dispositions législatives en vigueur et aux principes généraux du droit qui sont applicables à ces contrats de travail).

Toutefois, la jurisprudence *ORTF* du 1^{er} mars 1968 est restée isolée, et est devenue au fil du temps une jurisprudence « sans lendemain », comme avait pu le noter dans sa thèse, avec semble-t-il une once de regret, Jacky Chorin¹⁵⁷⁷. L'idée de soumettre le pouvoir statutaire à quelques limites afin d'en éviter des abus n'est pas excessive en soi. Les directions, ou les pouvoirs publics peuvent être tenté en effet d'abuser de ce pouvoir de modification des statuts en vue de répondre uniquement à des exigences comptables, alors même que ces modifications ne sont aucunement justifiées par la bonne marche du service ou plus généralement pour des raisons tenant aux exigences du service public, qui est normalement à la base de l'ordre statutaire.

En réalité, il ne semble pas que ce soit l'idée même de limiter le pouvoir statutaire qui a favorisé l'abandon de la jurisprudence *ORTF* à peine née. C'est davantage son postulat de base qui est au fond très discutable. En effet, selon l'arrêt *ORTF* « *les modifications apportées au statut primitif s'incorporent aux contrats conclus sur la base de ce statut* »¹⁵⁷⁸. Par ce biais on risquait d'aboutir à une quasi immutabilité des contrats de travail conclus sur la base du statut, en réduisant fortement la possibilité de modifier le statut par la suite. L'incorporation du statut collectif dans le contrat de travail, prend le contre-pied de la position du juge judiciaire à l'égard de la convention collective. Pour celui-ci, la convention collective ne fait que s'imposer aux contrats ; il n'y a pas incorporation. Trente-deux ans après l'arrêt *ORTF*, dans ses conclusions sur l'affaire *Berton*, Sophie Boissard ne voyait pas quelle pouvait être la justification théorique de cette règle posée par la décision du 1^{er} mars 1968. En revanche, la position du juge judiciaire lui semblait plus convaincante : « *Ainsi, lorsque [le] statut est modifié, les nouvelles règles qu'il pose s'appliquent en principe immédiatement aux contrats en cours, sauf, en vertu du principe de faveur, lorsque ceux-ci stipulent expressément des clauses plus favorables.* »¹⁵⁷⁹ Or conclut-elle, « *cette analyse a le mérite de faire clairement le départ entre ce qui relève du contrat individuel de travail et ce qui figure*

¹⁵⁷⁷ CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 245, p. 530.

¹⁵⁷⁸ CE, Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres*, Rec. p. 150 ; *Dr. soc.* 1969, pp. 33-40, concl. Nicole QUESTIAUX.

¹⁵⁷⁹ BOISSARD (Sophie), « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », concl. sur CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton c./ SNCF*, *Dr. soc.* 2001, p. 953.

dans le statut collectif tout en préservant la possibilité pour ce dernier d'évoluer. Il n'y aurait donc selon nous que des avantages à ce que vous la repreniez à votre compte. »¹⁵⁸⁰ Sophie Boissard indique par ailleurs qu'« en partant du postulat que le statut ne s'incorpore pas aux contrats mais s'impose à eux, on atteint exactement le même résultat. »¹⁵⁸¹ Elle prône ensuite l'application du principe de stabilité des contrats de travail, de façon à limiter le pouvoir statutaire mais en laissant néanmoins beaucoup de souplesses.

1039. – Les limites posées par l'arrêt Berton – Ainsi, la jurisprudence en ce domaine est aujourd'hui orientée par l'arrêt *Berton* du 29 juin 2001¹⁵⁸², lequel, tout en confirmant l'existence du pouvoir de modifier unilatéralement le statut qui s'impose aux contrats de travail, affirme que le principe de stabilité des contrats de travail vient limiter l'impact de ces modifications sur les contrats de travail en cours. Toutefois, il en nuance la portée, en considérant « 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 obstacles à son application ; »¹⁵⁸³ Ainsi, est posée une limite non négligeable, mais non paralysante, au pouvoir de direction élargi qui est reconnu à la direction de l'entreprise publique à statut.

En tout état de cause, la jurisprudence *Berton* n'aurait pas empêché la modification des règles statutaires relatives à la rémunération des personnels navigants commerciaux et techniques d'Air France, puisque ces modifications ne concernaient que le personnel qui sera recruté à l'avenir et non le personnel en place. Or justement, le fait que la direction n'ait pas voulu réduire autoritairement l'échelle de salaire applicable aux agents en fonction de la compagnie, prouve aussi, *a contrario*, que la direction a voulu utiliser ce pouvoir unilatéral avec retenue. Car au fond, et depuis longtemps à Air France, c'est le dialogue social, et plus précisément la négociation collective qui est recherchée, tant par la direction que par les syndicats, et ceci dans un contexte juridique qui n'était pas favorable à cette pratique.

¹⁵⁸⁰ BOISSARD (Sophie), « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », concl. sur CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton c./ SNCF*, *Dr. soc.* 2001, p. 954.

¹⁵⁸¹ *Idem.*

¹⁵⁸² CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton c./ SNCF*, req. n° 222.600, *R.F.D.A.* 2001, p. 969 ; *A.J.D.A.* 2001, pp. 648-651, chron. Matthias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; *Dr. soc.* 2001, p. 948, concl. Sophie BOISSARD ; *C.J.E.G.* n° 584, 2002, p. 84, concl. Sophie BOISSARD et p. 94, note Nicole MAGGI-GERMAIN.

¹⁵⁸³ *Idem.*

§2.- Les insuffisances du droit conventionnel

1040. – Face aux faiblesses du droit statutaire, aucune compensation satisfaisante ne peut être trouvée auprès du droit conventionnel. Si historiquement la négociation collective existe depuis longtemps dans les entreprises publiques à statut, la pratique qui en est faite a toujours été limitée, et ce pour plusieurs raisons qu'il convient de rappeler (A.-). Compte tenu de l'état du cadre juridique dans lequel peut s'exercer aujourd'hui la négociation collective, le droit conventionnel, lorsqu'il existe, ne vient qu'appliquer et compléter dans des proportions limitées le droit statutaire (B.-).

A.- La pratique limitée de la négociation collective

1041. – ***Le particularisme de la négociation collective dans les entreprises à statut*** – Dans les entreprises publiques à statut, la négociation collective n'a jamais été formellement interdite, ainsi que le rappelait Robert Pierot en 1972¹⁵⁸⁴. Néanmoins, elle s'est trouvée fortement limitée à partir du moment où le législateur a prohibé la conclusion d'accords collectifs dans ces mêmes entreprises par la loi du 11 février 1950¹⁵⁸⁵. Encore doit-on noter que cette interdiction ne valait qu'à l'égard du personnel statutaire ; en théorie du moins, le personnel non statutaire pouvait bénéficier de conventions collectives, ainsi qu'il a été expliqué précédemment. Dès lors, pour le personnel statutaire, à quoi bon négocier s'il n'y a pas, ou peu, de possibilité de conclure un accord ? En effet, les seules possibilités de négocier un accord existaient lorsque le statut lui-même prévoyait la conclusion d'un accord sur un point particulier¹⁵⁸⁶. Mais c'étaient là des exceptions au principe selon lequel les dispositions du code du travail relatives aux conventions et accords collectifs ne pouvaient pas s'appliquer aux personnels soumis à un statut législatif ou réglementaire.

¹⁵⁸⁴ PIEROT (Robert), « La crise de la notion de tutelle », note sous Cass. soc., 15 avril 1970, *M. Gréard c./Compagnie nationale Air France* et sous Cass. soc., 15 avril 1970, *Compagnie nationale Air France c./M. Trémoulet*, *Dr. soc.* 1972, pp. 20-28.

¹⁵⁸⁵ Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *J.O.R.F.* du 12 février 1950, p. 1688.

¹⁵⁸⁶ Tel était le cas de l'article 9 § 2 du statut du personnel des industries électriques et gazières, qui prévoit la possibilité de conclure un accord collectif pour la détermination du salaire de base dans l'entreprise.

De plus, le particularisme des relations collectives de travail dans les entreprises publiques à statut est marqué dès cette époque par le paritarisme, qui devient un système de relation sociale dans ces entreprises. Le pouvoir se partage alors au sein des structures paritaires entre un ou deux syndicats dominants et la direction de l'entreprise. Si juridiquement la prise de décision revient à la seule direction de l'entreprise, celle-ci n'agit qu'une fois l'accord implicite donné par le ou les syndicats dominants. Les sociologues du travail Nelly Mauchamp et Pierre-Éric Tixier expliquent ainsi que dans le cadre du paritarisme, « *les décisions étaient partagées, mais sans qu'il y ait explicitement une prise commune de responsabilités.* »¹⁵⁸⁷ Ils précisent d'ailleurs que dans ce système, les syndicats « *n'émettent que des avis au sein des structures paritaires et ne sont pas liés à la décision qui reste un acte de direction, l'accord reste implicite. Ce type de dispositif suppose donc pour fonctionner que les syndicats et les directions s'entendent sur un système de valeurs partagées. Ce fut effectivement le cas jusqu'aux années 80.* »¹⁵⁸⁸ Ces valeurs étaient celles du service public, que les directions ont ensuite progressivement abandonnées au profit de celles véhiculées par le secteur privé.

Enfin, lorsque la négociation avait lieu, même en dehors du cadre juridique précité, c'était essentiellement dans un contexte de grèves portant généralement sur des revendications salariales. Or dans ce cas, le conflit opposait moins les syndicats à la direction de l'entreprise, qu'au gouvernement qui maîtrisait les « ficelles budgétaires » de la politique salariale dans le secteur public. Si bien que les négociations qui pouvaient être tenues, entre la direction et les syndicats, en vue d'une sortie de crise, étaient en réalité pilotées par le gouvernement qui, soit laissait faire la direction en lui donnant une marge plus ou moins étroite, soit la sommait de cesser les discussions. Dans ce contexte, comme l'affirme Nicole Maggi-Germain, « *la négociation collective comme mode de formation du droit apparaissait quelque peu discréditée* »¹⁵⁸⁹.

1042. – La volonté d'ouvrir les entreprises à statut au dialogue social – En définitive, « *ce n'est qu'avec la volonté gouvernementale de développer le dialogue social que la négociation collective a pu pleinement s'exprimer* »¹⁵⁹⁰. A cet égard, l'échec cuisant de la politique de fermeté envers les mineurs en grève au printemps 1963, a

¹⁵⁸⁷ MAUCHAMP (Nelly) et TIXIER (Pierre-Eric), « Accords sociaux dans les entreprises publiques : l'exemple de l'accord EDF-GDF », *GIP Mutations Industrielles* n°70, 29 février 1996, p. 74.

¹⁵⁸⁸ *Idem.*

¹⁵⁸⁹ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 142.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

obligé le gouvernement de Georges Pompidou à privilégier la négociation collective dans les entreprises publiques, et à abandonner, du moins dans les faits, l'unilatéralisme. Deux rapports remis au Premier ministre en 1963 ont insisté sur la nécessité de trouver des procédures adéquates de négociations salariales dans les entreprises publiques. Il s'agissait du rapport Massé remis en mars 1963¹⁵⁹¹, et du rapport Toutée remis en décembre 1963¹⁵⁹². Cette ouverture du secteur public au dialogue social, a été confortée en 1967 par les recommandations du rapport remis au Premier ministre par l'inspecteur des finances Simon Nora¹⁵⁹³. Il y suggérait notamment un réajustement de la tutelle sur les entreprises publiques en vue de laisser aux directions de ces entreprises une plus grande autonomie de gestion. Or c'était-là conforter les directions d'entreprises à pratiquer un dialogue social libéré de l'emprise permanente de la tutelle.

Il est vrai qu'à partir des années 1960' la négociation collective s'est développée dans les entreprises publiques à statut, mais dans un cadre juridique toujours aussi étroit. Si bien qu'en pratique, lorsque la négociation collective aboutissait à la conclusion d'un accord, c'était au mépris de la légalité. A moins que l'accord en question ne porte sur un domaine non traité par le statut, auquel cas, sa légalité était moins douteuse. Mais sur ce point, la controverse¹⁵⁹⁴ juridique a toujours existé. Le flou juridique était d'autant plus grand, que le gouvernement de Jacques Chaban-Delmas favorisa le développement des contrats de progrès, qui tentaient de répondre, à titre expérimental, au malaise des salariés du secteur public, en associant gouvernement, direction et syndicats¹⁵⁹⁵. Mais pour l'essentiel les accords conclus à cette époque (dans le cadre ou pas des contrats de progrès) sont essentiellement salariaux comme le note Nicole Maggi-Germain¹⁵⁹⁶. Or à ce titre, ces accords sont toujours largement encadrés par les pouvoirs publics, notamment par le biais du ministère des finances puisque le gouvernement fixe le montant de l'enveloppe salariale, la négociation ne portant que sur la répartition de cette enveloppe.

¹⁵⁹¹ *Rapport sur la situation des salaires du secteur nationalisé*, présenté par MM. Massé, Bloch-Lainé et Masselin, Paris, La Documentation française, 1963.

¹⁵⁹² *Rapport sur l'amélioration des procédures de discussions des salaires dans le secteur public*, présenté par M. Jean Toutée, publié in *Dr. soc.* 1964, pp. 278 à 286.

¹⁵⁹³ Groupe de travail du Comité interministériel des Entreprises publiques, présidé par Simon NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à M. Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La Documentation française, 131 pp.

¹⁵⁹⁴ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. « Bibliothèque de droit social », Tome 30, p. 146.

¹⁵⁹⁵ LENOIR (C.), *Les contrats de progrès*, Thèse Sciences politiques, Paris II, 1974, 284 pp. – Cf. : aussi les développements consacrés aux contrats de progrès in MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, pp. 134 et suiv.

¹⁵⁹⁶ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, pp. 142 et suiv.

1043. – L’empiètement de plus en plus fréquent de la convention collective dans le domaine du statut – Toutefois certains accords ont constitué une source de droit du travail dans les entreprises publiques à statut, le plus souvent « *dans des entreprises qui connaissaient des métiers très différents et une variété de situations juridiques appelant une gestion souple* »¹⁵⁹⁷. Ainsi, à la SNCF, par exemple, on peut citer l’accord du 10 juillet 1969 qui concerne en partie l’organisation des fonctions syndicales, mais aussi les accords du 11 juillet 1968 et du 23 février 1970 qui touchent à la réorganisation de l’entreprise. A la RATP, le protocole du 9 juillet 1970 porte sur des thèmes semblables. Mais plus emblématique encore, est la convention collective du 11 février 1972 signée notamment par la direction d’Air France et les syndicats du personnel navigant commercial, puisque cette convention collective sera en réalité la base de nouvelles règles statutaires. Le titre I de cette convention précisait à cet égard que « *la réglementation applicable au PNC au sein de chaque compagnie serait modifiée dans les meilleurs délais pour être mise en conformité avec les dispositions de la présente convention* ». Ce qui fait dire fort justement au professeur Christian Garbar que l’on assiste ici à un véritable renversement de la hiérarchie juridique normale¹⁵⁹⁸. Le statut semble en effet tenu en respect par la convention collective. Depuis cette date, la convention collective empiète fréquemment dans le domaine réservé en principe au statut, ainsi que le constate le professeur Martine Lombard, qui a été par ailleurs directrice des affaires juridiques d’Air France¹⁵⁹⁹.

1044. – Les effets juridiques contestés des conventions collectives – Sur le plan juridique, ce n’est pas parce que la pratique de la négociation collective existe et est admise par les autorités de tutelle que pour autant, l’accord issu de cette négociation et empiétant sur le domaine du statut sera considéré comme produisant valablement des effets juridiques. Certes, deux arrêts notoires de la Chambre sociale de la Cour de cassation, datés du 15 avril 1970¹⁶⁰⁰, ont admis la validité d’un protocole d’accord signé le 16 septembre 1958 entre le SNPL et la direction d’Air France avec l’approbation de son autorité de tutelle. La Cour de cassation semble reconnaître l’entier effet juridique

¹⁵⁹⁷ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l’entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 143.

¹⁵⁹⁸ GARBAR (Christian-Albert), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, p. 85.

¹⁵⁹⁹ LOMBARD (Martine), « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *A.J.D.A.* 1991, p. 606.

¹⁶⁰⁰ Cass. soc., 15 avril 1970, *M. Gréard c./Compagnie nationale Air France*, et Cass. soc., 15 avril 1970, *Compagnie nationale Air France c./M. Trémoulet*, *Dr. soc.* 1972, pp. 29-30, note Robert PIEROT.

de ce protocole d'accord qui pourtant empiète dans le domaine statutaire. Pourtant deux ans auparavant, le Tribunal administratif de Paris avait considéré qu' « *en vertu des dispositions législatives et réglementaires [...], les mesures arrêtées par la compagnie dans l'acte dit "protocole d'accord" n'avaient pas à revêtir la forme d'une convention et ne pouvaient en aucun cas ouvrir des droits de nature contractuelle au profit des membres du personnel intéressé* »¹⁶⁰¹. Pour autant, le tribunal administratif considère qu'en approuvant cet accord, la direction de la compagnie a pris une décision « *dans les limites légales de ses prérogatives statutaires sous réserve de l'exercice par l'autorité administrative compétente, du pouvoir de tutelle dont elle est investie* »¹⁶⁰². Or le tribunal constate que la décision de la compagnie a été approuvée par le ministre des travaux publics le 7 novembre 1958. En vertu d'un arrêt du Conseil d'État en date du 26 mai 1967¹⁶⁰³, cette approbation ministérielle n'a pas le caractère d'un acte administratif réglementaire, mais celui d'un acte administratif individuel ; dès lors qu'elle aurait été illégale, cette approbation ministérielle est néanmoins devenue définitive, puisqu'elle n'avait pas fait l'objet d'un retrait dans le délai de recours contentieux. Le Tribunal administratif de Paris en déduit que cette approbation « *a créé des droits au profit tant de l'entreprise dont il s'agit que des catégories de personnels intéressées* »¹⁶⁰⁴.

En définitive, la négociation collective ne pouvait pas aboutir à la conclusion d'un accord collectif juridiquement valable, c'est-à-dire produisant des effets juridiques. En revanche, on le voit, à travers les décisions prises par les autorités compétentes, le contenu de cet accord non valable peut tomber dans l'escarcelle du droit statutaire, et produire des effets juridiques par ce biais. Dès lors, il n'est pas exagéré de considérer que la négociation, faute de pouvoir aboutir à un accord en bonne et due forme, permet néanmoins de définir la norme statutaire. Et c'est sans doute là l'une des plus grandes « hypocrisies » du système statutaire tel qu'il a existé jusqu'à nos jours : faire croire qu'il est purement unilatéral, alors qu'en réalité, il peut être négocié¹⁶⁰⁵. Mais la « négociation » du statut pose une question de terminologie juridique qu'il convient de résoudre.

¹⁶⁰¹ TA Paris, 3 avril 1968, *Syndicat National des Pilotes de Lignes c./Air France et Ministre des Transports*, Dr. soc. 1969, pp. 41-46, concl. CROCHET-DAMAIS.

¹⁶⁰² *Idem*

¹⁶⁰³ CE, 26 mai 1967, *Syndicat national des pilotes de lignes*, Rec. p. 740.

¹⁶⁰⁴ TA Paris, 3 avril 1968, *Syndicat National des Pilotes de Lignes c./Air France et Ministre des Transports*, op. cit..

¹⁶⁰⁵ Sur l'acte unilatéral négocié en général : Cf. : DEAU (Richard), *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction du professeur Alain Laquière, Angers, 2006, 595 pp.

1045. – Ce que cache la négociation dans les entreprises publiques à statut

– Le vocable « négociation » en cache ici trois autres qui sont, la discussion, la consultation et la concertation. Dans le décret du 29 février 1952, par lequel le secrétaire d'État aux travaux publics approuve le statut du PNT d'Air France, on trouve cette énonciation : « *le présent statut provisoire, dont les dispositions ont été discutées entre la Compagnie Air France et le Syndicat national des Officiers de l'Aviation marchande...* ». Que doit-on comprendre de la discussion qui a précédé l'adoption du statut en question ? Car le vocable « discussion » est particulièrement vague et large. S'agit-il plus d'une consultation ou d'une négociation ? Comme on le sait, la négociation aboutit normalement à la conclusion d'un accord ou d'une convention collective : autrement dit, les parties qui négocient et qui tombent d'accord formalisent et signent cet accord. La consultation revient seulement pour la partie qui décide de recueillir l'avis des parties à qui la décision est adressée ; Comme l'explique le professeur Pierre-Yves Verkindt, « *Pour les sociologues, la consultation est une rencontre dont l'objectif premier est l'échange d'informations. Elle permet à celui qui est consulté de clarifier une situation et à celui qui consulte de compléter son information, par l'avis qui lui sera donné par le consulté. La consultation ne remet pas en cause le caractère unilatéral de la décision qui sera prise en définitive...* »¹⁶⁰⁶ Compte tenu de la pratique ancienne de la négociation collective à Air France, et compte tenu aussi du fait que le ministre aurait pu évoquer explicitement la concertation ou la consultation, le fait que le décret précité du 29 février 1952 emploie le vocable se rapportant à la discussion, invite à penser fortement que derrière la discussion se cache la négociation. Le ministre semble jouer sur les mots afin de ne pas aller à l'encontre des dispositions légales issues de la loi du 11 février 1950 qui proscrivent la négociation collective pour déterminer les règles statutaires. Et pourtant, dès cette époque, Air France contourne l'interdiction légale en négociant le statut.

En revanche, d'autres statuts font référence à la consultation ou à la concertation. C'est le cas pour le statut du personnel des industries électriques et gazières : l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 dispose en substance que les décrets qui interviendront pour déterminer ce statut seront pris « *après avis des organisations syndicales les plus représentatives des personnels* ». Une remarque préalable s'impose : cette loi est antérieure à celle de 1950 proscrivant la négociation collective ; qu'elle se situe dans une optique de « négociation du statut » n'est donc pas improbable, surtout si l'on se souvient que beaucoup souhaitait à l'époque une convention collective

¹⁶⁰⁶ VERKINDT (Pierre-Yves), « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 322.

dans les industries électriques et gazières nationalisées. En outre, s'il ne s'agit que de recueillir un avis, alors on se situe dans le cadre soit de la concertation, soit de la consultation. Faut-il pour autant assimiler concertation et consultation ? C'est ce que fait Pierre-Yves Verkindt lorsqu'il écrit : « *La négociation n'est pas la concertation qui renvoie quant à elle à une disposition d'esprit visant le rapprochement des positions. [...] Elle suppose que le titulaire d'un pouvoir accepte de ne pas l'utiliser avant d'avoir recueilli l'opinion de ceux qui supporteront l'exercice de ce pouvoir* »¹⁶⁰⁷. Recueillir l'avis, c'est consulter. Dans le cas de la concertation, cet avis viserait en fait à rapprocher les positions des différentes parties. On est alors à la lisière de la négociation, la différence tenant davantage à la réalité du pouvoir de décision qu'au contenu même du processus de « discussion ».

Ainsi, juridiquement, la négociation précède l'accord collectif, tandis que la consultation ou la concertation précède la décision unilatérale. Juridiquement le statut ne peut pas être négocié. Mais, en pratique, si l'autorité investie du pouvoir de déterminer le statut, décide non pas seulement de consulter les syndicats pour un simple « échange de vues », mais d'engager une véritable discussion afin d'aboutir à un rapprochement des points de vue, et que le statut qu'elle édictera sera rigoureusement conforme à l'« accord » résultant desdites discussions, alors, dans les faits le statut est bien négocié. C'est une réalité, qui, on le sait, a existé et existe encore. La complexité du système statutaire vient de ce que la réalité juridique est en décalage parfois total avec la réalité factuelle.

1046. – A cette réalité, l'article L. 134-1 alinéa 3 du code du travail, issu de la loi du n° 82-957 du 13 novembre 1982, ne change pas grand-chose. Il ne fait que clarifier la valeur juridique des accords conclus dans les matières non régies par le statut du personnel (Cf. : infra, §§ 1047 et suivants).

B.- Un droit conventionnel supplétif, vaguement ampliatif

1047. – ***Une dose de contractuel dans le statutaire*** – Depuis la loi du 13 novembre 1982¹⁶⁰⁸, l'article L. 134-1, alinéa 3, du code du travail dispose en substance que dans les entreprises à statuts, des conventions ou accords d'entreprises peuvent

¹⁶⁰⁷ VERKINDT (Pierre-Yves), « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 322.

¹⁶⁰⁸ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, *J.O.R.F.* du 14 novembre 1982, pp. 3414 et suiv.

compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut¹⁶⁰⁹.

Comme le précise Nicole Maggi-Germain¹⁶¹⁰, cet article est issu d'un amendement parlementaire. De plus, son adoption s'est avérée consensuelle, puisque l'opposition d'alors avait, elle aussi, déposé un amendement allant dans le même sens. Il n'y a donc pas eu de débats très fournis au Parlement lors de son adoption. Ceci n'empêche nullement d'en faire une interprétation proche de ce qui était recherché par le gouvernement et la majorité d'alors. A savoir, qu'il ne s'agit aucunement de remettre en cause l'ordre juridique qui préexistait, marqué comme on le sait par la primauté du statut, mais plutôt d'articuler différemment le statut et la convention collective. Pour reprendre les propos de Nicole Maggi-Germain, « *au formalisme rigoureux du droit statutaire, on décide d'injecter quelques doses de contractuel permettant d'assurer son adaptation et peut-être sa pérennité* »¹⁶¹¹.

1048. – Les domaines de la négociation – Toutefois, sans remettre en cause la primauté du statut, le domaine de la négociation collective tel qu'il est envisageable avec l'article L. 134-1, alinéa 3, peut-être plus ou moins étendu. Il convient donc d'en préciser les limites.

Pour cela, il faut en premier lieu s'intéresser aux buts assignés à la négociation collective par l'article L. 134-1, alinéa 3, du code du travail. Celui-ci indique que les conventions ou accords d'entreprises « *peuvent compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application* ». Ceci revient à dire que la négociation collective permet, soit de combler les vides thématiques que le statut laisse subsister, soit de mettre en œuvre le statut en l'adaptant à un contexte particulier, quitte à développer et enrichir les thèmes qui y sont abordés. En ce sens, la négociation semble pouvoir véritablement créer du droit. Le droit conventionnel est alors ampliatif par rapport au statut ; il apporte un vrai complément au droit statutaire.

Cependant, il faut remarquer en second lieu que l'article L. 134-1, alinéa 3, pose une condition : la négociation collective qu'il envisage, ne peut intervenir que « *dans les limites fixées par le statut* ». Qu'entendre par « limites » ? Comment, faut-il interpréter

¹⁶⁰⁹ L'article 134-1, alinéa 3, du Code du travail dispose : « *Dans les entreprises privées, les entreprises publiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial, 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.* »

¹⁶¹⁰ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, pp. 150 et suiv.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 154.

cette condition ? Celle-ci veut-elle dire que la négociation n'est possible que dans les cas prévus par le statut ? On ne peut négocier que si le statut le permet. Mais dans ce cas, le champ de la négociation va alors être très limité. Celle-ci veut-elle dire encore, que la négociation n'est possible que dans les domaines traités par le statut ? Auquel cas, la négociation ne pourra pas venir combler les vides thématiques laissés par le statut, contrairement à ce qui vient d'être évoqué précédemment. Dans ces deux hypothèses, le champ qui semblait s'ouvrir à la négociation se rétrécit aussitôt à peu de chose. Fallait-il alors une loi pour en arriver là ? Ceci ne peut correspondre à la volonté du législateur, surtout dans un contexte où celui-ci, sous la houlette du gouvernement, cherchait à instaurer une véritable « citoyenneté économique » pour les travailleurs. L'objectif est d'impliquer davantage les partenaires sociaux dans la mise en place de projets communs dans les entreprises. De plus, il semble qu'en ouvrant à la négociation collective les entreprises publiques à statut, on cherche à réduire la division du monde du travail entre le secteur privé et le secteur public.

1049. – L'interprétation de l'article L.134-1 alinéa 3, en question – Il était donc nécessaire d'interpréter plus largement cette condition posée par l'article L. 134-1, alinéa 3 du code du travail. C'est ce que proposait Nicole Maggi-Germain dans sa thèse. En effet, selon elle, rien n'indiquait que la « *volonté du législateur ait été de limiter l'articulation statut-convention à un rapport de subsidiarité* »¹⁶¹². Elle pensait au contraire que le système statutaire était en lui-même autosuffisant, dans le sens où l'application du statut se faisait déjà très bien par le biais des circulaires internes. Si bien que la convention collective n'aurait apporté rien de plus. Aussi, pour Nicole Maggi-Germain, la négociation n'avait pas à être limitée à la seule application des statuts pris dans les limites de leur contenu matériel. Elle était d'avis que la négociation pouvait intervenir en tout domaine, dès lors que celle-ci n'entraîne pas en conflit avec les dispositions du statut. C'était-là, une conception extensive de l'article L. 134-1, alinéa 3, qui allait vraisemblablement dans le sens de la volonté du législateur de 1982.

Pour sa part, le professeur Christian Garbar adoptait une approche plus nuancée. Il faisait pour cela la distinction entre la négociation obligatoire et la négociation facultative. La négociation était obligatoire lorsqu'elle est prévue par le statut ou par la loi. La négociation intervenait alors sans autres limites que celles déterminées par son objet. En dehors de ces cas, la négociation était facultative. Le professeur Garbar pensait alors qu'il existait des matières sensibles sur lesquelles il ne pouvait pas être négocié,

¹⁶¹² MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 156.

compte tenu des missions de service public et du lien qui existait entre ces missions et le statut. Parmi ces matières sensibles, il indiquait notamment le service minimum, les problèmes liés aux départs en retraite, la durée du travail¹⁶¹³. Très justement il précisait en outre que la négociation facultative n'aurait jamais pu se substituer à un règlement administratif lorsque celui-ci était prévu par le statut¹⁶¹⁴.

D'un point de vue strictement juridique, il semble que l'on puisse adopter sans difficultés l'approche extensive préconisée par Nicole Maggi-Germain. Compléter le statut c'est nécessairement créer du droit là où le statut ne prévoit rien. Ainsi par exemple, dans la mesure où le statut ne prévoyait aucune disposition relative au service minimum, on peut se demander pourquoi la négociation collective ne s'en était pas saisi. La réponse tient à des raisons particulières que l'on abordera ultérieurement, et qui rendent cela guère envisageable. Par ailleurs, l'interprétation extensive de l'article L.134-1, alinéa 3, offrait la possibilité d'améliorer les relations sociales dans l'entreprise publique à statut, en rendant plus régulier le dialogue social, ce que la voie unilatérale ne permettait pas. Bien évidemment, ceci ne devait pas se faire au détriment du statut, que l'on aurait relégué en arrière-plan en adoptant à son égard une interprétation restrictive. L'article L.134-1, alinéa 3, du code du travail laissait la primauté au statut ; la négociation ne venait nullement se substituer à lui, mais uniquement le seconder.

1050. – L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 septembre 1998 – Malgré cela, on a pu assister, dans certaines entreprises publiques à statut, à des « stratégies de contournement »¹⁶¹⁵ du statut au moyen des conventions et accords collectifs. Ce fut le cas notamment à EDF avec l'accord de janvier 1997 sur les 32 heures¹⁶¹⁶. Cet accord visait à réduire la durée collective du travail à trente-deux heures hebdomadaires, en instaurant un nouveau mode de rémunération, de nouvelles règles pour la retraite, et un compte épargne-temps. De plus, il prévoyait que plus de 75% des embauches se feraient sous l'empire de ces nouvelles règles, de sorte qu'il était prévu le recrutement de 15000 salariés, dont au moins 75% de jeunes, entre 1997 et 2000. Pour Nicole Maggi-Germain, cet accord, tout comme l'accord précédent de 1993, « *participe d'une stratégie élaborée*

¹⁶¹³ GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 175, pp. 204-205.

¹⁶¹⁴ En effet, le juge administratif refuse qu'une autorité investie du pouvoir réglementaire puisse renoncer à celui-ci au profit de la négociation collective. En ce sens, il n'y a pas interchangeabilité entre la négociation collective et le pouvoir réglementaire. Cf. : concl. Renaud DENOIX de SAINT-MARC, sous CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, A.J.D.A. 1979, n°4, p. 39.

¹⁶¹⁵ MERIAUX (Olivier), « La négociation sociale dans les entreprises publiques à statut : les cas d'EDF-GDF et Air France », *Revue de l'IRE*, n°32, 2000/1, pp. 145-179.

¹⁶¹⁶ Accord du 31 janvier 1997, « Développement, service public, temps de travail, emploi des jeunes – 15000 embauches : un projet pour tous », *Liais. soc.* 1997, n° 7617.

par les directions d'EDF et de GDF visant la mise en place d'un changement par la négociation collective, autrement dit, par l'implication des organisations syndicales. » Il s'agissait « d'installer un processus conventionnel dans les entreprises où perdure un véritable culte de l'acte unilatéral. »¹⁶¹⁷ Saisie en appel par les syndicats CGT et FO notamment, qui n'étaient pas signataires de cet accord d'entreprise, la Cour d'appel de Paris a annulé cet accord dans un arrêt du 22 septembre 1998¹⁶¹⁸. Elle a jugé que par son ampleur, « l'accord litigieux s'analyse non comme un complément du statut en cours mais comme la détermination d'un nouveau statut, provisoire pour trois ans, comportant une nouvelle durée légale du travail, une nouvelle prime, de nouvelles règles pour la retraite et le compte épargne temps »¹⁶¹⁹. Pour cela elle interprétait l'article L. 134-1, alinéa 3, comme permettant à l'accord collectif de « combler les lacunes du statut sans toutefois pouvoir réviser celui-ci »¹⁶²⁰. De plus, elle a constaté que plusieurs dispositions de cet accord entraient en contradiction avec le statut du personnel. Elle a alors conclu que « dans ces conditions [...] l'accord du 31 janvier 1997 tant en ce qu'il institue un ensemble de règles indissociables constituant le "statut" des agents employés à temps réduit qu'en ce qu'il comporte des stipulations contraires au statut en vigueur, doit être annulé »¹⁶²¹. Cet arrêt n'a semble-t-il pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Au fond, la doctrine n'a pas mal accueilli cet arrêt, bien qu'il annulât un accord qui « faisait figure de précurseur »¹⁶²², à une époque où la réduction du temps de travail était une idée politique très débattue et plutôt en vogue. Il s'avère que le postulat de base de la cour, selon lequel la négociation dans l'entreprise publique à statut n'était possible que pour combler les lacunes du statut et non pour le réviser, n'a pas prêté pas le flanc à la critique. En définitive, la cour d'appel aurait pu rappeler de façon encore plus explicite que la négociation collective ne peut pas déterminer le contenu du statut ; c'est

¹⁶¹⁷ MAGGI-GERMAIN (Nicole), « Réflexions sur la détermination du champ d'application de la négociation collective dans les entreprises de service public – A propos de l'annulation de l'accord d'EDF-GDF sur les 32 heures (CA Paris, 22 septembre 1998) », *JCP éd. E*, n°7, 18 février 1999, p. 316.

¹⁶¹⁸ CA Paris, 22 septembre 1998, *Fédération nationale CGT du personnel des industries de l'énergie et autres c./Fédération nationale de l'électricité et du gaz CGT-FO et autres*, *Dr. soc.* 1998, pp. 986-999, note Pierre-Henri ANTONMATTEI, Françoise FAVENNEC-HÉRY et Christian-Albert GARBAR ; *JCP éd. E*, n°7, 18 février 1999, pp. 310-316, note Nicole MAGGI-GERMAIN.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, considérant 13.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, considérant 10.

¹⁶²¹ *Ibid.*, considérant 15.

¹⁶²² ANTONMATTEI (Pierre-Henri), FAVENNEC-HÉRY (Françoise) et GARBAR (Christian-Albert), « L'annulation de l'accord EDF-GDF sur les 32 heures », note sous CA Paris, 22 septembre 1998, *Fédération nationale CGT du personnel des industries de l'énergie et autres c./Fédération nationale de l'électricité et du gaz CGT-FO et autres*, *Dr. soc.* 1998, p. 986.

en effet pour partie sur cet argument qu'elle va opérer l'annulation de l'accord collectif litigieux. Mais cela se comprend implicitement.

En revanche, l'appréciation de la cour selon laquelle cet accord constituait en fait un nouveau « statut » et non un simple complément du statut préexistant, a été mise en doute. Mais deux éléments ont semble-t-il déterminé la cour à aller dans ce sens. D'une part, elle a constaté le caractère indissociable des dispositions relatives à la réduction du temps de travail, à la rémunération, à la retraite, au compte épargne temps. D'autre part, elle constate que ces nouvelles règles allaient s'appliquer de plein droit à a plupart des nouveaux embauchés. De sorte que les règles du statut initial s'en trouvaient *de facto* écartées. Il n'est donc pas totalement exagéré de penser que les nouvelles règles contenues dans l'accord constituaient bien un « statut » pour la catégorie des personnels à temps réduit. En effet, comme il vient d'être précisé à propos du postulat adopté par la cour, l'article L. 134-1, alinéa 3, du code du travail n'autorisait pas la détermination des règles statutaires, mais uniquement de les compléter ou les appliquer. Ainsi, la négociation collective ne pouvait pas aboutir à écarter le statut. Celui-ci demeurerait la réglementation de référence des relations collectives dans les entreprises publiques à statut. En ce sens, Olivier Mériaux a raison de penser que cet arrêt de la Cour d'appel de Paris « *scellera définitivement la défaite de la stratégie de contournement du statutaire par la négociation collective avec les organisations minoritaires.* »¹⁶²³ A cet égard, comme l'estimait à juste titre Nicole Maggi-Germain, des entreprises comme EDF ou GDF ne peuvent pas « *bâtir leurs relations socioprofessionnelles en faisant abstraction du syndicat majoritaire* »¹⁶²⁴, en l'occurrence la CGT.

1051. – L'incontournable modification du statut – En définitive, la seule stratégie qu'il est possible de suivre pour contourner le statut suppose que celui-ci soit modifié par les autorités compétentes en insérant des dispositions qui renverront systématiquement à la négociation collective. C'est ainsi par exemple qu'à Air France, le statut du personnel au sol d'octobre 1994 – qui faisait suite à l'adoption de l'accord-cadre « Reconstruire Air France » adopté en avril 1994 –, ne consacre plus que deux brefs articles aux questions de rémunérations, au lieu de cinq dans le statut précédent, et renvoie pour l'essentiel à des accords spécifiques. Ce qui fait dire à Nicole Maggi-

¹⁶²³ MERIAUX (Olivier), « La négociation sociale dans les entreprises publiques à statut : les cas d'EDF-GDF et Air France », *Revue de l'IREES*, n°32, 2000/1, p. 159.

¹⁶²⁴ MAGGI-GERMAIN (Nicole), « Réflexions sur la détermination du champ d'application de la négociation collective dans les entreprises de service public – A propos de l'annulation de l'accord d'EDF-GDF sur les 32 heures (CA Paris, 22 septembre 1998) », *J.C.P. éd. E.*, n° 7, 18 février 1999, p. 316.

Germain que « *le statut est réduit à des “principes essentiels”, de même que les règlements ; il n’apparaît plus comme la principale source de réglementation. L’accent est mis sur l’accord d’entreprise, “pivot” de la réorganisation* »¹⁶²⁵. Le statut ne serait plus que le cadre élargi dans lequel pourrait s’exercer sans trop de limite la négociation collective.

Section 2.- L’irrésistible ascension du droit commun des relations collectives de travail

1052. – L’articulation entre le statut et la convention collective s’étant révélée inadaptée à une gestion efficace des ressources humaines dans les entreprises de service en réseaux, on constate une progression du droit conventionnel au détriment du statut. En effet, n’arrivant pas à trouver une articulation satisfaisante du droit conventionnel avec le droit statutaire, on s’achemine progressivement vers la suppression du droit statutaire. C’est en cela que l’article L. 134-1, alinéa 3 du code du travail n’a pas réussi à préserver le statut contre les assauts du droit conventionnel. Dans l’état actuel des choses, la suppression du droit statutaire prend deux formes : l’une radicale consiste en la disparition pure et simple du statut (§1.-) ; l’autre, plus douce consiste à en un important élargissement du champ d’intervention du droit conventionnel (§2.-).

§1.- Le modèle de la disparition progressive des statuts

1053. – L’ouverture à la concurrence des télécommunications et du transport aérien aboutit, avec plus ou moins de célérité, à la disparition des statuts du personnel. Tel est le cas à France Télécom, avec la mise en place des cadres d’extinction au sein de la fonction publique d’État (A.-), et tel est le cas à Air France avec la transposition des règles statutaires dans des conventions d’entreprise (B.-).

¹⁶²⁵ MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l’entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, coll. *Bibliothèque de droit social*, Tome 30, p. 115.

A.- France Télécom : les cadres d’extinction

1054. – Les fonctionnaires conservés – Lors de la constitution de France Télécom en établissement public d’ordre industriel et commercial par la loi du 2 juillet 1990¹⁶²⁶, le personnel fonctionnaire de l’ancienne administration fut conservé. L’article 29 de cette loi dispose que « *les personnels de La Poste et de France Télécom sont régis par des statuts particuliers, pris en application de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l’État* », étant précisé ensuite que ces statuts particuliers « *comportent des dispositions spécifiques* »¹⁶²⁷. Ces dispositions spécifiques sont notamment liées au fait que ces statuts sont communs aux corps homologues de fonctionnaires de France Télécom et de La Poste. Il en va ainsi par exemple des conditions dans lesquelles un agent de l’une de ces entreprises peut être intégré par simple mutation dans le corps homologue de l’autre exploitant public.

1055. – Les contractuels recrutés – Il faut souligner que l’application de ces statuts de fonctionnaire aux agents de France Télécom correspond au régime juridique de principe. Les agents de l’établissement public industriel et commercial France Télécom sont des fonctionnaires. Toutefois, par exception à ce principe, la loi du 2 juillet 1990 avait prévu dans son article 31 la possibilité d’employer, sous certaines conditions, des agents contractuels placés sous le régime des conventions collectives. Mais pour une entreprise qui était vouée à opérer sur un marché des télécommunications libre et ouvert, et qui était vouée à être transformée en société anonyme, cette exception de départ était inéluctablement destinée à devenir le principe. Si bien qu’en 1996, la loi n° 96-660 du 26 juillet¹⁶²⁸ insère un article 29-1 dans la loi du 2 juillet 1990, lequel dispose clairement que « *L’entreprise nationale France Télécom emploie librement des agents contractuels sous le régime des conventions collectives.* »

1056. – La paix sociale avant tout – Mais parallèlement à cette ouverture au droit commun du travail au sein de l’entreprise France Télécom, on remarquera que le personnel fonctionnaire n’est pas concerné par cette évolution, dans la mesure où la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 prévoit le maintien du statut de la fonction publique pour

¹⁶²⁶ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l’organisation du service public de la poste et des télécommunications*, J.O.R.F. du 8 juillet 1990.

¹⁶²⁷ Article 29 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l’organisation du service public de la poste et des télécommunications*, J.O.R.F. du 8 juillet 1990.

¹⁶²⁸ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 *relative à l’entreprise nationale France Télécom*, J.O.R.F. du 27 juillet 1996, p. 11384.

ceux qui en bénéficient. C'est là une « bizarrerie » juridique puisque la même loi transformait l'exploitant public France Télécom en société anonyme de droit commun, dont une partie du capital (initialement détenu à 100 % par l'État) était destinée à être vendue au secteur privé. France Télécom était donc la seule et unique société anonyme à employer une majorité de fonctionnaires. À l'évidence, c'est pour préserver la paix sociale dans l'entreprise et pour éviter un brusque changement de situation des personnels de France Télécom, que le législateur a choisi de maintenir le statut de fonctionnaire. C'est ce qu'affirmait le professeur Jacques Chevallier en 1996. Selon lui en effet, « *C'est donc au prix d'une acrobatie juridique qu'un compromis, à vrai dire indispensable pour éviter des mouvements sociaux d'envergure, sera trouvé, les importantes garanties données aux agents étant contrebalancées par l'octroi à l'entreprise nationale de marges de manœuvre nouvelles.* »¹⁶²⁹ Dans son avis du 18 novembre 1993¹⁶³⁰, le Conseil d'État n'avait admis cette situation juridique inédite que sous réserve de certaines conditions. La plus importante d'entre elles est que France Télécom, auprès duquel les personnels fonctionnaires sont placés, gère des missions de service public¹⁶³¹. Mais bien conscient qu'une telle situation ne serait pas tenable à long terme pour l'entreprise, le législateur prévoyait aussitôt dans l'article 29-1 inséré dans la loi du 2 juillet 1990 que « *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* ». Autrement dit, le législateur prévoyait l'extinction progressive des corps de fonctionnaires au sein de l'entreprise à partir du 1^{er} janvier 2002.

1057. – Les cadres d'extinction – Non seulement les corps de fonctionnaires de France Télécom sont des cadres d'extinction, mais conscient des difficultés managériales que constitue pour une entreprise concurrentielle le fait d'avoir en son sein des personnels fonctionnaires aux côtés d'agents contractuels, le législateur a prévu par la loi du 31 décembre 2003¹⁶³² des dispositifs facilitant l'intégration des fonctionnaires de France Télécom dans d'autres corps ou cadres d'emplois de l'une ou l'autre des trois

¹⁶²⁹ CHEVALLIER (Jacques), « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *R.F.D.A.* 1996, p. 943.

¹⁶³⁰ CE, Ass. gén., 18 novembre 1993, Avis n° 355.255, *Statut des agents de France Télécom*, in GAUDEMET (Yves) et alii, *Grands Avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 30, p. 305, commentaire Laurent RICHER.

¹⁶³¹ Dans cet avis du 18 novembre 1993, l'Assemblée générale du Conseil d'État considère qu'il existe 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.* » Cf. : CE, Ass. gén., 18 novembre 1993, Avis n° 355.255, *Statut des agents de France Télécom*, in GAUDEMET (Yves) et alii, *Grands Avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 30, p. 305, commentaire Laurent RICHER.

¹⁶³² Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 *relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom*, *J.O.R.F.* du 1^{er} janvier 2004, p. 9.

fonctions publiques¹⁶³³. Ces dispositifs ont fait l'objet de plusieurs décrets d'application¹⁶³⁴.

Ainsi l'évolution du régime juridique des personnels de France Télécom révèle, non sans ambiguïté, la volonté de se séparer du statut de la fonction publique, considéré comme lourd, contraignant et particulièrement inadapté au management du personnel dans une entreprise concurrentielle. Nous connaissons en outre les erreurs du management ayant conduit à créer un climat particulièrement anxiogène dans l'entreprise, aboutissant dans certains cas à des séries de suicides d'agents en désespérance. Le personnel fonctionnaire quitte progressivement l'entreprise, soit en profitant du bénéfice de la retraite, soit en optant pour l'intégration directe dans un autre corps de fonctionnaires. De plus, obligatoirement depuis le 1^{er} janvier 2002, mais en réalité depuis plus longtemps, les nouveaux agents recrutés par France Télécom le sont sous contrat de travail de droit commun, soumis à la convention collective nationale « Télécommunications » du 26 avril 2000 étendue par arrêté du 12 octobre 2000. Le personnel de France Télécom (Orange) est donc voué à devenir exclusivement un personnel de droit commun, quand bien même l'entreprise continuerait à gérer quelques missions de service public. C'est le même phénomène que l'on peut constater à Air France.

¹⁶³³ L'article 29-3 de la loi du 2 juillet 1990 créé par l'article 5 de la loi susmentionnée du 31 décembre 2003 dispose : « *Les fonctionnaires de France Télécom peuvent être intégrés sur leur demande, jusqu'au 31 décembre 2009, dans un des corps ou cadres d'emplois de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière. Cette intégration est subordonnée à une période de stage probatoire suivie d'une période de détachement spécifique. Elle s'effectue, en fonction des qualifications des fonctionnaires, nonobstant les règles relatives au recrutement des corps ou cadres d'emplois d'accueil, à l'exception de celles subordonnant l'exercice des fonctions correspondantes à la détention d'un titre ou diplôme spécifique./ ...* »

¹⁶³⁴ Décret n° 2004-819 du 18 août 2004 relatif à l'application aux corps de la fonction publique hospitalière 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, *J.O.R.F.* du 20 août 2004, texte 5/116. – Décret n° 2004-820 du 18 août 2004 relatif à l'application aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale et de ses établissements 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, *J.O.R.F.* du 20 août 2004, texte 6/116. – Décret n° 2004-938 du 3 septembre 2004 relatif à l'indemnisation et aux modalités de calcul de l'indemnité compensatrice forfaitaire prévue à 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, *J.O.R.F.* du 5 septembre 2004, texte 4/41. – Décret n° 2004-939 du 3 septembre 2004 relatif aux conditions de cotisation pour la constitution des droits à pension des fonctionnaires de France Télécom bénéficiant 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, *J.O.R.F.* du 5 septembre 2004, texte 5/41.

B.- Air France : la transposition des statuts dans des conventions d'entreprise

1058. – ***Un long processus de réforme*** – Les transformations sociales au sein de la compagnie Air France sont à l'œuvre depuis 1993, alors que l'entreprise était au bord du gouffre financier. Son redressement spectaculaire opéré sous la houlette de Christian Blanc de 1993 à 1997 puis de Jean-Cyril Spinetta depuis 1997, a été rendu possible grâce, en partie, aux sacrifices consentis par les personnels de la compagnie. Depuis 1993, la privatisation de l'entreprise était en ligne de mire, et paraissait comme l'aboutissement d'une évolution qui n'avait que trop tardé à venir. L'ouverture du capital de la compagnie consentie dès 1998 en offrant la possibilité au personnel de devenir actionnaire de l'entreprise en échange d'une baisse des salaires, n'était que le préalable d'une ouverture beaucoup plus large du capital. Cette ouverture est aujourd'hui largement réalisée depuis 2004, date de la fusion entre Air France et la KLM¹⁶³⁵. La privatisation devait logiquement entraîner l'abandon du statut du personnel, ce que la loi a entériné dès 2003.

1059. – ***L'impulsion législative*** – En effet, la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003¹⁶³⁶ organise la disparition du statut au profit d'une convention collective en prévoyant, à l'article 3 de la loi, que la société Air France engage des négociations avec les organisations syndicales représentatives de salariés « *à compter au plus tard de la date du transfert au secteur privé de la majorité du capital* »¹⁶³⁷. Toutefois, par le même article, le législateur autorise la négociation d'une convention collective dès avant la privatisation. D'ailleurs, à mot couvert, le gouvernement et la majorité au Parlement avaient souhaité que les partenaires sociaux dans l'entreprise anticipent le passage du statut à la convention collective¹⁶³⁸. Ce qui n'a pas été véritablement suivi d'effet. Mais quoi qu'il en soit, l'accord devait intervenir au plus tard à l'issue des deux ans suivant la privatisation. Entre le moment où la privatisation est effective et l'entrée en vigueur de la convention collective, le statut, auquel celle-ci vient se substituer, continue de

¹⁶³⁵ KLM est l'abréviation de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij. La KLM-Royal Dutch Airlines est la compagnie nationale hollandaise.

¹⁶³⁶ Loi n° 2003-322 du 9 avril 2003, *relative aux entreprises de transports aériens et notamment à la société Air France*, *J.O.R.F.* du 10 avril 2003, pp. 6326-6328.

¹⁶³⁷ Article 3, al. 1^{er} de la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003.

¹⁶³⁸ Lors des débats à l'Assemblée nationale, le ministre des transports, Gilles de Robien, précisait que « *ce dialogue est bien entamé et qu'il est positif. Sur la forme, la négociation est donc engagée, et je pense que c'est un heureux présage.* »

s'appliquer¹⁶³⁹. Le législateur aménage ainsi une période de transition, courte mais suffisante pour laisser le temps à la négociation d'aboutir¹⁶⁴⁰.

Par ailleurs, en 2004, le législateur a prévu par l'article 3 de la loi n° 2004-734 du 26 juillet 2004¹⁶⁴¹ que les mêmes délais s'imposaient en cas de transfert des actifs de la société Air France à une autre société de transport aérien. En vue de la conclusion de la convention collective de remplacement du statut, le législateur précise que « *des négociations avec les organisations syndicales représentatives des salariés sont engagées ou poursuivies à cet effet par la société bénéficiaire des apports* »¹⁶⁴². Cet article, qui semble s'ajouter à l'article 3 de la loi du 9 avril 2003 et non le compléter ou le modifier, est motivée par le souhait du gouvernement et du législateur de faciliter la fusion entre Air France et KLM. La fusion entre les deux compagnies aériennes ayant eu lieu, on doit préciser qu'en raison des différences de législation sociale entre les deux pays d'origine, la France et les Pays-Bas, les stratégies de ressources humaines demeurent distinctes et chacune des compagnies aériennes poursuit sa propre politique de ressources humaines mais tout en favorisant les initiatives communes. Le groupe aérien n'a pas fait disparaître les compagnies aériennes¹⁶⁴³.

1060. – Les conventions d'entreprises adoptées – Les négociations commencées dans le courant de l'année 2003 ont abouti au printemps 2006, à l'issue d'une centaine de réunions entre la direction de l'entreprise et les organisations syndicales. Les règles statutaires ont donc été transposées dans quatre nouveaux textes de nature conventionnelle : une convention d'entreprise est commune à tous les personnels de l'entreprise, et trois autres conventions d'entreprises, chacune d'entre

¹⁶³⁹ Selon l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003, « *Les dispositions portant statut du personnel en vigueur à la date du transfert au secteur privé de la majorité du capital continuent de s'appliquer à la société Air France jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la convention ou des accords mentionnés au premier alinéa, et au plus pendant un délai de deux ans à compter du transfert au secteur privé de la majorité du capital. [...]* »

¹⁶⁴⁰ Un amendement présenté par Mme Odile Saugues, députée, tendait à prévoir une durée de six ans et non de deux pour la période de transition. Pour le gouvernement et la majorité, une telle durée est excessive et reviendrait à dire que les partenaires sociaux seraient incapables de finaliser une négociation sociale dans un délai raisonnable de deux ans.

¹⁶⁴¹ Loi 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, J.O.R.F.* du 28 juillet 2004, texte 1 sur 133.

¹⁶⁴² Article 3, al. 1^{er} de la loi n° 2004-734 du 26 juillet 2004 précitée.

¹⁶⁴³ Toutefois, depuis février 2006, un comité de groupe européen « Air France-KLM » remplace les comités de groupe européens d'Air France et de KLM. Il assure l'information et la consultation des salariés sur les questions concernant le groupe ainsi que sur les matières à caractère transnational. Il est constitué de 37 membres, dont 10 Français, 6 Néerlandais et 21 Européens venant de 16 pays nommés ou élus pour quatre ans. Il a mis en place un groupe de travail sur les indicateurs sociaux afin d'avoir au niveau du groupe une vision d'ensemble commune et comparable.

elles étant spécifique à une catégorie de personnel (navigateur technique, navigateur commercial et au sol¹⁶⁴⁴). Ces quatre conventions d'entreprise, signées par la quasi-totalité des organisations syndicales, sont entrées en vigueur le 6 mai 2006.

1061. – Éviter à tout prix le droit commun lacunaire – Si les négociations n'avaient pas abouties à l'issue des deux ans de délai imparti, les salariés de la société Air France privatisée se seraient retrouvés sous l'empire du droit commun du travail ou aux dispositions spécifiques des articles L. 423-1 et suivants, et des articles D. 422-1 et suivants du code de l'aviation civile. Les personnels au sol aurait alors vu leurs contrats de travail soumis à la convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959¹⁶⁴⁵. Mais les dispositions de cette convention collective sont beaucoup moins avantageuses que celles du statut. De même que les personnels navigateurs, en l'absence de convention collective de branche, auraient été soumis aux dispositions du code de l'aviation civile. Or ces dispositions sont non seulement lacunaires¹⁶⁴⁶, mais elles sont en outre nettement moins favorables que celles du statut. Ainsi, l'intérêt bien compris des syndicats et de la direction d'Air France était de voir aboutir les négociations de la convention collective venant en substitution du statut.

§2.- Le modèle du développement du droit conventionnel aux côtés du statut

1062. – Un mouvement inverse à la disparition progressive du droit statutaire a été initié par le législateur dans le secteur des industries électriques et gazières. Certes le statut historique a été maintenu et donc appliqué aux nouveaux entrants dans le secteur (A.-). Mais parallèlement, le cadre juridique a réservé une place beaucoup plus importante au droit conventionnel, dont l'effet sera à terme d'éclipser la part la plus importante du droit statutaire (B.-).

¹⁶⁴⁴ On doit noter que le personnel au sol de la compagnie est également soumis depuis la même date du 6 mai 2006, à la convention collective nationale du transport aérien (CCNTA), qui est donc un accord de branche. Dans ce contexte, l'accord d'entreprise relatif au personnel au sol et transposant les règles statutaires qui existaient auparavant, contient des règles qui peuvent être plus favorables que la CCNTA.

¹⁶⁴⁵ Convention collective nationale étendue par arrêté du 10 janvier 1964, *J.O.N.C.* du 21 janvier 1964, rectificatif au *J.O.N.C.* du 4 février 1964.

¹⁶⁴⁶ LECAT (E. Donatien), « Temps de travail des personnels navigateurs aériens : vers une harmonisation communautaire – Ou critique d'une norme technique », *Dr. soc.* 2000, pp. 420-431.

A.- Le maintien du statut du personnel des industries électriques et gazières

1063. – Débat autour d'un maintien – Alors qu'elle organisait l'ouverture progressive du marché de l'électricité, la loi du 10 février 2000¹⁶⁴⁷ a posé le principe du maintien et même d'une certaine manière de l'extension du statut du personnel des industries électriques et gazières. Le législateur souhaitait garantir les conditions d'une concurrence saine et loyale d'un point de vue social. Autrement dit, il convenait d'harmoniser le régime juridique applicable aux personnels des entreprises du secteur électrique. Pour ce faire, la solution adoptée par le législateur ne fut donc pas, contrairement aux secteurs des télécommunications ou du transport aérien, d'organiser le passage à la convention collective, mais de conserver le statut pour les agents qui en bénéficiait auparavant et de l'étendre aux personnels des nouvelles entreprises qui opèreront sur le marché de l'électricité. Ainsi, le gouvernement précisait dans l'exposé des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi du 10 février 2000 que « *le statut du personnel des industries électriques et gazières continuera à s'appliquer à l'ensemble de la branche, sous réserve des exceptions définies par la loi du 8 avril 1946 précitée.* »¹⁶⁴⁸

Bien sûr ce maintien du statut et son extension de fait aux nouveaux entrants dans le secteur suscita un débat. Dans une logique purement concurrentielle, le statut apparaissait à certains comme une barrière à l'entrée des nouveaux entrants. Dans un avis du 28 avril 1998, le Conseil de la concurrence indique que « *compte tenu de l'ouverture progressive du marché et de la difficulté pour de nouveaux entrants à pénétrer un marché resté captif pendant très longtemps, l'application du statut de l'industrie électrique et gazière au personnel des concurrents potentiels d'EDF, en renchérissant les coûts sans contrepartie, serait de nature à constituer un frein à l'accès au marché ainsi qu'une source de disparité de concurrence entre producteurs d'électricité des différents pays européens* »¹⁶⁴⁹. Cette argumentation avait été reprise

¹⁶⁴⁷ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, J.O.R.F. du 11 février 2000, pp. 2143-2159.

¹⁶⁴⁸ Ass. Nat., *Projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, présenté au nom de M. Lionel Jospin, Premier ministre, par M. Dominique Strauss-Kahn, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, et par M. Christian Pierret, secrétaire d'État à l'industrie, Annexe n° 1253, 9 décembre 1998, p. 24.

¹⁶⁴⁹ Avis du Conseil de la concurrence du 28 avril 1998, *Bulletin officiel de la Concurrence*, du 15 juillet 1998, p. 383.

par des députés de l'opposition d'alors, notamment François Goulard¹⁶⁵⁰. Pour sa part, Claude Birraux insista sur l'iniquité de l'application du statut aux nouveaux entrants en invoquant notamment le problème du financement des retraites dans ce secteur, dans la mesure où le régime y était encore spécial¹⁶⁵¹, et non comme aujourd'hui en voie d'alignement sur le régime général¹⁶⁵².

Au nom du gouvernement, Christian Pierret, secrétaire d'État à l'industrie défendit la position inverse. Il pose d'abord comme acquis que les conditions sociales relèvent de la détermination des États, en vertu du principe de subsidiarité. Puis il affirme que « *Nous sommes donc parfaitement fondés à rester dans le système de la loi de 1946, c'est-à-dire à connaître une situation d'extension du statut aux industries électriques et gazières, avec les exceptions prévues par la loi de 1946. Cela est parfaitement conforme à l'application du principe de subsidiarité, donc parfaitement conforme à la philosophie intrinsèque qui sous-tend l'ensemble de l'édifice de la directive. Nous sommes libres de fixer la règle en la matière. Pour ces raisons, il importe que les dispositions sociales soient telles que, sur notre territoire, les opérateurs du secteur électrique soient mis dans les mêmes conditions équitables de concurrence et que toutes les industries électriques et gazières soient placées sur le même plan. Je ne peux donc adhérer à la logique qui voudrait que les agents des entreprises issues du monopole bénéficient de statuts, alors que les salariés des nouveaux entrants seraient soumis à des conditions moins favorables. Il y aurait là une conception étriquée de la justice sociale et une rupture d'égalité entre EDF et les autres opérateurs historiques, d'une part, et les nouveaux entrants sur le marché, d'autre part* »¹⁶⁵³ ; ajoutant plus loin :

¹⁶⁵⁰ À l'Assemblée nationale, François Goulard déclare : « *L'extension du statut des agents d'EDF – puisque c'est de cela qu'il s'agit – aux entreprises devant intervenir sur le marché de l'électricité est présentée comme devant contribuer à rendre égales la concurrence entre elles et l'entreprise publique. Mais à n'en pas douter, cette extension constitue une barrière redoutable pour les nouveaux entrants sur le marché. Dans la mesure où le statut actuel des agents d'EDF engendre un surcoût, estimé par la direction d'EDF à 40 %, y compris le coût des retraites, par rapport aux salaires privés, l'application de ce statut à des entreprises qui ne le connaissent pas aujourd'hui est un obstacle probablement rédhibitoire pour la plupart d'entre elles, à leur arrivée sur ce nouveau marché. Là encore, le principe d'égalité n'est pas respecté.* » Cf. : 3^{ème} séance du 16 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 1493, 1^{ère} col.

¹⁶⁵¹ « *Si le Gouvernement persiste à vouloir l'étendre aux nouveaux entrants, il faut à tout le moins leur garantir des conditions équitables. Quelles seront les incidences de ce nouveau statut pour les entreprises ? Lors des auditions qui ont eu lieu à la commission de la production et des échanges, les intervenants ont évalué son surcoût entre 15 % et 50 %. Y soumettre brutalement les nouveaux entrants sans en avoir exactement mesuré les conséquences, notamment en matière de financement des retraites – part de cotisation des entreprises, part des salariés, garanties offertes aux salariés –, ne serait pas équitable.* » Cf. : 3^{ème} séance du 18 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 1802, 2^{ème} col.

¹⁶⁵² Loi n° 2004-803 du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *J.O.R.F.* du 11 août 2004.

¹⁶⁵³ 3^{ème} séance du 16 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 1497, 2^{ème} col.

« Le projet qui vous est soumis maintient le champ d'application du statut du personnel des industries électriques et gazières, tel que la loi de 1946 l'a défini avec exactement le même régime d'exception qui fonctionne depuis plus de cinquante ans. »¹⁶⁵⁴

1064. – Un statut conçu dès l'origine pour couvrir une branche professionnelle – Pour parvenir à ses fins, à savoir assurer l'application du statut existant aux nouveaux entrants dans le secteur de l'énergie électrique, le gouvernement dispose donc d'un moyen extrêmement simple : maintenir en l'état, sans aucune modification, le champ d'application dudit statut. C'est la même approche, qui sera implicitement adoptée lors de l'ouverture du marché du gaz à la concurrence¹⁶⁵⁵ ; de fait, aucune mention de ce problème ne sera faite dans l'exposé des motifs du projet de loi. Ceci a été rendu possible par la nature même de ce statut.

Contrairement au statut du personnel d'Air France ou du statut du personnel de la SNCF, le statut applicable au personnel d'EDF ou de GDF est un statut dont le champ d'application initial n'était pas lié au périmètre d'une entreprise, mais à un secteur pris dans son ensemble¹⁶⁵⁶. Trois ordres de considérations permettent de l'expliquer. En premier lieu, le texte même de l'article 47 de la loi du 8 avril 1946¹⁶⁵⁷ invite à concevoir très largement le champ d'application du statut du personnel de l'électricité et du gaz. L'alinéa 3 de cet article précise en effet que « ce statut s'appliquera à tout le personnel de l'industrie électrique et gazière »¹⁶⁵⁸, « y compris les usines exclues de la nationalisation »¹⁶⁵⁹ qui ne présentent « pour le service public qu'une utilité accessoire »¹⁶⁶⁰. En second lieu, et ceci résulte directement de ce qui précède, le champ d'application du statut n'est pas lié à la notion de service public. Toute entreprise intervenant dans le secteur est soumise au statut, peu important sa participation directe ou non au service public. Cette dissociation entre application du statut et service public

¹⁶⁵⁴ 3^{ème} séance du 16 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 1497, 2^{ème} col.

¹⁶⁵⁵ Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie*, *J.O.R.F.* du 4 janvier 2003, p. 265.

¹⁶⁵⁶ Deux autres statuts ont un tel champ d'application originellement large. Il s'agit tout d'abord du statut du mineur (Décret du 14 juin 1946) et ensuite du statut des personnels des offices publics d'aménagement et de construction (Décret du 17 juin 1993 modifiant un arrêté du 17 mai 1947).

¹⁶⁵⁷ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

¹⁶⁵⁸ Article 47, alinéa 3 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

¹⁶⁵⁹ Article 47, alinéa 3 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

¹⁶⁶⁰ Article 8, alinéa 2, de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

a souvent prêtée à la controverse comme le rappelle Jean-Philippe Papin¹⁶⁶¹. Toutefois, par un arrêt de section du 6 mai 1970, le Conseil d'État a entériné cette dissociation¹⁶⁶², suivant en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement Gilbert Guillaume¹⁶⁶³. En troisième et dernier lieu, les quelques exceptions à l'application du statut – exceptions prévues par l'article 47 lui-même –, sont très limitées. En effet, le statut ne s'applique ni aux mineurs employés par les centrales et les cokeries des houillères, ni aux employés des chemins de fer, car tous ces personnels « *conservent, sauf demande de leur part, leur statut professionnel* »¹⁶⁶⁴. De même que le statut ne s'applique pas à un certain nombre de petites installations de production d'électricité propres à certaines industries ou n'excédant pas un certain seuil de puissance électrique. L'article 47, alinéa 3, précise en effet que le statut ne s'appliquera « *ni au personnel des centrales autonomes visées aux paragraphes 4^o¹⁶⁶⁵ et 5^o¹⁶⁶⁶ du troisième alinéa de l'article 8 de la présente loi, ni à l'ensemble du personnel de l'une quelconque des installations visées au paragraphe 6^o¹⁶⁶⁷ du troisième alinéa de l'article 8 ci-dessus, si la majorité de ce personnel a demandé à conserver son statut professionnel.* »¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶¹ PAPIN (Jean-Philippe), « Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée », *C.J.E.G.* 2000, pp. 140 et suiv.

¹⁶⁶² CE, Sect., 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen, Rec.*, p. 309 ; *C.J.E.G.* 1970, J., p. 231, concl. Gilbert GUILLAUME.

¹⁶⁶³ GUILLAUME (Gilbert), concl. sur CE, Sect., 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen, C.J.E.G.* 1970, J., p. 231.

¹⁶⁶⁴ Article 47, alinéa 3 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

¹⁶⁶⁵ L'article 8, alinéa 3, 4° de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 dispose : « *Les installations de production d'électricité construites ou à construire par des entreprises pour les besoins de leur exploitation, à condition qu'elles fonctionnent comme accessoire de la fabrication principale par récupération d'énergie résiduaire, notamment par l'utilisation subsidiaire, avec des turbines à contrepression ou à soutirage, de la vapeur produite pour les besoins de fabrication ou par utilisation subsidiaire de la chaleur des fumées sortant des appareils de fabrication.* »

¹⁶⁶⁶ L'article 8, alinéa 3, 5° de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 dispose : « *Les aménagements de production d'énergie de tout établissement, entreprise ou de tout particulier, lorsque la puissance installée des appareils de production n'excède pas 8000 kVA (puissance maximum des machines tournantes susceptibles de marcher simultanément). Il ne sera pas tenu compte, pour le calcul de la puissance installée, des installations de récupération d'énergie résiduaire visées au paragraphe 4° précédent.* »

¹⁶⁶⁷ L'article 8, alinéa 3, 6° de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 dispose : « *Les installations réalisées ou à réaliser sous l'autorité des collectivités locales ou des établissements publics ou de leurs groupements, en vue d'utiliser le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ou en vue d'alimenter un réseau de chaleur. Dans ce dernier cas, la puissance de ces installations doit être en rapport avec la taille du réseau existant ou à créer. L'initiative de la création de ces installations revient aux collectivités locales intéressées. Ces installations doivent être gérées par les collectivités locales selon les diverses modalités définies par le code des communes. Toutefois, toute installation de production nucléaire, à l'exception des installations propres au commissariat à l'énergie atomique et à ses filiales, ne pourra être gérée que par Electricité de France ou l'une de ses filiales.* »

¹⁶⁶⁸ Article 47, alinéa 3 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, *J.O.R.F.* du 9 avril 1946, p. 2951.

Il est à noter que dans son avis précité du 30 octobre 2002, le Conseil d'État a élargi encore davantage le champ d'application du statut, en estimant que celui-ci devait s'appliquer aux personnels d'installations implantés à proximité immédiates et dont l'objet est d'alimenter directement des installations de production d'électricité. Peu importe pour le Conseil d'État que l'employeur ne soit pas titulaire d'une autorisation d'exploiter au sens de la loi du 10 février 2000¹⁶⁶⁹. Ainsi une entreprise qui n'entre pas directement dans le champ des industries électriques et gazières, est néanmoins soumise au statut, dès lors qu'elle contribue étroitement à l'activité d'une entreprise de production d'électricité¹⁶⁷⁰.

De ces considérations, on conclut d'une part que dès 1946, les personnels de toutes les entreprises du secteur bénéficiaient, en principe, de ce statut ; les exceptions étant rares.

1065. – Les industries électriques et gazières – Ainsi aujourd'hui, c'est l'article 47 de la loi du 8 Avril 1946, dans sa rédaction non modifiée depuis 1955, qui permet l'application du statut aux nouveaux entrants dans les secteurs électrique et gazier. Dans cet état actuel du droit, le Conseil d'État affirme dans un avis non-contentieux du 30 octobre 2002 que « *le statut national s'applique de plein droit à tout le personnel de l'industrie électrique et gazière.* »¹⁶⁷¹

Mais pour comprendre la portée de cette affirmation, il est nécessaire de préciser l'interprétation que l'on doit donner à la notion d' « industries électriques et gazières », puisqu'elle demeure le point clef de l'application du statut, selon le Conseil d'État. S'agit-il de l'activité de production, de transport, de stockage – activité valable

¹⁶⁶⁹ On doit d'ailleurs remarquer, pour ce qui est des entreprises de production d'électricité, que la délivrance des autorisations administratives par les pouvoirs publics, autorisations auxquelles sont soumis les nouveaux opérateurs voulant entrer sur le marché, n'est possible que s'ils respectent la législation sociale¹⁶⁶⁹. En revanche, aucune précision ne concerne les distributeurs ou des grossistes en électricité ; ceux-ci ne sont soumis qu'à l'exigence de déclaration préalable d'activité. Dans son avis rendu sur l'avant projet de loi (ayant abouti à la loi du 10 février 2000), le Conseil d'État a de toute façon considéré que « *l'autorité ministérielle ne pourrait, sans risque d'illégalité, refuser d'octroyer une autorisation d'exploitation en se fondant sur un tel critère dès lors que celui-ci ne figure pas dans la liste limitative contenue dans la directive n° 96-92 dont la loi devait assurer la transposition et que le critère introduit par la Parlement ne peut se déduire des objectifs poursuivis par la directive* » (Cf. : Avis de la section des Travaux publics du Conseil d'État, relaté in *Rapport annuel 2001 du Conseil d'État, E.D.C.E. n° 52*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 105). Cette position paraît pleinement fondée.

¹⁶⁷⁰ CE, Sect. des Travaux publics et Sect. sociale réunies, avis du 30 octobre 2002, n°368.402, *Rapport du Conseil d'Etat 2003*, pp. 199-200.

¹⁶⁷¹ CE, Sect. des Travaux publics et Sect. sociale réunies, avis du 30 octobre 2002, n°368.402, *Rapport du Conseil d'Etat 2003*, pp. 199-200.

pour le gaz uniquement –, de revente en gros ou de fournisseur, et de distribution d'électricité ou de gaz ?

En leur temps, Gilbert Guillaume dans ses conclusions précitées¹⁶⁷², et avant lui Simone Deglaire et Edmond Bordier dans leur ouvrage¹⁶⁷³, considéraient qu'il fallait comprendre « industrie électrique et gazière » comme étant une industrie qui produit, transporte ou distribue l'énergie électrique et gazière. Ainsi, on peut affirmer que les activités de production, de transport et de distribution, sont des activités comprises dans le champ de l'industrie électrique et gazière.

Quant à l'activité de stockage du gaz, le Conseil d'État a déjà pu estimer dans un avis datant de 1995, qu'elle est indissociable des activités de transport et de distribution du gaz¹⁶⁷⁴. Dès lors, il ne fait aucun doute que cette activité est comprise dans la notion d'industrie électrique et gazière. Quant à l'activité de fournisseur d'électricité ou de gaz, la réponse est sans doute plus délicate. Cette activité est essentiellement une activité de service, dépourvue de toute capacité industrielle, technique, de production, de transport et de distribution. Un fournisseur est un grossiste en énergie électrique ou gazière, qui achète l'énergie à un producteur et la fournit à ses clients par l'intermédiaire d'un transporteur et d'un distributeur. Cette activité nouvelle, car n'existant pas dans le schéma résultant de la nationalisation opérée en 1946, est depuis 2000 partie intégrante de l'industrie électrique et gazière. On peut donc affirmer que les personnels de ces entreprises de fourniture en gros d'énergie, sont aux aussi soumis au statut du personnel des industries électriques et gazières.

1066. – Les exceptions marginales – De plus, les exceptions prévues par l'article 47 de la loi du 8 avril 1946, et qui n'ont fait l'objet d'aucune modification depuis 1955, ne concernent pas les entreprises qui vont émerger sur le marché de l'électricité. En effet, ces exceptions ne visent que des entreprises de production d'électricité. Si bien que les opérateurs qui exerceront les activités de transport, de fourniture ou encore de distribution, ne sont pas concernés par ces exceptions. Quant aux entreprises qui exerceront l'activité de production d'électricité, elle devront chacune, atteindre nécessairement des seuils de production beaucoup plus importants que ceux prévus pour les exceptions à l'application du statut du personnel ; elles devront alors appliquer à leurs personnels le statut de 1946.

¹⁶⁷² GUILLAUME (Gilbert), concl. sur CE, Sect., 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen*, C.J.E.G. 1970, J., p. 231.

¹⁶⁷³ DEGLAIRE (Simone) et BORDIER (Edmond), *Electricité Service public*, Paris, Éd. Berger-Levrault, 1963, t.2, p. 274.

¹⁶⁷⁴ CE, Section des Travaux publics, Avis du 24 octobre 1995, E.D.C.E. n° 47, 1995, p. 458.

1067. – Absence d'application factuelle du statut aux nouveaux entrants – Mais dans la pratique, comme le souligne Jacky Chorin, « il apparaît qu'à ce jour, aucun nouvel opérateur n'applique le statut, la plupart du temps parce que des sous-traitances sont opportunément mises en place aux seules fins d'échapper à l'application du statut et que les opérateurs tels ceux exploitant les centrales éoliennes, indiquent n'avoir pas de personnel propre. »¹⁶⁷⁵ Il en conclut qu'on se situe aujourd'hui plus dans l'exception que dans le principe.

Il affirme que c'est en vue de faciliter l'application du statut à ces nouveaux opérateurs (plus nombreux et plus diversifiés) « *que l'introduction de la négociation collective de branche en complément du statut a été décidée.* »¹⁶⁷⁶ Il s'avère en effet que le maintien du statut du personnel des industries électriques et gazières, ainsi que son application aux nouveaux entrants, ont été accompagnés d'une extension du droit conventionnel dans le même secteur d'activité.

B.- Le développement du droit conventionnel dans les industries électriques et gazières

1068. – Les circulaires d'application du statut – Dans les industries électriques et gazières, le droit statutaire n'est pas composé du seul statut ; il comporte également des circulaires d'application du statut. Jusqu'en décembre 2001, ces circulaires d'application étaient adoptées par les directeurs d'EDF et de GDF, après avis de la Commission Supérieure Nationale du Personnel des Industries Electriques et Gazières (CSNP), qui est une sorte de commission paritaire commune à l'ensemble des industries électriques et gazières. Ces circulaires pouvaient être rendues applicables à l'ensemble de la branche d'activité, par décision interministérielle. En effet, l'article 1^{er} § 6 du statut dans sa rédaction issue d'un décret de 1954¹⁶⁷⁷, prévoyait un mécanisme original selon lequel « *des décisions du ministre de l'industrie et du commerce fixeront les modalités d'application (au personnel des entreprises de production et de distribution exclues de la nationalisation) des mesures prises par les établissements nationaux, en exécution du présent statut.* » À l'heure actuelle, ce ne sont pas loin d'un millier de circulaires

¹⁶⁷⁵ CHORIN (Jacky), « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.* 2002, p. 413.

¹⁶⁷⁶ *Idem.*

¹⁶⁷⁷ Décret n° 54-1173 du 24 novembre 1954, art. 1, *J.O.R.F.* du 26 novembre 1954.

d'application du statut qui sont en vigueur pour l'ensemble du secteur, et qui de ce fait s'appliquent à tous les nouveaux entrants.

1069. – L'application négociée du statut – Néanmoins, sur le long terme, il n'était plus concevable que les directions des deux entreprises historiques des secteurs du gaz et de l'électricité, puissent adopter des règles d'application du statut dont la vocation aurait été de s'appliquer à leurs concurrents, dès lors qu'une décision interministérielle serait intervenue au préalable. Voilà pourquoi, dans la loi du 10 février 2000, le législateur a décidé d'ouvrir d'avantage le champ de la négociation collective dans la branche des industries électriques et gazières, de façon à ce que tous les opérateurs de la branche puissent co-décider par accord de branche des futures règles d'application du statut. Corrélativement, le décret du 17 décembre 2001 a supprimé le mécanisme original prévu par l'article 1^{er} § 6 du statut précité¹⁶⁷⁸. A partir de cette date, il n'y a donc plus eu de nouvelles normes réglementaires émanant d'EDF et de GDF qui s'appliqueraient aux autres entreprises du secteur.

L'article 45 de la loi du 10 février 2000 avait introduit deux nouveaux articles dans le code du travail : les articles L. 713-1 et L. 713-2¹⁶⁷⁹. L'article L. 713-1¹⁶⁸⁰, dans son alinéa 1^{er} ouvrait la négociation collective non seulement en vue de compléter les dispositions statutaires, mais aussi pour déterminer les modalités d'application de ces dispositions statutaires. L'article L. 713-2¹⁶⁸¹ venait ensuite préciser à cet égard que les

¹⁶⁷⁸ Décret n° 2001-1198 du 17 décembre 2001, art. 1, *J.O.R.F.* du 18 décembre 2001.

¹⁶⁷⁹ Ces deux articles ne sont pas retranscrits dans la nouvelle partie législative du code du travail qui est entrée en vigueur au 1^{er} mars 2008. Néanmoins, ils ne disparaissent pas du corpus juridique. L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 prévoyait que ces articles demeureraient en vigueur dans leur rédaction actuelle. Cet état était transitoire, car ils ont été repris dans le Code de l'énergie.

¹⁶⁸⁰ Article L. 713-1 du Code du travail (ancien): « *Dans les industries électriques et gazières, sans préjudice des dispositions de l'article L. 134-1, des accords professionnels peuvent compléter, dans des conditions plus favorables aux salariés, les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut national du personnel. / Les dispositions du titre III du livre 1er relatives aux conventions ou accords collectifs de travail sont applicables au personnel de l'industrie électrique et gazière dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat après avis du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz. Les attributions conférées par lesdites dispositions au ministre du travail sont exercées, en ce qui concerne ce personnel, conjointement par le ministre chargé de l'énergie et le ministre chargé du travail. / Les attributions de la Commission nationale de la négociation collective en matière d'extension des accords collectifs et d'abrogation des arrêtés d'extension sont exercées par la Commission supérieure nationale du personnel des industries électriques et gazières qui comprend, en nombre égal et sous la présidence du ministre chargé de l'énergie, des représentants des organisations syndicales de salariés et des représentants des organisations d'employeurs les plus représentatives dans la branche. Le décret en Conseil d'Etat mentionné à l'alinéa précédent fixe la composition et les modalités de fonctionnement de cette commission. »*

¹⁶⁸¹ Article L. 713-2 du Code du travail : « *I - Des dispositions stipulées par accord professionnel se substituent, sous réserve que l'accord soit étendu par arrêté conjoint des ministres*

accords signées en vertu de l'article L. 713-1 se substituaient à toute autre mesure prise en application du statut par les directions d'EDF ou de GDF sous l'empire du droit ancien. Ces textes ont été repris aux articles L.161-1 à L.161-6 du Code de l'énergie.

1070. – Les conditions à respecter – Dorénavant, l'application du statut devient à part entière l'objet exclusif de la négociation collective. Il n'est plus question de modifier les circulaires d'application du statut étendues par la voie réglementaire. Seule la voie conventionnelle le peut. Deux conditions devront toutefois être respectées.

Première condition à respecter, l'accord collectif qui viendra se substituer à une circulaire d'application du statut devra être plus favorable que cette circulaire. Ceci résulte de l'article L.713-1, alinéa 1^{er} du Code du travail précité (actuel article L.161-1 du Code de l'énergie¹⁶⁸²). Toutefois la rédaction de ce texte manque un peu de clarté, puisqu'on ne sait pas si le principe de faveur ne concerne que les accords qui complètent le statut, ou s'il concerne aussi les accords déterminent les modalités d'application du statut. Sachant que bien souvent, compléter le statut et en déterminer les modalités d'application revient à peu près au même. Deux éléments permettent de penser que le principe de faveur s'applique dans les deux cas, nonobstant la rédaction hasardeuse de l'article L.161-1 du Code de l'énergie. Tout d'abord, lors d'une réponse à une question écrite, le secrétaire d'État à l'industrie a rappelé l'exigence du principe de faveur pour tout accord collectif fondé sur cet article du Code du travail¹⁶⁸³. Ensuite, dans son avis sur le projet de la loi du 10 février 2000, le Conseil d'État (Section des Travaux publics et Section sociale réunies) a admis « *que des dispositions stipulées par accord professionnel se substituent désormais, à condition qu'elles ne soient pas moins favorables et sous réserve que l'accord soit étendu par arrêté conjoint des ministres chargés de l'Industrie et du Travail, à toute mesure précédemment prise par Electricité de France et Gaz de France en exécution des statuts du personnel des industries*

chargés de l'énergie et du travail, à toute mesure prise, avant l'entrée en application du présent article, par Electricité de France et Gaz de France en exécution du statut national du personnel des industries électriques et gazières. / II - Un décret en Conseil d'Etat détermine la liste des mesures nécessaires à l'application du statut national à l'ensemble du personnel de l'industrie électrique et gazière que le ministre chargé de l'énergie est autorisé à prendre, en cas de nécessité, aux lieu et place des partenaires sociaux, jusqu'à l'intervention d'un accord collectif étendu. »

¹⁶⁸² Article L.161-1 du Code de l'énergie : « *Dans les industries électriques et gazières, des accords professionnels peuvent compléter, dans des conditions plus favorables aux salariés, les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par les articles L. 2233-1 et L. 2233-2 du code du travail. »*

¹⁶⁸³ Question de Gérard Revol, JO AN (Q), du 10 décembre 2001, p. 7103.

électriques et gazières. »¹⁶⁸⁴ Partant, Jacky Chorin semble fondé à considérer comme incontournable le respect du principe de faveur dans l'application de ce nouveau dispositif¹⁶⁸⁵.

Deuxième condition à respecter, l'accord collectif devra être étendu par les ministres du travail et de l'industrie pour pouvoir se substituer à une circulaire d'application étendue. Comme le note Jacky Chorin, ce renforcement du rôle ministériel est paradoxal alors que le secteur s'ouvre à la concurrence, et où les opérateurs seront à terme tous de droit privé ; logiquement on pourrait penser que ce serait à ces acteurs et à eux seuls de déterminer l'évolution des règles sociales au sein de la branche¹⁶⁸⁶. Mais dans ce nouveau cadre juridique spécifique aux industries électriques et gazières, l'extension des accords professionnels présente en réalité deux aspects. L'un d'eux est classique au mécanisme d'extension des accords collectifs, à savoir le fait de rendre applicable les accords de branche à l'ensemble des opérateurs de la branche. L'autre aspect est plus particulier, puisque l'extension des accords professionnels permet de remplacer les textes réglementaires préexistants, sans qu'il soit besoin d'abroger expressément par voie réglementaire ces anciennes circulaires d'application.

1071. – L'évolution du cadre juridique dans les industries électriques et gazières démontre très clairement que « *d'un droit fondamentalement unilatéral, on devrait évoluer ainsi vers un droit largement négocié : les mesures d'application du statut seront prises plus souvent par voie d'accord collectif* »¹⁶⁸⁷. Là aussi, le droit conventionnel prend du terrain sur le droit statutaire.

1072. – **Propos conclusif du Chapitre 19** – Le statut réglementaire semble avoir vécu. De nos jours, et depuis peu, soit il a disparu corps et biens – c'est le cas à Air France et à Aéroports de Paris –, soit il existe aux côtés de conventions et d'accords collectifs toujours plus nombreux. Quant au statut de la fonction publique à Orange et La Poste, son application est en voie d'extinction au fur et à mesure des départs des

¹⁶⁸⁴ CE, Sect. des Travaux publics et sect. sociale réunies, avis sur le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *Rapport du Conseil d'État 1999*, pp. 122-123.

¹⁶⁸⁵ CHORIN (Jacky), « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.* 2002, pp. 410-419.

¹⁶⁸⁶ CHORIN (Jacky), « Les dispositions sociales de la loi du 10 février 2000 ouvrant l'électricité à la concurrence », *Dr. soc.* 2002, p. 415.

¹⁶⁸⁷ PAPIN (Jean-Philippe), « Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée », *C.J.E.G.* 2000, p. 144.

fonctionnaires. La réflexion menée sur la possibilité d'un nouveau statutaire ne peut pas ignorer cette réalité contemporaine. Il n'est pas question de vouloir un retour pur et simple du statut du passé pour l'avenir. Un tel nouveau statutaire suppose de repenser le statut de fond en comble. Loin de l'unilatéralité qui a caractérisé les anciens statuts, c'est sur la base de la négociation collective et des accords et conventions collectifs produits par elle que sera élaboré le nouveau statut dans chacun des secteurs en réseaux. Les enjeux du moment auxquels devra répondre ce nouveau statut, sont tels, que le caractère négocié ne sera pas la seule qualité attendue de celui-ci. Bien d'autres qualités, notamment en ce qui concerne son champ d'application lui seront nécessaires pour devenir le statut du futur.

Chapitre 20 : Les qualités requises d'un nouveau régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux

« *Bien que ce soit de la folie, voici qui ne manque pas de logique* ».

William SHAKESPEARE¹⁶⁸⁸

1073. – **Propos introductif du Chapitre 20** – L'adaptation du régime du droit de grève aux nouvelles réalités des services en réseaux sera beaucoup plus complexe qu'un simple ajustement des dispositions existantes aux actuels articles L.2512-1 et suivants du code du travail issus des dispositions de la loi bien connue du 31 juillet 1963¹⁶⁸⁹. D'ailleurs ces actuelles dispositions du code du travail devraient être conservées pour l'essentiel, parce que d'une part, elles s'appliquent aux personnels des collectivités locales, et d'autre part tant que la catégorie du service public n'a pas totalement disparue de l'ordonnancement juridique interne, il n'y a pas de raison de supprimer ces dispositions qui y sont attachées. Mais nous savons également que l'actuel régime juridique se compose de dispositions spécifiques, telles celles issues de la loi du 22 août 2007¹⁶⁹⁰ et de textes de nature réglementaires dont l'objet est d'ailleurs beaucoup plus centré sur la préservation de la continuité du service. L'application de ces textes repose sur la notion de service public.

1074. – Or dans les services en réseaux, le régime juridique du droit de grève doit dorénavant s'articuler avec la notion européenne de service d'intérêt général, dans l'objectif d'assurer une certaine continuité de ce type de service.

¹⁶⁸⁸ SHAKESPEARE (William), *Hamlet*, II, 2.

¹⁶⁸⁹ Loi n°63-777 du 31 juillet 1963 *relative à certaines modalités de la grève dans les services publics*, *J.O.R.F.* du 2 août 1963, p. 7156.

¹⁶⁹⁰ 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*, *J.O.R.F.* n°193 du 22 août 2007, page 13956, texte n° 2.

1075. – Il résulte des analyses qui précèdent que pour que ce régime juridique renouvelé du droit de grève puisse remplir son office, il doit reposer sur le dialogue social, notamment à travers un dispositif d’alarme sociale. Néanmoins, compte tenu des contraintes juridiques d’ordre constitutionnel, un accord collectif en la matière n’est possible que si le législateur pose lui-même à la fois le principe des contraintes au droit de grève et fixe le périmètre d’intervention de l’accord collectif. Ainsi, le régime juridique que l’on cherche à définir, doit reposer à la fois sur une loi-cadre et sur l’accord collectif. C’est ce qui nous apparaît être la meilleure méthode pour que le respect du principe de continuité ne soit plus l’apanage d’un certain « autoritarisme » dans lequel l’a enfermé un usage immodéré du pouvoir réglementaire depuis que le service public existe. Au fond, le pouvoir réglementaire autonome ne devrait intervenir qu’en cas d’échec des autres moyens juridiques.

1076. – Cependant, pour que ce nouveau régime juridique réponde aux attentes qu’on lui assigne, il doit surmonter ce qui nous apparaît être une difficulté majeure. Il doit intégrer deux dimensions qui sont aujourd’hui totalement absente du régime juridique du droit de grève. La première est la dimension de réseau ; c’est cette dimension du réseau qui permet de prendre en compte la multiplicité des opérateurs qui interviennent plus ou moins directement dans la prestation de service d’intérêt général, au-delà des opérateurs soumis à des obligations de service public. La deuxième est la dimension européenne ; ceci permettrait d’assurer une qualité de service comparable dans l’ensemble de l’Union européenne de même que le marché et la concurrence sont des règles valables dans tous les États de l’Union.

1077. – Après avoir analysé la difficulté liée à l’adaptation du régime juridique aux réseaux européen (Section 1.-), nous présenterons la méthode d’adoption la plus appropriée de ce régime juridique (Section 2.-).

Section 1.- Une difficulté : un régime juridique adapté aux réseaux européens

1078. – Pour expliciter ce qui nous apparaît être cette difficulté majeure dans l’adoption d’un nouveau régime juridique, nous expliquerons successivement les deux dimensions que ce régime devra prendre en compte : la dimension du réseau (§1.-) et la dimension européenne (§2.-).

§1.- La dimension du réseau

1079. – *L'imbrication du réseau et du service* – La dimension du réseau doit nécessairement être prise en compte, si l'on veut que le régime juridique du droit de grève dans les services d'intérêt général en réseaux puisse préserver au mieux la continuité de ces services. Comme nous avons pu l'expliquer précédemment, il s'avère en effet qu'un incident sur une partie du réseau peut avoir pour effet de perturber l'ensemble du réseau. Par ailleurs, nous avons aussi montré dans nos analyses précédentes que ce n'est pas uniquement l'opérateur exploitant du réseau qui doit être concerné par un tel régime juridique, mais l'ensemble des intervenants sur le réseau. Pour autant, la continuité qu'il convient d'assurer n'est pas uniquement celle du réseau, c'est d'abord et avant tout la continuité du service. Mais celle-ci passe par la continuité du réseau. Il en résulte que réseau et service sont étroitement imbriqués dans notre analyse.

1080. – *Déterminer les contours du réseau* – Cette imbrication du réseau et du service rend délicate la définition de la « dimension du réseau » que nous avons envisagée. Car au-delà du réseau physique auquel le mot renvoie immédiatement, s'incorpore aussi l'idée du réseau des multiples intervenants nécessaires tant au fonctionnement et à la maintenance du réseau physique qu'à la prestation de service d'intérêt général dont le réseau physique est le support. Pour ne prendre qu'un exemple particulièrement éclairant, dans le secteur électrique, la dimension du réseau est particulièrement délicate à définir. Non seulement le réseau peut s'entendre au sens premier comme étant le réseau physique des lignes électriques et leurs accessoires (transformateurs, etc.), mais sans aucun doute faut-il y inclure aussi les centres de production d'électricité sans lesquels les lignes ne serviraient à rien. Au-delà de ces installations, le service d'intérêt général d'électricité suppose dans un contexte de marché, une séparation entre différentes fonctions, et c'est ainsi, que le fournisseur d'énergie électrique n'est pas le transporteur ou le distributeur de cette énergie, ni même son producteur. De ce fait, ce sont donc de nombreux intervenants, aux fonctions spécifiques, qui exploitent le service rendu à partir du réseau physique. Et pour parachever cette brève description, cette multitude d'intervenants en charge directe des fonctions utiles à la fourniture du service, est doublée d'une autre constellation composée de leurs sous-traitants et fournisseurs ou prestataires de services intermédiaires.

Autrement dit, le réseau peut valablement se comprendre comme étant l'ensemble des installations physiques nécessaires à la prestation de service d'intérêt général mais aussi comme l'ensemble des intervenants, opérateurs de réseaux, exploitants de service, ou sous-traitants et prestataires de services intermédiaires, dont l'intervention est nécessaire à l'exploitation tant du réseau que du service.

1081. – La fécondité de la notion de réseau – Dans la doctrine contemporaine, la notion de réseau est utilisée par certains auteurs comme notion explicative de l'articulation des normes issues d'ordres juridiques distincts¹⁶⁹¹. Elle permet de développer une nouvelle approche de l'articulation entre elles des normes nationales, européennes et internationales, dans des rapports dits de système, délaissant partiellement l'approche pyramidale de Kelsen¹⁶⁹². Dans leur ouvrage commun intitulé *De la pyramide au réseau ?*, François Ost et Michel Van de Kerchove évoquent la fécondité, même relative, du concept de réseau dans le domaine de la théorie du droit¹⁶⁹³. Nous pensons qu'une telle fécondité existe également dans le domaine du droit du travail appliqué aux services d'intérêt général en réseaux. La notion de réseau est alors directement liée à l'existence d'un réseau physique d'infrastructures. Si son approche peut, dans ce contexte du droit du travail, être plus concrète, elle partage de nombreuses caractéristiques avec la notion utilisée en théorie du droit. D'une façon générale on peut dire que ce que la particularité du réseau est qu'il n'implique aucune forme de « clôture » pour reprendre l'expression de Henry Bakis¹⁶⁹⁴. Dans le même ordre d'idée, Manuel Castells pense que les réseaux sont des structures ouvertes susceptibles de s'étendre à l'infini¹⁶⁹⁵.

Or, l'ouverture à la concurrence des réseaux physiques de service d'intérêt général, a eu pour effet de multiplier considérablement les entreprises qui exploitent directement réseaux et services, lesquels exploitants sont entourés d'un halo de sous-traitants et de fournisseurs de services ou de biens essentiels au fonctionnement du réseau. Et nous avons démontré précédemment que c'est cet archipel d'acteurs

¹⁶⁹¹ OST (François) et KERCHOVE (Michel, Van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pp. – BONNET (Baptiste), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso Editions, 2013, 207 pp.

¹⁶⁹² KELSEN (Hans), *Théorie générale des normes*, Traduction par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1996, 544 pp.

¹⁶⁹³ OST (François) et KERCHOVE (Michel, Van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 24.

¹⁶⁹⁴ BAKIS (Henry), *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993, p. 40.

¹⁶⁹⁵ CASTELLS (Manuel), *La société en réseaux*, t. I, *L'ère de l'information*, Paris, Fayard, Nouvelle édition 2001, p. 526.

économiques qui devrait être touché par le principe de continuité du service ou, plus précisément de continuité de l'activité. Là où hier, il y avait un seul opérateur, il y en a aujourd'hui des dizaines voire des centaines.

C'est en ce sens que le concept de réseau, appliqué et adapté en droit positif du travail et en droit des services d'intérêt général permettrait de définir les contours idoines d'un régime juridique renouvelé des personnels travaillant ou intervenant dans les services en réseaux. Au-delà de cette dimension du réseau, ce régime juridique devrait aussi pouvoir s'adapter à la dimension européenne qu'il contient en germe.

§2.- La dimension européenne

1082. – **Le paradoxe** – Il y a une forme de paradoxe à évoquer la dimension européenne du régime juridique du personnel. Cette dimension fait évidemment écho à la dimension européenne que devrait avoir le réseau. En effet, il n'échappera à quiconque que le réseau est au fond le lieu du marché européen de service d'intérêt général, alors que le régime juridique du personnel semble désespérément voué à demeurer de dimension nationale. Sans réseau de dimension européenne, il ne peut y avoir de véritable marché européen dans les transports, l'énergie ou les communications électroniques. C'est la raison pour laquelle, l'Union européenne depuis près de vingt-cinq ans, promeut à la fois une politique de réseaux transeuropéens et une politique d'interopérabilité des réseaux nationaux ; le but étant de parvenir à une bonne interconnexion et une meilleure interpénétration des réseaux nationaux, gage d'un futur marché européen de services intégré. De même, nous pensons que sans dimension européenne du régime juridique du personnel, les conditions d'intervention des opérateurs sur le marché européen, ne seront pas toujours équitables, notamment entre ceux des opérateurs soumis à une contrainte légale de continuité, même dans les cas où il n'est pas rentable d'un point de vue économique d'assurer la continuité du service et ceux des opérateurs qui choisiront leurs propres contraintes de continuité, éventuellement en fonction du marché, mais donc en fonction de la rentabilité de maintenir l'accès à la continuité du service.

1083. – **Une idée prospective** – Toutefois, la dimension européenne d'un tel régime juridique est à l'heure actuelle une idée prospective et non une réalité immédiate. Il existe en effet plusieurs obstacles qui ne permettent pas d'envisager dans l'immédiat son avènement.

1084. – **L'obstacle juridique** – Le premier de ses obstacles est juridique. Nous considérons, et nous l'avons déjà souligné, que ce nouveau régime juridique du personnel doit s'intéresser au droit de grève, de façon à pouvoir aborder de front la question de la continuité du service d'intérêt général. Or, la « réglementation » du droit de grève n'est pas une compétence de l'Union européenne. Nous avons précédemment évoqué cette incompétence de l'Union au regard de l'article 153, §5 du TFUE. L'article 153 est globalement consacré aux domaines des politiques sociales que peut mener l'Union en complément de l'action des États membres. Mais son paragraphe 5 précise que « *Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out* ». Ainsi, bien que l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaisse le droit de grève comme droit fondamental des citoyens de l'Union européenne, il n'appartient pas à celle-ci de légiférer sur ce droit.

Cette réalité juridique est-elle en mesure d'évoluer ? Il faut bien se garder de considérer que l'état du droit de l'Union européenne est figé à long terme, puisque l'Union européenne est avant toute chose un processus d'intégration. D'ailleurs les objectifs que donne l'article 151 du TFUE évoquent « *l'amélioration des conditions de vie et de travail* »¹⁶⁹⁶ au sein de l'Union en vue « *d'une égalisation dans le progrès* »¹⁶⁹⁷ et une « *harmonisation des systèmes sociaux* »¹⁶⁹⁸. Or, notre propos a été depuis le début de démontrer la pertinence qu'il y a, à notre époque, à s'intéresser à la continuité du service d'intérêt général, et partant de la nécessité, pour assurer au mieux l'effectivité de cette continuité du service, de reconsidérer la législation sur le droit de grève. Une législation sur le droit de grève, qui est une législation sociale par excellence – si l'on veut bien se rappeler le lien historique entre progrès social et reconnaissance du droit de grève – est aujourd'hui nécessaire pour assurer une harmonisation des systèmes sociaux des États membres afin d'assurer une meilleure continuité des services d'intérêt général en réseaux et, partant, une amélioration des conditions de vie des citoyens européens bénéficiaires et clients de ces services. On ne peut donc préjuger d'un éventuel assouplissement de la barrière juridique que constitue l'article 153, §5 du TFUE dans un avenir de moyen terme. Il est même souhaitable. On imagine bien évidemment la levée de bouclier que susciterait une telle évolution. Pour limiter les blocages éventuels à cette évolution, il conviendrait de circonscrire strictement cette extension de compétence de l'Union aux services d'intérêt général en réseaux, et limiter l'intervention

¹⁶⁹⁶ Article 151, §1 du TFUE.

¹⁶⁹⁷ Article 151, §1 du TFUE.

¹⁶⁹⁸ Article 151, §3 du TFUE.

de l'Union à l'adoption des seuls principes généraux relatifs à une réglementation du droit de grève ; à charge ensuite pour les États d'assurer la transposition de ces principes dans leurs systèmes juridiques. On remarquera d'ailleurs que les États pourraient confier cette tâche aux partenaires sociaux, ainsi que le rend possible le paragraphe 3 de l'article 153 du TFUE¹⁶⁹⁹.

1085. – L'obstacle politique – Au-delà de cet obstacle juridique, il existe aussi un obstacle d'ordre politique à l'avènement de la dimension européenne d'un tel régime juridique. Comme nous l'avons dit à l'instant, autoriser l'Union à légiférer sur cette matière, provoquerait des tumultes notamment du côté syndical. Il est évident que si l'Union européenne en venait à aborder cette question avec le même arrière fond ultra-libéral que la Cour de Justice de l'Union dans les affaires *Laval*¹⁷⁰⁰ et *Viking*¹⁷⁰¹, nul doute que le projet serait voué à l'échec.

C'est la raison pour laquelle, nous pensons, que d'un point de vue politique, aborder la question de la législation contraignante du droit de grève seule, serait une erreur stratégique. L'heure est venue d'intégrer de nouveau cette question technique dans un ensemble plus vaste englobant les contreparties sociales à ces sujétions. Il serait bon de s'inspirer de ce qui a présidé dans le passé à l'émergence des statuts du personnel dans les grands services publics en réseaux. Dès lors ce régime juridique constituerait la base du « statut » du personnel dans les réseaux de service d'intérêt général. Il ne s'agirait nullement d'un retour au statut réglementaire qui par nature ne peut pas être le produit d'une harmonisation européenne, mais d'un statut au sens large, c'est-à-dire les règles communes de travail applicables à une ou plusieurs catégorie(s) précisément déterminée(s) de personnel.

¹⁶⁹⁹ Selon l'article 153, §3 du TFUE, « *Un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2 ou, le cas échéant, la mise en œuvre d'une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 155.* »

¹⁷⁰⁰ CJCE, 18 décembre 2007, aff. n° C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, A.J.D.A. 2008, p. 242, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *Dr ; ouvr.* 2008, p. 90, note Michèle BONNECHÈRE ; *Dr. soc.* 2008, p. 208, obs. Patrick CHAUMETTE ; *Europe* 2008, comm. 48, note Denys SIMON ; *J.C.P. éd. G.* 2008, II, 10060, note Christophe VIGNEAU ; *R.U.E.* 2009, pp. 55-72, note Michèle COLUCCI ; *R.T.D.E.* 2009, p. 511, chron. Anne-Lise SIBONY et Alexandre DEFOSSEZ.

¹⁷⁰¹ CJCE, 11 décembre 2007, aff. n° C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP et OÜ Voking Lines Eesti*, A.J.D.A. 2008, p. 242, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT ; *Dr ; ouvr.* 2008, p. 90, note Michèle BONNECHÈRE ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, note Patrick CHAUMETTE ; *Europe* 2008, comm. 48, note Denys SIMON ; *J.C.P. éd. G.* 2008, II, 10060, note Christophe VIGNEAU ; *R.U.E.* 2009, pp. 55-72, note Michèle COLUCCI ; *R.T.D.E.* 2009, p. 511, chron. Anne-Lise SIBONY et Alexandre DEFOSSEZ.

Pour contourner l'obstacle politique, sans doute serait-il souhaitable que ce soient les partenaires sociaux au niveau européens qui négocient ces statuts. Les articles 154¹⁷⁰² et 155¹⁷⁰³ du TFUE permettent d'envisager cette voie. Leur intervention n'est ici envisageable que si les États membres font au préalable « sauter » le verrou de l'incompétence de l'Union dans le domaine du droit de grève. À moins que ce ne soient les partenaires sociaux qui provoquent cet élargissement du champ de compétence de l'Union ; ce qui paraît être, en l'état actuel des choses, une hypothèse d'école. Qu'une telle négociation soit à l'initiative de la Commission européenne qui demande aux partenaires sociaux leur avis sur un projet d'encadrement législatif en ce domaine, ou que ce soit une négociation spontanée des partenaires sociaux, peu importe. Quelle qu'en soit la cause, un tel dialogue, s'il avait lieu et s'il aboutissait à définir un régime de « compensation minimale » des sujétions de service d'intérêt général, serait de nature à mieux faire accepter l'idée d'un régime juridique du droit de grève dans les services d'intérêt général en réseaux au sein de l'Union européenne.

1086. – Le pilier social de l'ouverture des marchés – En soi, une telle dimension européenne n'est pas indispensable à la mise en œuvre d'un régime juridique des personnels des services en réseaux. Celui-ci peut parfaitement exister au niveau national. Reste que sa réalisation au niveau européen, signifiera l'achèvement équilibré de l'ouverture à la concurrence des services en réseaux. L'harmonisation des conditions

¹⁷⁰² Article 154 du TFUE : « 1. La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties.

« 2. À cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union.

« 3. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation.

« 4. À l'occasion des consultations visées aux paragraphes 2 et 3, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 155. La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission. »

¹⁷⁰³ Article 155 du TFUE : « 1. Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords.

« 2. La mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission. Le Parlement européen est informé. Le Conseil statue à l'unanimité lorsque l'accord en question contient une ou plusieurs dispositions relatives à l'un des domaines pour lesquels l'unanimité est requise en vertu de l'article 153, paragraphe 2. »

de travail sera en effet prise en considération au même titre que l'harmonisation de la réglementation économique de l'ouverture des marchés.

1087. – Il apparaît donc clairement que le nouveau régime juridique applicable au personnel des services d'intérêt général en réseau, devra intégrer le réseau dans son champ d'application et être compatible avec une approche européenne. Si cette dernière ne semble pas devoir s'épanouir dans l'immédiat, néanmoins, elle est un gage de pertinence de ce régime juridique sur le long terme. Mais, dans l'immédiat, ce régime juridique ne pourra pas être défini au niveau européen, il doit nécessairement être décidé au niveau national. Il reste donc à définir les modalités d'adoption idoine de ce régime au niveau national, c'est l'objet de la Section 2 qui suit.

Section 2.- Une méthode : un régime juridique largement négocié adopté au niveau national

1088. – Pour que le futur régime juridique applicable au personnel des services d'intérêt général en réseaux puisse voir le jour dans les meilleures conditions, et répondre aux enjeux de la dimension du réseau, il nous semble que son adoption doit reposer sur deux piliers, législatif et conventionnel. Malgré cette conviction sur la méthode, l'adoption d'un tel régime juridique ne peut se faire simplement, compte tenu des difficultés qu'elle soulève.

Il convient donc d'explicitier la méthode (§1.-) pour ensuite évoquer les difficultés juridiques qui devront être surmontées (§2.-).

§1.- Un encadrement législatif adopté au niveau national

1089. – **Une loi-cadre** – *A minima*, le régime juridique du personnel que nous proposons comprendra des dispositions relatives à l'exercice du droit de grève des personnels des services d'intérêt général en réseaux. En cela, il sera soumis aux dispositions de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lesquelles, le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. Il n'y a d'ailleurs aucun doute sur le fait que la compétence d'adopter un tel régime juridique revient au législateur. Une convention collective ne peut pas valablement réglementer le droit de

grève sans que la loi l'y ait autorisée. En revanche, une fois les principes et les objectifs posés par la loi, les partenaires sociaux pourront négocier avec précision les règles d'application de la loi. C'est la raison pour laquelle l'intervention du législateur, devrait prendre la forme d'une loi-cadre, c'est-à-dire d'une loi qui fixerait les grands principes du régime juridique du droit de grève dans les réseaux de service d'intérêt général.

1090. – Une structure simple – En ce domaine, il existe déjà une expérience intéressante que nous avons eu l'occasion d'analyser précédemment. Il s'agit de la loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs¹⁷⁰⁴. Sans entrer dans le détail de cette loi, c'est sa structure qui nous semble intéressante comme source d'inspiration possible. Il s'agit d'une loi relativement courte comportant treize articles répartis en trois titres, ce qui est adapté à l'idée d'une loi-cadre : le titre 1 est relatif au champ d'application, le titre 2 est consacré au dialogue social et à la prévention des conflits dans les entreprises de transport, enfin le titre 3 est dédié à l'organisation de la continuité du service public en cas de grève ou autre perturbation prévisible du trafic. Une telle structure est parfaitement adaptée à la loi-cadre que nous projetons ici. Il s'agit évidemment de s'en inspirer comme structure de base. Cependant, rien n'interdit d'aller un peu plus loin. Ne serait-ce que pour définir le niveau de négociation qui vraisemblablement devra s'affranchir des cadres existants comme cela sera démontré ci-après ; mais aussi pour donner du « grain à moudre » aux négociateurs sur d'éventuelles contreparties aux salariés assujettis aux contraintes spécifiques de l'intérêt général.

1091. – Loi générale ou lois sectorielles – Il faudra par ailleurs trancher le caractère général ou sectoriel de cette loi-cadre. Soit en effet, la loi est générale et vise tous les services d'intérêt général en réseaux, soit une loi est adoptée pour chaque secteur de service d'intérêt général en réseaux. Dans le premier cas, la loi serait nécessairement plus complexe et le modèle basique que constitue la loi du 21 août 2007 d'un moindre secours. Les secteurs concernés sont très différents, et lorsqu'il est question de poser les règles minimales d'organisation de la continuité du service, les objectifs et les règles de bases sont naturellement très diverses entre le secteur ferroviaire et le secteur de l'énergie électrique, par exemple. Or, la loi ne peut pas être laconique et ne peut pas fixer qu'un simple objectif général de continuité. Elle doit guider un minimum la main des négociateurs et le cas échéant du pouvoir réglementaire qui

¹⁷⁰⁴ 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, *J.O.R.F.* n°193 du 22 août 2007, page 13956, texte n° 2.

viendront en faire application. Néanmoins, malgré ces inconvénients majeurs, une loi générale aurait sans doute le mérite de renforcer la notion de continuité du service d'intérêt général au fondement de cette législation. Car au-delà de la diversité des secteurs en cause, il existe l'unité de la notion juridique fondamentale qui les caractérise.

À l'inverse, le choix de plusieurs lois sectorielles – une par secteur de services en réseaux – pourrait être fait. Sans doute ces lois seraient-elles quelque peu répétitives pour un certain nombre de dispositions basiques, mais elles seraient pour les aspects plus techniques strictement adaptées au secteur en cause. On perdrait le symbole d'une unité juridique principielle pour accéder à ce qui semblerait une efficacité accrue.

1092. – Quelle codification ? – Entre loi générale et lois sectorielles, il nous semble que c'est la détermination de la codification adéquate qui pourrait aider à faire le choix. Chaque secteur fait aujourd'hui l'objet d'une codification spécifique, quoique partielle. Aussi des dispositions relatives à l'organisation de la continuité de tel secteur pourrait logiquement avoir sa place dans le code regroupant les règles juridiques essentielles au fonctionnement du secteur en question. S'il s'agit d'organiser la continuité du transport ferroviaire, alors les règles seraient dans le code des transports, dans la partie relative à ce mode de transport, tandis que s'il est question d'organiser la continuité du service de l'électricité, la place d'un tel dispositif serait naturellement le code de l'énergie. Auquel cas, les dispositions législatives seraient sectorielles : ce qui implique soit l'adoption de lois sectorielles, soit une loi unique mais réparties en différents chapitres, chacun de ces chapitres étant relatif à un secteur particulier. Toutefois, la codification pourrait être unique, et c'est là qu'une loi générale pourrait avoir tout son sens. Les règles que nous envisageons concernent fondamentalement les conditions de travail et très largement aussi la conclusion d'accords collectifs de travail. Le code du travail paraît alors tout indiqué comme destination des dispositions d'une telle loi. D'autant qu'elles pourraient venir après les dispositions actuelles relatives aux conditions d'exercice du droit de grève dans les services publics.

1093. – Ne pas avoir peur d'une relative complexité – Raffinement ultime mais sans doute solution la plus ajustée, la loi-cadre serait unique mais comporterait des dispositions générales et des dispositions sectorielles. Les dispositions générales seraient essentiellement consacrées aux conditions d'exercice du droit de grève, au dialogue social et à la prévention des conflits collectifs, ainsi qu'à la conclusion d'accords collectifs spécifiques pour la mise en œuvre de ces dispositions. Ces dispositions générales auraient leur place dans le code du travail. Quant aux dispositions sectorielles,

elles traiteraient essentiellement de l'organisation de la continuité du service ; leur codification serait spécifique. Un jeu de renvoi permettrait de passer du code « sectoriel » au code du travail et inversement. Le risque s'il en est dans ce cas, serait de nuire à l'intelligibilité et à la clarté de la loi, car la loi serait inévitablement longue et complexe. En réalité ce risque nous paraît limité. Il serait même vraisemblablement moins grand que dans le cas d'une loi générale intégralement codifiée dans le code du travail, lequel se verrait envahi par des dispositions sectorielles visant à organiser la continuité d'un secteur spécifique d'activité ; ou d'un code sectoriel pollué par des dispositions sur un niveau de négociation collective adapté au service en réseau en cause.

En définitive, si la loi unique codifiée dans plusieurs code est bien écrite, si les renvois sont adaptés et sans vide apparent, il nous semble que ce serait la meilleure solution pour adopter une telle loi-cadre.

1094. – La constitutionnalité de la loi-cadre – Enfin, il reste à déterminer la constitutionnalité d'une telle loi-cadre. Non pas parce qu'elle vient réglementer le droit de grève, mais en ce qu'elle en limiterait l'exercice dans des entreprises privées qui ne peuvent pas être considérées comme des entreprises de service public. Néanmoins ces entreprises sont directement ou indirectement en charge de l'intérêt général. Dès lors, la question que l'on doit se poser est celle de savoir si la sauvegarde de l'intérêt général en dehors de toute qualification de service public peut justifier au plan constitutionnel la limitation du droit de grève dans ces entreprises ? Une réponse positive peut être tirée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel issue de la décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979¹⁷⁰⁵ et élargie par la décision n°2012-650 DC du 15 mars 2012¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁵ Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail, *Rec.* p. 33 ; *A.J.D.A.* 1979, n°9, p. 46 ; *R.D.P.* 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; *Cahier du CFPC*, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; *D.* 1980, p. 333, note Léo HAMON ; *Rev. adm. de L'Est de la France*, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; *D.* 1980, p. 101, note PAILLET ; *A.J.D.A.* 1980, p. 191, note LEGRAND ; *J.C.P.* éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; *Dr. soc.* 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; *Pouvoirs*, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Dr. soc.* 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.

¹⁷⁰⁶ Cons. const., décision n°2012-650 DC du 15 mars 2012, *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*, *J.O.R.F.* n° XX du 20 mars 2012, p. 5028, texte 4 ; *Rec.* p. 149 ; *Dr. soc.* 2012, n°7/8, p. 708, note Valérie BERNAUD ; *Dr. ouvr.* 2012, n°771, p. 676, note Pierre-Yves GAHDOUN ; *R.J.E.P.* 2012, n°702, p. 21, note Loïc GRARD ; *R.R.J.D.P.* 2013, n°2013-2, p. 851, note Thomas M'SAÏDIE.

En effet, dans la décision précitée de 1979, tout comme dans la décision n°2007-556 DC du 16 août 2007 rendue par le Conseil constitutionnel¹⁷⁰⁷ à l'occasion de l'examen de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, le conseil centre son raisonnement moins sur le service public que sur l'intérêt général. Dans le considérant n°1 de la décision de 1979 et dans le considérant n°10 de la décision de 2007, le Conseil, après avoir cité le septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁷⁰⁸ juge « *qu'en édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* »¹⁷⁰⁹. Autrement dit, pour le Conseil, si la grève porte atteinte à la sauvegarde de l'intérêt général, le législateur est alors habilité à en limiter le droit d'exercice. Là est le principe fondamental pour le Conseil constitutionnel. Dans son raisonnement, ce n'est qu'ensuite que le Conseil ajoute « *que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit 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* »¹⁷¹⁰. On peut en conclure que si le service public, particulièrement la continuité de celui-ci, participe de la sauvegarde de l'intérêt général, il n'en est pas l'alpha et l'oméga. Dès lors, nous pensons que le Conseil constitutionnel n'aurait aucune difficulté à admettre, que la continuité du service d'intérêt général en réseau participe aussi de la sauvegarde de l'intérêt général. Ainsi, une loi-cadre dont l'objet serait de faire respecter la continuité du service d'intérêt général, en imposant des contraintes au droit de grève des salariés, en vue d'assurer une continuité de l'exploitation des entreprises du réseau, serait jugée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, puisqu'il s'agirait d'un cas de « *sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* » pour reprendre les termes de la décision de 2007.

Par ailleurs, dans la décision précitée du 15 mars 2012, le Conseil constitutionnel reprend dans son sixième considérant, la première partie de son

¹⁷⁰⁷ Cons. const., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, texte 6/139.

¹⁷⁰⁸ « Considérant qu'aux termes du septième alinéa du Préambule de 1946 : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » ; »

¹⁷⁰⁹ Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *op. cit.*, considérant 1. - Cons. const., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *op. cit.*, considérant 10.

¹⁷¹⁰ *Idem*

considérant 1 de la décision de 1979, à savoir qu'en édictant l'alinéa 7 du Préambule de 1946, le constituant a entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte. Puis il ajoute, « *qu'il est, à ce titre, loisible au législateur de tracer la limite séparant les actes et les comportements qui constituent un exercice licite de ce droit des actes et comportements qui en constitueraient un usage abusif* ». Le Conseil semble accorder une très large liberté au législateur pour réglementer le droit de grève, alors même qu'il n'y a, en l'espèce, aucune référence au service public. Le considérant 7 de cette même décision apporte une nuance en ce que le Conseil vérifie le but recherché par le législateur : en l'occurrence, il considère que le législateur « *a entendu mettre en place un dispositif permettant l'information des entreprises de transport aérien ainsi que de leurs passagers afin, notamment, d'assurer le bon ordre et la sécurité des personnes dans les aéroports et, par suite, la préservation de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle* »¹⁷¹¹. Il vérifie aussi l'étendue des contraintes imposées aux salariés et le caractère général ou partiel des effectifs touchés : il constate que les contraintes imposées (ici déclaration préalable des grévistes avant toute participation à une grève) « *pèse sur les seuls salariés "dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols"*; *qu'elle ne concerne ainsi que les salariés occupant un emploi de personnel navigant ou assurant personnellement l'une des opérations d'assistance en escale mentionnée à l'article L. 1114-1, de maintenance en ligne des aéronefs, de sûreté aéroportuaire, de secours et de lutte contre l'incendie ou de lutte contre le "péril animalier"* »¹⁷¹². Et le Conseil conclue que « *les aménagements ainsi apportés aux conditions d'exercice du droit de grève ne sont pas disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi par le législateur* »¹⁷¹³. Ce qui est intéressant dans cette décision de 2012, c'est qu'elle ne concerne pas le service public ; ce qui n'empêche pas le juge de valider des contraintes pesant sur le droit de grève. Certes, aucun service minimum ou garanti n'était ici envisagé par le législateur ; les enjeux étaient donc moindres que ce que nous projetons dans la présente étude. Mais justement, cela veut dire également, qu'à partir du moment où l'objectif que nous proposons de poursuivre n'est pas simplement une question de garantie de l'ordre public mais de sauvegarde d'un intérêt général majeur, le Conseil constitutionnel dispose des moyens juridiques au sein de sa propre jurisprudence qui permettent de valider ces objectifs et valider les

¹⁷¹¹ Cons. const., décision n°2012-650 DC du 15 mars 2012, *op. cit.*, considérant 7.

¹⁷¹² *Idem*

¹⁷¹³ *Idem*

contraintes imposées pour les atteindre. Au fond ce qui compte, c'est de proportionner ces moyens aux objectifs recherchés. Dès lors que les activités nécessitant une garantie de continuité sont précisément définies, et que le dispositif global est proche de ce qui a été adopté par la loi du 21 août 2007, il n'y a selon nous aucune raison que le Conseil constitutionnel y trouve un motif d'inconstitutionnalité.

Puisqu'une loi-cadre peut être envisagée pour définir un nouveau régime juridique du droit de grève des personnels des services d'intérêt général en réseaux, il convient de préciser les contours de sa mise en œuvre négociée.

§2.- Une déclinaison négociée dans chaque réseau

1095. – L'encadrement législatif doit baliser le contenu des accords négociés. Mais de quelle négociation s'agit-il ? quel niveau de négociation doit être privilégié ? La réponse à cette interrogation est primordiale. Ce n'est que lorsque ce ou ces niveau(x) de négociation est (sont) défini(s), que l'on pourra envisager le contenu de ces négociations, venant décliner ou mettre en œuvre les règles de principe posées par le législateur. Si le niveau de l'entreprise, semble toujours pertinent, lorsqu'il est question de fixer concrètement la mise en œuvre d'un service garanti ou minimum en vue de garantir la continuité du service, la dimension du réseau que nous avons mise en évidence précédemment doit aussi être pleinement prise en considération par la négociation collective. Or, il apparaît que la seule façon d'y parvenir est de faire du réseau, le niveau de négociation.

1096. – Ainsi, pour finaliser notre démonstration générale, nous verrons pourquoi et comment faire émerger le réseau en tant que niveau de négociation collective (A.-) ; puis nous examinerons avec une relative simplicité ce que pourrait être le contenu de cette négociation et partant de ce futur régime juridique négocié applicable aux personnels des entreprises intervenant dans les services d'intérêt général en réseaux (B.-).

A.- Faire émerger le réseau comme niveau de négociation

1097. – ***Le réseau, lieu d'application du statut par le passé*** – Aujourd'hui, le réseau n'est pas vécu comme une réalité du droit social, ni par les salariés des

entreprises de réseaux, ni par les syndicats, ni même par les entreprises, qu'elles soient opérateurs de réseaux ou sous-traitants. Le réseau est physique, technique voire économique, mais il n'est pas social. Chaque salarié qui y travaille, appartient non pas au réseau, mais à l'entreprise qui y intervient.

Dans le passé, du temps des grands services publics en réseau, les entreprises exploitantes étaient des entreprises intégrées. Elles absorbaient en leur sein l'essentiel du réseau dont elles étaient soit propriétaires, soit gestionnaires. Pour ne prendre que quelques exemples, c'était le cas de France télécom propriétaire et gestionnaire du réseau téléphonique, c'était le cas de la SNCF qui était propriétaire et gestionnaire du réseau ferré jusqu'en 1997 puis de nouveau par le biais d'une filiale ad hoc en vertu de la loi du 4 août 2014¹⁷¹⁴, et c'était le cas d'EDF qui était propriétaire et gestionnaire du réseau de transport et gestionnaire pour le compte des collectivités concédantes du réseau local de distribution. Le réseau était l'entreprise, et l'entreprise était le réseau. Les deux se confondaient. Les situations de sous-traitances existaient mais étaient limitées. Dans ce contexte, les agents de l'entreprise étaient ceux du réseau et les règles sociales qui s'appliquaient à eux étaient dimensionnées au réseau. Le réseau était donc un lieu d'application de la législation du travail et souvent des statuts particuliers du personnel, mais sans qu'il soit pensé comme tel ; c'était l'entreprise, voire le secteur d'activité, qui constituaient juridiquement ce lieu d'application des règles du travail. Ainsi peut-on considérer que le réseau n'avait aucune signification particulière d'un point de vue juridique, mais tout en étant plus ou moins présent dans la conscience collective des agents comme réalité physique, technique et économique. Cette conscience collective est remarquablement mise en évidence dans l'ouvrage collectif *Tempête sur le réseau, L'engagement des électricien(ne)s en 1999* paru en 2002¹⁷¹⁵. Il y est mis en évidence notamment que pour réparer les très lourds dégâts causés au réseau électrique national, les agents d'EDF et les retraités d'EDF se sont mobilisés pour rétablir le plus vite possible le courant dans les foyers touchés par la tempête. Cette mobilisation collective autour du réseau, a donné l'illusion le temps d'un bref moment, au retour du mythe d'un service public de l'électricité intégré.

1098. – La nécessité de réinvestir le réseau – Mais tout ceci était déjà fondamentalement en train de voler en éclat. La loi du 10 février 2000 était proche, le

¹⁷¹⁴ Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire, *J.O.R.F.* n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3.

¹⁷¹⁵ BRUGIDOU (Mathieu), CIHUELO (Jérôme) et MEYNAUD (Hélène Yvonne) (dir.), *Tempête sur le réseau, L'engagement des électricien(ne)s en 1999*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Questions contemporaines », 2002, 254 pp.

marché avançait à grands pas. En réalité depuis une trentaine d'années, nous assistons à une « défaite » du réseau dans les consciences collectives ; d'abord subrepticement avec le développement des sous-traitances, puis plus nettement avec la libéralisation des réseaux physiques et de leurs exploitations. Or, c'est justement dans ce contexte de libéralisation, auquel nous sommes aujourd'hui pleinement confrontés, que nous constatons l'intérêt qu'il y aurait à reconsidérer le réseau comme niveau de mise en œuvre des règles de droit du travail. Ce qui revient à dire que non seulement le réseau doit devenir un objet conscientisé par les agents et les syndicats, mais aussi, et c'est évidemment ce point qui nous intéresse plus précisément ici, il faudrait que le réseau devienne un lieu de négociation des règles du travail aux côtés des autres niveaux de négociation, notamment le niveau de la branche professionnelle. La difficulté est importante. La résoudre suppose de s'interroger d'une part sur la capacité que pourraient avoir les autres niveaux de négociation à prendre en compte la dimension du réseau. Et dans le cas où cette capacité est inexistante ou impossible à mettre facilement en œuvre, il faudra alors s'interroger sur les moyens juridiques de faire émerger ce nouveau niveau de négociation pas tout à fait comme les autres.

1099. – La prise en compte du réseau par un niveau préexistant de négociation collective – Il convient donc en premier lieu d'analyser la capacité éventuelle des niveaux actuels de négociation d'intégrer dans leur champ le réseau. L'entreprise n'étant par définition pas un niveau en mesure de couvrir la dimension du réseau, c'est le niveau de la branche et le niveau interprofessionnel qu'il faut ici interroger.

La branche peut-elle donc dans certains cas se transformer en branche-réseau. Rappelons que la branche professionnelle est reconnue par le code du travail comme étant un niveau de négociation et d'application des règles du droit du travail, sans être pour autant clairement définie. Ce sont les partenaires sociaux qui font naître de leur volonté commune les branches professionnelles, lesquelles sont ensuite répertoriées par les services de l'administration du travail et de l'emploi. Comme le rappelle le professeur Bernard Gauriau, « *Pour les économistes, la branche est un marché de produits ou services homogènes, pour les statisticiens, elle désigne un secteur composé d'entreprises ayant un critère d'activité dominante identique. Pour le droit social, la branche professionnelle est une construction des acteurs de la négociation collective, sa définition ne peut être qu'empirique et plurielle. Elle n'est jamais spontanément présentée comme la rencontre d'acteurs collectifs institués en vue de la négociation de branche. Se doter de sa convention collective de branche est un*

moyen pour exister en tant que groupe de représentation d'intérêts économiques »¹⁷¹⁶. Comme le rapporte le député Jean-Frédéric Poisson dans un rapport au Premier ministre remis le 28 avril 2009, « *Autrement dit, les branches professionnelles ne sont pas des cadres préétablis (donnés par le marché, établis par la science ou constitués par l'administration), dans lesquels on ferait entrer des acteurs eux-mêmes préexistants. Cadres pour l'action, leurs contours résultent de compromis entre les acteurs que cette négociation engage* »¹⁷¹⁷. La branche professionnelle présente donc de par son absence de définition légale, une certaine plasticité ou souplesse. Cela permettrait aux acteurs sociaux concernés de faire émerger de nouvelles branches aux contours spécifiques adaptés aux dimensions d'un réseau. En réalité, cette hypothèse de travail ne semble pas pouvoir aisément se vérifier.

En effet, si l'on se base sur les définitions communément admises de la notion de branche professionnelle en droit du travail, celle-ci regroupe des entreprises ayant une même activité industrielle ou commerciale. Or, la particularité du réseau comme niveau de négociation, tel que nous le concevons, c'est qu'il regroupe des entreprises ayant des activités diverses, distinctes, mais complémentaires. Chacune des entreprises qui intervient actuellement sur un réseau appartient déjà à une branche professionnelle. Si bien que sur un réseau donné, ce sont plusieurs branches qui sont « représentées » par les diverses entreprises qui y opèrent. Sachant en outre que beaucoup de ces entreprises, sauf les exploitants directs du réseau, sont présentes sur le réseau, mais ont aussi une activité en dehors du réseau. Dans ces conditions, il ne paraît pas sérieusement envisageable que soit créée une nouvelle branche professionnelle dédiée à ce réseau. D'autant plus que ce sont les partenaires sociaux qui décident de la création d'une nouvelle branche ; la disparité des entreprises concernées par la logique de réseau est nécessairement un obstacle à un dialogue social spontané en ce sens.

1100. – Au fond, la recherche d'un niveau de négociation centré sur le réseau, paraîtrait plus proche de la logique interprofessionnelle que de la logique de branche. Pour autant, il ne faut pas entretenir d'illusion sur la capacité du niveau interprofessionnel tel que celui-ci existe aujourd'hui comme lieu de négociation collective pour prendre en

¹⁷¹⁶ GAURIAU (Bernard), « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *J.C.P. Social*, n°22, 29 mai 2012, Étude n°1239. A l'appui de sa définition, il rapporte que l'on « recense environ 687 conventions collectives enregistrées à la DGT et 256 enregistrées auprès des services du ministère de l'Agriculture, ce qui fait un total de 943 conventions collectives de branches ».

¹⁷¹⁷ POISSON (Jean-Frédéric) et BIEHLER (Marc), « La négociation collective et les branches professionnelles », rapport au Premier ministre, 28 avril 2009, La Documentation française, p. 35.

charge la logique de réseau. En effet, le niveau interprofessionnel est reconnu par le code du travail sans être défini. Son appréhension se révèle être plus facile que la branche, dans la mesure où le niveau interprofessionnel ne regroupe pas différentes branches nommément désignées, mais correspond à un niveau global (ou général) de négociation où toutes les professions sont concernées. Comme le niveau de la branche, le niveau interprofessionnel est territorialisé ; le code du travail précise en effet que « *le champ d'application territorial des accords interprofessionnels peut être national, régional ou local* »¹⁷¹⁸. Or, le réseau, s'il est physique n'est pas spécifiquement territorial, car même s'il est d'envergure nationale, il peut être sectorisé au plan régional. D'ailleurs, pour ce qui concerne le réseau électrique, le réseau est divisé entre un réseau de transport au niveau national et des réseaux de distribution localisés.

Si la logique du réseau est bien interprofessionnelle, elle ne peut pas se confondre avec celle qui régit le niveau interprofessionnel de négociation collective qui est reconnue par le code du travail. Autrement dit, les dispositions des articles L.2232-1 et suivants de ce code ne peuvent s'appliquer en l'état à un accord de réseau interprofessionnel.

1101. – Créer un niveau ad hoc de négociation – Ce rapide tour d'horizon, nous montre la nécessité de penser un nouveau cadre juridique de négociation collective et d'application des conventions et accords collectifs pour tenir compte de la dimension du réseau. Il est possible d'imaginer que les partenaires sociaux se saisissent de cette question et fassent eux-mêmes émerger ce niveau de négociation dans tel ou tel réseau. Toutefois, l'hypothèse ne paraît pas des plus réalistes. Car les négociateurs seraient nombreux : fédérations patronales des exploitants de réseaux et de service, sous-traitants, pourquoi pas fournisseurs dont les intérêts semblent si divergents qu'on voit mal ce qui les pousseraient à accepter et signer un tel accord novateur. De plus, au cas où un accord serait conclu par certaines de ces fédérations, mais pas par toutes, en l'absence de dispositions spécifiques et *ad hoc* dans le code du travail, aucun arrêté d'extension ne semble envisageable.

Dès lors, seul le législateur peut poser le cadre juridique minimal pouvant servir de base à une négociation à l'échelle du réseau. Il peut le faire en même temps qu'il impose un cadre juridique relatif à l'exercice du droit de grève et à la continuité du service dans les réseaux. Il lui faudra déterminer avec une certaine précision le champ d'application de cette législation ; ce champ d'application sera aussi celui d'application

¹⁷¹⁸ Cf. : Article L.2231-1 du Code du Travail.

d'accords négociés, et donc il identifiera le niveau de la négociation collective spécifique au réseau.

Pour qu'un tel système puisse être opérant, il faut le situer d'emblée dans une logique interprofessionnelle au niveau du réseau. Quand bien même le réseau serait défini dans cette future législation comme regroupant l'ensemble des entreprises qui concourent directement ou indirectement à l'exploitation des infrastructures et des services dans l'un des secteurs étudiés (gaz, électricité, communications électroniques, communications postales, transport ferroviaire et transport aérien), il sera difficile voire impossible d'identifier à l'avance et avec précision les entreprises diverses et variées qui pourront être considérées comme concourant indirectement (via les sous-traitances) à l'exploitation du réseau ou à sa maintenance. La logique interprofessionnelle appliquée au réseau permet de transcender ces difficultés, puisque la négociation aura lieu avec les fédérations syndicales représentatives globalement au niveau national ; cela ne restreindra aucunement les syndicats catégoriels, très présents au sein des personnels des entreprises exploitantes de réseaux, de participer à la négociation.

Afin de rester dans la logique actuelle du droit de la négociation collective, en vue d'une extension par voie réglementaire des accords négociés, la négociation devrait avoir pour cadre institutionnel une commission nationale de la négociation collective de réseau. Cette commission paritaire devant être spécifique à chacun des réseaux concernés. Chacune de ces commissions seraient composées paritairement, par des représentants des fédérations patronales et syndicales présentes dans les entreprises du réseau. Les règles de représentativité prévues à l'article L.2121-1 du Code du travail s'appliqueraient à ce nouveau niveau de négociation. L'accord négocié au sein de cette commission, pourrait donc être étendu par le ministre du travail selon des règles comparables à celles figurant aux articles L.2261-15 du Code du travail.

1102. – Éviter l'étatisation de la négociation de réseau – Cette obligation légale de négociation, accompagnée de la création d'une instance *ad hoc* de négociation collective, doit permettre l'émergence d'une conscience syndicale et patronale du réseau, en tant que lieu d'application spécifique des règles du travail. Cependant, le risque existe que ce niveau de négociation instauré par le fait du Prince, soit phagocyté par lui-même. Quand bien même l'État aurait des intérêts à défendre, il paraît évident qu'il ne doit pas s'ingérer dans ces négociations. En cas d'échec de celles-ci, il reviendra nécessairement sur le devant de la scène par la voie réglementaire. Il est fondamental que le dialogue social qui s'instaurera au niveau du réseau soit réel et non-biaisé par ce troisième acteur qu'est l'État.

C'est à ces conditions qu'un accord collectif de réseau pourra valablement voir le jour et préciser les règles applicables aux entreprises concernées et à leurs personnels.

B.- Le contenu des accords interprofessionnels de réseau négociés

1103. – Partir de l'expérience acquise – C'est parce qu'il nous a semblé indispensable de repenser les contraintes qui doivent peser sur le droit de grève des salariés des entreprises de réseaux en vue du respect de la continuité du service, que nous en sommes venus à penser la négociation collective comme moyen d'y parvenir et le réseau comme étant le niveau idoine de cette négociation. C'est l'expérience menée à la RATP à partir de la deuxième moitié des années 1990 qui a nourri cette réflexion. Conforté par la loi du 21 août 2007 et par la pratique – certes plus timide – qui existe à la SNCF sur le fondement de cette loi, nous sommes enclins à envisager la généralisation de ce procédé « d'alarme sociale », pour l'avenir des relations sociales dans les services d'intérêt général en réseaux.

1104. – De simples accords collectifs de réseau – Nulle ambition de faire advenir par ce biais une convention collective « générale » traitant de tous les aspects du droit du travail dans les services en réseaux. Du moins pas dans l'immédiat, mais la porte devra rester ouverte à une telle convention dans le futur.

Aujourd'hui, ce qui compte pour nous, c'est de parvenir à des accords partiels centrés sur les relations collectives de travail. L'objet d'un tel accord, est de compléter le cadre légal, de façon à mieux adapter les règles d'application aux caractéristiques du réseau. Il s'agira d'abord de compléter le cadre du dialogue social dans les réseaux, notamment en précisant quels seront les négociateurs, leur représentativité dans le respect des règles générales du code du travail, le type d'accords conclus, la périodicité de la négociation obligatoire au sein des entreprises concourant directement ou indirectement au fonctionnement et à l'exploitation du réseau. Puis l'accord de réseau, qui prendra la forme d'un accord-cadre, doit préciser les règles de mise en œuvre d'un dispositif d'alarme sociale, les règles d'exercice du droit de grève, les conditions de la négociation durant le délai de préavis, et les modalités de la continuité du service à travers un dispositif de service minimum ou d'un service garanti. Il ne nous semble pas

utile d'aller au-delà de ce qu'a prévu la loi du 22 août 2007¹⁷¹⁹. En substance, cet accord-cadre de réseau, devra déterminer notamment :

1° Les conditions dans lesquelles une organisation syndicale représentative procède à la notification à l'employeur des motifs pour lesquels elle envisage de déposer un préavis de grève conformément à l'article L.2512-2 du code du travail ; les conditions dans lesquelles ce préavis de grève est répercuté à titre d'information, à l'ensemble des intervenants sur le réseau

2° Le délai dans lequel, à compter de cette notification, l'employeur est tenu de réunir les organisations syndicales représentatives qui ont procédé à la notification. Ce délai ne peut dépasser trois jours ;

3° La durée dont l'employeur et les organisations syndicales représentatives qui ont procédé à la notification disposent pour conduire la négociation préalable. Cette durée ne peut excéder huit jours francs à compter de cette notification ;

4° Les informations qui doivent être transmises par l'employeur aux organisations syndicales représentatives qui ont procédé à la notification en vue de favoriser la réussite du processus de négociation, ainsi que le délai dans lequel ces informations doivent être fournies ;

5° Les conditions dans lesquelles la négociation préalable entre les organisations syndicales représentatives qui ont procédé à la notification et l'employeur se déroule ;

6° Les modalités d'élaboration du relevé de conclusions de la négociation préalable ainsi que les informations qui doivent y figurer ;

7° Les conditions de réunion simultanée de l'instance créée par la loi et chargée de la négociation collective interprofessionnelle de réseau ;

8° Les conditions dans lesquelles les salariés sont informés des motifs du conflit, de la position de l'employeur, de la position des organisations syndicales représentatives qui ont procédé à la notification ainsi que les conditions dans lesquelles ils reçoivent communication du relevé de conclusions de la négociation préalable.

9° Les principes régissant la mise en place d'un service minimum ou d'un service garanti, tenant compte des priorités du service d'intérêt général résultant de

¹⁷¹⁹ 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*, J.O.R.F. n°193 du 22 août 2007, page 13956, texte n° 2.

l'exploitation du réseau. Dans ce cadre il devra formaliser la vérification qu'aura à faire le donneur d'ordre en cas de sous-traitance, voire pour certains contrats de fournitures considérées comme vitales pour l'exploitation.

10° Enfin, cet accord-cadre de réseau devra renvoyer à la négociation d'entreprise pour l'ensemble des acteurs concernés, qu'il soit de premier ou de second rang dans l'exploitation et la maintenance du réseau.

1105. – L'articulation avec le niveau de l'entreprise – En pratique, la difficulté viendra des règles d'organisation du service minimum ou garanti, y compris chez les sous-traitants et certains fournisseurs. C'est bien au niveau de l'entreprise que ces règles devront être posées ; l'accord-cadre ne faisant que poser des principes généraux d'une négociation d'entreprise rendue obligatoire sur ce point par la loi. L'accord de réseau doit non seulement réaffirmer cette obligation légale, mais surtout définir des plans généraux de sauvegarde de la continuité de l'exploitation et de la maintenance du réseau. Ce sont les partenaires sociaux qui doivent prendre la responsabilité, éventuellement en application de prescriptions réglementaires des pouvoirs publics ou des autorités organisatrices des services d'intérêt général en réseau, de préciser les services, les sous-traitances et les fournitures qui doivent être l'objet de ces plans de sauvegarde de la continuité. Il devra aussi, comme nous l'avons précisé, obliger les contrats de sous-traitance à assurer le respect de ces plans de sauvegarde de la continuité.

1106. – Penser les sanctions – La loi devra envisager précisément la sanction du non-respect de ces obligations légales et conventionnelles. Le respect de celles-ci doit pouvoir être vérifié, et l'entreprise qui ne remplit pas correctement ses obligations doit pouvoir être sanctionnée, en cas de de discontinuité fautive du service. Cette responsabilité peut avoir deux faces. Une responsabilité pénale qui pourrait être mise en jeu à l'occasion d'un litige entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants, ou entre des usagers-clients lésés et les entreprises suspectées de ne pas avoir respecté leurs obligations. Mais à partir du moment où on est dans le champ pénal, le ministère public aura aussi l'opportunité des poursuites en dehors d'un litige soulevé par une partie. Cette responsabilité peut aussi être contractuelle, à l'égard des autorités organisatrices. Dans ce cas, celles-ci doivent pouvoir faire appliquer des pénalités conventionnelles pour non-respect des obligations de continuité définies dans la convention la liant à l'exploitant du service, mais aussi pour non-respect des obligations conventionnelles mises par l'accord-cadre de réseau et la loi à la charge de l'exploitant du réseau. Enfin, en ce qui

concerne les autres acteurs, sous-traitants et fournisseurs qui ne respectent pas leurs engagements de continuité à l'égard du donneur d'ordre, celui-ci pourra réclamer l'application des pénalités contractuellement prévues en ce cas.

1107. – Une régulation sociale sectorielle ? – En outre, on peut imaginer un contrôle général du respect des obligations de continuité pesant sur les différents acteurs intervenant sur le réseau, à la charge d'une autorité sectorielle de régulation. On aborde ici une autre question, qui dépasse l'objet de cette étude, mais qui néanmoins mérite d'être posée. Comme nous l'avons précisé dans l'introduction générale de cet ouvrage¹⁷²⁰, les autorités de régulation ont été créées pour accompagner la libéralisation des services en réseaux. Or, au fur et à mesure que la libéralisation de ces secteurs progresse, la pérennité de ces autorités est parfois discutée. Certains pensent que l'autorité de la concurrence pourrait suffire à remplir le rôle de surveillance des marchés totalement libéralisés. Mais à notre avis, la régulation doit être pensée à l'aune des obligations spécifiques liées à l'intérêt général pris en charge par les services en réseaux. Or, si le caractère hybride de ces services à mi-chemin entre le marché et l'intérêt général devait se confirmer, la régulation devrait aussi concerner la bonne prise en charge de l'intérêt général dans un contexte de marché. La continuité du service étant une spécificité liée à l'intérêt général, le respect des prescriptions légales, réglementaires et conventionnelles propres à la sauvegarder devrait être un objet de contrôle de la part de l'autorité de régulation sectorielle. C'est pourquoi, nous pensons, que la redéfinition d'un cadre juridique relatif au respect du principe de continuité pourrait être l'occasion de redéfinir le rôle des autorités de régulation, dont le champ d'intervention pourrait donc être élargi par rapport au simple respect des règles de concurrence. D'ailleurs ses règles de concurrence pourraient aller au-delà des règles d'accès au marché. La concurrence n'existe que dans un contexte juridique stable et identique, ou en tout cas loyal. Nous savons bien que le « dumping social » existe, et qu'il fausse la concurrence. Dès lors, ces autorités de régulation devraient pouvoir aussi apprécier la loyauté des réglementations sociales (réglementations du travail notamment) au regard de la mise en concurrence des entreprises de réseaux dans un secteur donné. Puisque la réglementation de la grève, élément de respect du principe de continuité est une de ces règles du travail, le fait que l'autorité de régulation puisse en vérifier le respect nous paraît à cet égard également justifié. Le débat méritera, à notre sens, d'être posé à l'avenir.

¹⁷²⁰ Cf. : *Supra*, Introduction générale.

1108. – Le prélude à de nouveaux statuts collectifs dans les grands services en réseaux – Or, puisqu'il s'agit de négocier des accords-cadres dans les réseaux ayant notamment pour effet de contraindre le droit de grève, et précisément à l'égard de travailleurs se sentant éloignés parfois de la prise en charge de l'intérêt général, il nous paraît d'autant plus légitime de se poser la question du contrôle de l'application des réglementations en cause. Car si nous n'avons parlé jusqu'à maintenant que du seul cas où l'entreprise ne respecte pas ses obligations, est aussi en cause le cas où les droits fondamentaux, notamment le droit de grève, des salariés seraient abusivement contraints par l'employeur ou par le donneur d'ordres dans le cas de sous-traitance ou de marché de fourniture. Cela justifie aussi le contrôle du respect des règles par une autorité indépendante. Enfin, cela justifie aussi selon nous que les accords négociés puissent peu à peu développer des compensations pour les salariés soumis aux sujétions de la continuité du service d'intérêt général. Ce pourrait être le prélude à des accords plus généraux, prévoyant à la fois les sujétions et les compensations. Sorte de compromis social, à l'image de ce que furent initialement les statuts du personnel dans les réseaux de service public. Nous savons que cette idée ne fut en réalité que peu respectée par les statuts réglementaires au moment de la Libération. Peut-être est-il venu le temps des statuts non plus réglementaires mais conventionnels, répondant à cette philosophie des sujétions compensées. Sans doute serait-ce un moyen de permettre une meilleure acceptation d'un processus de réinvention du service de l'intérêt général dans un contexte de marché propice au développement des contraintes pesant sur les salariés et au rétrécissement des compensations ou avantages sociaux. Ces nouveaux « statuts » sont peut-être le prix à payer à l'instauration d'une continuité mieux respectée dans les services en réseaux et à la restauration d'une fierté des agents d'être au service de l'intérêt général.

1109. – Propos conclusif du Chapitre 20 – Il y a près de soixante-dix ans, les grands réseaux d'intérêt général étaient le lieu d'innovations sociales, matérialisées entre autre par le statut collectif réglementaire. L'intérêt général commandait de ne pas « banaliser » les relations de travail sur les réseaux. Il devrait en être de même aujourd'hui. Or, nous avons constaté l'inverse ; le mouvement de libéralisation des services en réseaux s'accompagnant inexorablement d'un abandon des particularismes statutaires en vue d'une application pure et simple du droit commun. Les quelques rares cas où le statut est préservé, ressemble davantage à un sursis qu'à une pérennisation de l'outil. Pourtant, une vision exigeante de la concurrence devrait militer pour

l'élaboration d'un statut unique applicable à l'ensemble d'un réseau donné. Ce qui réduirait la variable sociale dans la compétition des opérateurs et assurerait une bien meilleure prise en compte des impératifs d'intérêt général dans la relation de travail.

Pour parvenir à la mise en place d'un tel statut de réseau, permettant de prendre en compte le principe de continuité du service d'intérêt général, la solution la plus appropriée est de faire émerger un niveau de négociation collective spécifique. Après tout, les autres niveaux sont bien apparus lorsqu'ils devenaient pertinents dans la fixation des règles collectives de travail. Puisque ni la branche, ni le niveau interprofessionnel ne peuvent tenir compte de la dimension de réseau, faire apparaître un niveau spécifique, uniquement dans le cas des grands services en réseaux, est parfaitement justifié. Plutôt que ce niveau émerge difficilement par la seule volonté des partenaires sociaux, il paraît beaucoup pertinent et rapide que ce soit le législateur qui impulse le mouvement, crée légalement ce niveau de négociation et les institutions idoines. La suite appartiendra aux partenaires sociaux de chaque réseau.

Conclusion du Sous-titre 9.-

1110. – Renouveler l'idée de statut est indispensable dans la perspective d'imposer efficacement les sujétions de continuité aux agents des grands services en réseaux. Mais ces nouveaux statuts n'auraient plus grand-chose à voir avec les anciens statuts, dont certains subsistent pourtant encore comme nous le savons. Or, il est nécessaire de se détacher complètement de ces anciens statuts. À long terme, la perspective de ces statuts doit être européenne ; il ne s'agit donc pas de reprendre une idée ancienne qui ne correspondrait peu ou prou qu'à la tradition juridique française. Il faut renouveler intégralement l'idée de statut du personnel. Nous avons montré que ce renouveau était possible. Il faut pour cela créer les conditions de son émergence en mettant en place un niveau *ad hoc* de négociation articulé avec le niveau de l'entreprise. La pratique d'une négociation d'abord limitée à certains objets permettra de créer une dynamique pour aborder ensuite des sujets plus larges qui seront les embryons de nouveaux statuts. Ceux-ci, de nature conventionnelle, n'auraient plus grand-chose à voir avec les anciens statuts réglementaires. Ils permettront de sécuriser les relations de travail dans les réseaux, y compris pour les personnels sous-traitants.

Le Sous-Titre 9 nous a donné les derniers éléments nécessaires pour penser cette refondation. Aujourd'hui, plus que jamais, il apparaît que pour les grands services en réseaux, l'idée même de statut du personnel est pertinente.

Titre 4.- Conclusion

1111. – Parti à la recherche des qualités requises d'un nouveau statut des personnels dans chacun des services d'intérêt général en réseaux centré sur la continuité du service, nous avons repéré trois principes essentiels, dont deux qui doivent être immédiatement opérationnels. Premièrement, ce statut doit être initié par la loi et co-construit ensuite par les partenaires sociaux. Deuxièmement, il doit tenir compte de la dimension du réseau. C'est la raison pour laquelle, le réseau doit être élevé par la loi au rang de niveau de négociation collective spécifique dans les secteurs étudiés. Quant à la dimension européenne de ces statuts, il faut pouvoir intégrer cette idée, même si aujourd'hui elle ne peut pas être pleinement efficiente. Sans doute est-ce aux partenaires sociaux européens de s'en emparer dans le but d'initier un mouvement qui pourrait ensuite être accompagné par les organes politiques de l'Union européenne.

1112. – Mais, cette idée d'eupéanisation des statuts des personnels des services d'intérêt général en réseaux mériterait d'être rapidement mise sur les fonts baptismaux. L'Europe ne peut plus vouloir toujours plus d'ouverture des réseaux nationaux, toujours plus d'intégration dans le marché unique, toujours plus de concurrence et reléguer les questions sociales c'est-à-dire statutaires à la sphère nationale. Cette incohérence manifeste qui préside aujourd'hui à l'ouverture des services d'intérêt général en réseaux, faisant disparaître le service public (ou ce qui en tient lieu dans d'autre pays), pour y laisser la place au seul marché, participe du désenchantement de la construction européenne. Elle entretient la défiance des citoyens européens envers une Europe qui ne tient plus compte de leurs aspirations profondes, défiance qui se manifeste de plus en plus lors des scrutins européens voire nationaux.

1113. – Dans l'immédiat, constater que le droit permet, sans faire de grands efforts, de parvenir à un embryon de statut du personnel centré sur l'idée de préservation de la continuité du service, devrait libérer les consciences et les volontés politiques de quelques horizons qu'elles viennent, pour avancer dans le sens d'une meilleure prise en compte des aspects sociaux de la libéralisation des services d'intérêt général. Alors, dans les services en réseaux, « servir l'intérêt général »¹⁷²¹, pourrait retrouver une signification et donner un sens aux agents qui interviennent dans ces réseaux.

¹⁷²¹ BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2000, coll. *Les voies du droit*, 290 pp.

Partie 2.- Conclusion

1114. – Pour refonder la continuité du service en réseau, nous avons démontré qu'il fallait d'une part faire émerger un principe juridique de continuité rattaché directement à la notion de service d'intérêt général, puis, d'autre part, sur cette base, repenser un statut du personnel applicable dans les grands services en réseaux. Mais l'histoire ne se répète pas. S'il existe des points communs entre l'ordre ancien et un nouvel ordre statutaire, s'il existe des racines communes, notamment l'intérêt général et la continuité consubstantielle à lui, les notions juridiques qui les véhiculent tant dans leur forme que leur nature, sont renouvelées. Notre thèse n'aboutit donc pas à proposer de faire du neuf avec de l'ancien, mais bel et bien à construire du neuf. Envisager cette refondation, c'est réaliser une prospective des évolutions possibles à venir du droit. Aujourd'hui, cette continuité des services d'intérêt général est virtuelle. Tous les éléments existent pour parvenir à sa naissance juridique. Il manque uniquement un peu d'audace de la part de ceux qui font le droit, qu'ils soient juge, législateur ou autorité réglementaire, voire des partenaires sociaux.

Conclusion générale

1115. – Servir l'intérêt général a toujours justifié l'existence de régimes juridiques spécifiques de travail. Aujourd'hui encore, malgré la libéralisation des grands services en réseaux et le mouvement de banalisation des relations de travail amorcé en leur sein, cette justification n'a pas disparue et ne demande qu'à permettre l'émergence de nouvelles formes de relations collectives de travail adaptés à ces particularités.

1116. – Mais, affirmer que l'intérêt général est toujours présent dans les services en réseaux au point de justifier l'application d'un principe juridique de continuité du service et favorisant par-là l'émergence de nouvelles formes statutaires, a nécessité d'abandonner certaines notions juridiques au profit de notions nouvelles en construction. Pour cela notre démonstration forgée autour d'un « double-cœur », nous a conduit à faire évoluer l'analyse juridique de la prise en charge de l'intérêt général dans les grands services en réseaux et à imaginer de nouveaux vecteurs des sujétions applicables aux personnels en réseaux.

1117. – En premier lieu, il a fallu interroger la notion de service public pour en cerner les contours dans un contexte juridique qui n'avait manifestement plus rien à voir avec celui ayant permis son émergence il y a près d'un siècle et demie. Malgré un certain tâtonnement palpable du droit européen sur l'emploi de cette notion, son utilisation contemporaine par le droit français à la manière du passé, aboutit en réalité à réduire considérablement le champ de la prise en charge de l'intérêt général dans les grands services en réseaux. Pourtant, les notions de service d'intérêt général et de service d'intérêt économique général de plus en plus utilisées et présentes dans le droit de l'Union européenne, pourraient être les notions fondamentales d'une prise en charge renouvelée de l'intérêt général dans les grands services en réseaux.

1118. – En second lieu, il devenait possible d'envisager des perspectives nouvelles quant aux effets juridiques induits par cette nouvelle forme de reconnaissance de l'intérêt général, notamment en ce qui concerne la continuité du service en réseau. Ce principe véritable corollaire d'un intérêt général reconnu par la puissance publique, justifie pleinement l'existence d'un régime spécifique applicable au personnel des grands services en réseaux, à commencer par les conditions d'exercice du droit de grève, mais pouvant aller bien au-delà. Or ce sont des conséquences bienvenues, au regard de la

mise en échec des modalités actuelles d'exercice du droit de grève dont l'application repose sur la notion de service public.

1119. – Ainsi la thèse justifie-t-elle pleinement son titre « La continuité du service d'intérêt général » et son sous-titre « Essai sur la pertinence d'un nouveau statutaire dans les grands services en réseaux ». En effet, travailler dans les grands services en réseaux, c'est toujours servir l'intérêt général ; le principe de continuité s'applique encore à cette relation de travail, mais compte tenu des imperfections d'un système juridique ancien, il faut penser de nouvelles modalités juridiques à cette relation de travail spécifique pour qu'elle puisse tenir compte des enjeux de cette continuité du service.

1120. – Ce nouveau statutaire auquel aboutit l'étude, pose néanmoins un certain nombre de questions qui ne sont pas toutes résolues. Car au fond, le but de l'étude était de montrer la « pertinence » de cette idée de nouveau statutaire. Celui-ci a donc été abordé par l'ensemble des causes qui sont en mesure de le justifier, et moins par son contenu et son ancrage juridique et institutionnel. Ces derniers aspects, ont plutôt été esquissés. Nous avons ainsi entamé une réflexion, mais sans prétendre la clore, sur la création d'un nouveau niveau de négociation collective. Nul doute qu'une fois le principe posé, ce sont beaucoup de questions techniques que poserait cette création auxquelles il faudrait répondre. Ceci n'entrait pas dans les limites que nous nous étions fixées à notre travail, qui devait se concentrer sur la continuité et les modalités de sa prise en compte dans le régime juridique applicable au personnel des grands services en réseaux. Et c'est dans la nature d'un tel travail de recherche que d'inviter à des prolongements doctrinaux permettant de compléter la construction juridique projetée, sachant que la présente thèse est aussi le prolongement de réflexions menées par nos prédécesseurs.

1121. – C'est la raison pour laquelle, pour clore la recherche, nous insistons sur deux points essentiels : d'une part le nouveau statutaire que l'on évoque ici repose sur un débat ancien (I.-), et d'autre part, il suppose l'émergence de nouveaux débats (II.-).

I.- Le nouveau statutaire repose sur un débat ancien

1122. – Dès le début des années 1990, Jacky Chorin, Christian Garbar et Nicole Maggi-Germain mettaient en évidence la fin de l'ordre statutaire tel qu'il avait fonctionné

depuis la Libération. Ils insistaient cependant sur la nécessité de réfléchir à la particularité du service de l'intérêt général. Face à la banalisation des relations de travail dans le secteur public, Christian Garbar notait que le choix était « *soit accepter la banalisation des relations du travail dans les entreprises publiques [...], c'est-à-dire, à peu de choses près, l'alignement sur le droit du travail et les méthodes du secteur privé, suscité par la logique libérale des traités ; soit la refuser [...] au nom de l'intérêt général et de la cohésion économique et sociale, eux aussi principes directeurs du droit communautaire, ce dont on n'a encore guère tiré de conséquences. La première voie reflète la pensée dominante et apparaît inéluctable ; la seconde qui oblige à un effort de reformulation des concepts de base et de reconstruction des relations du travail sur ces fondements revus et corrigés vient à peine d'émerger : mais c'est probablement la voie la plus réaliste et la plus progressiste, et donc la solution d'avenir.* »¹⁷²² Notre thèse s'inscrit pleinement dans cette seconde voie. Toutefois, le problème se pose aujourd'hui en des termes quelque peu différents, dans la mesure où le secteur public a fondu comme neige au soleil et les statuts ont disparu ou ont été profondément modifiés dans leur nature. Mais le problème de fond reste le même : servir l'intérêt général peut-il s'envisager avec une application pure et simple du droit du travail ? et à l'inverse, servir l'intérêt général ne doit-il s'envisager qu'avec l'application des procédés de droit public ? Or, ni l'une, ni l'autre de ces voies n'est envisagée par notre thèse. Si elle fait une large place aux procédés du droit commun du travail, elle constate néanmoins la nécessité de les adapter aux particularités de l'intérêt général, mais sans pour autant être du ressort exclusif du droit public.

C'est bien une troisième voie qui est explorée, dans la droite ligne de ce que suggérait Christian Garbar en conclusion de l'ouvrage collectif *Servir l'intérêt général* : « *la théorie de la troisième dimension, qui refuse l'alternative simpliste entre l'État et le marché, fruit d'une interprétation très économiste des traités européens, reste en effet un modèle pertinent de reconstruction des « métiers de service public », ou des services centrés sur l'intérêt général.* »¹⁷²³ Du fait de la présence éminente de l'intérêt général, les grands services en réseaux constituent selon nous ce tiers secteur, dans la continuité de ce que furent d'ailleurs les grands services publics en réseaux gérés par des entreprises publiques à statut qui constituaient une forme de tiers secteur. Si ce tiers secteur s'appuyait principalement sur des procédés de droit public pour diffuser l'intérêt général dans les relations de travail, il s'appuie principalement aujourd'hui sur des

¹⁷²² GARBAR (Christian), Thèse, *op. cit.*, p. 537.

¹⁷²³ GARBAR (Christian), « Conclusion », in BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2000, coll. *Les voies du droit*, pp. 275-276.

procédés de droit privé. Mais il demeure fondamentalement un hybride « *empruntant indifféremment au droit public et au droit privé* »¹⁷²⁴. Cette hybridité pourrait être renforcée en fonction de la capacité de notre droit public à intégrer une autre modalité de prise en charge l'intérêt général, au-delà du service public.

Ce débat, est lui aussi ancien. Nous l'avons largement retracé dans la première partie de notre thèse. Il nous a semblé au cours de notre recherche que ce débat, tel qu'il se déroulait risquait de nous piéger dans une forme de technicité indépassable. Or, comme l'écrit le professeur Jacques Caillosse, « *Ce dont la doctrine semble ne pas vouloir se déprendre, c'est de son choix préférentiel d'une lecture technicienne du droit qui aboutit à une forme, revendiquée, de clôture du discours juridique sur lui-même* »¹⁷²⁵. Notre attachement viscéral à la liberté, nous pressait de sortir de la clôture entourant ce ring où s'affrontent depuis plus de vingt ans, le service public et le service d'intérêt général, pour tenter de proposer d'autres pistes de compréhension du présent. Poser la question du rôle de la notion d'obligation de service public, c'était faire écho à toute la doctrine produite depuis les arrêts *Paul Corbeau*¹⁷²⁶ et *Commune d'Almelo*¹⁷²⁷ de la Cour de Justice de l'Union européenne, tout en proposant une lecture nouvelle de cette notion et de son impact concret sur l'appréhension du service public et donc de l'intérêt général en droit français. Nous avons été heureux de rencontrer en chemin la thèse de Monsieur Salim Ziani¹⁷²⁸ spécifiquement consacrée à cette notion et qui rejoint sur des points essentiels notre conviction. De même, nous avons abordé frontalement la question de la consistance de la notion de service d'intérêt général et des notions qu'elle englobe, notamment celle de service d'intérêt économique général. Nous mesurons bien que notre entreprise est risquée, mais notre conviction est que face aux enjeux du temps présent, si les réponses du passé ne peuvent rien, alors il faut inventer d'autres réponses. Le professeur Jean Boulouis remarquait que « *S'interroger sur l'intérêt général est pour le juriste de droit administratif une démarche aussi naturelle que nécessaire. Instruit de ce que cet intérêt fonde et informe cette discipline, qu'il en justifie l'existence,*

¹⁷²⁴ CAILLOSSE (Jacques), « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *A.J.D.A.* 2005, p. 1783.

¹⁷²⁵ CAILLOSSE (Jacques), « Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français – Bref essai de mise en perspective », *A.J.D.A.* 2010, p. 932.

¹⁷²⁶ CJCE, 19 mai 1993, Aff. n° C-320/91, *Paul Corbeau*, *A.J.D.A.* 1993, p. 865, note Francis HAMON ; *Europe* 1994, n°7, p. 1, note Robert KOVAR ; *J.C.P. éd. G.* 22 septembre 1993, n°38, p. 373, chron. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE ; *Juris-PTT* n° 33, 1993, p. 22, note Françoise MALBO ; *Juris-PTT* 1994, n°36, p. 17, note Christian COURTOIS.

¹⁷²⁷ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. n° 393/92, *Rec.* 1994, p. I-1477 ; *A.J.D.A.* 1994, p. 637, note HAMON ; *C.J.E.G.* 1994, p. 623, concl. DARMON, p. 643, note Alain FIQUET ; *D.* 1995, p. 20, note Jacqueline DUTHEIL de la ROCHÈRE.

¹⁷²⁸ ZIANI (Salim), *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Gabriel Eckert (Université de Strasbourg), Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.285, 445 pp (à paraître).

en détermine l'originalité et en mesure le champ d'application, qui n'éprouverait le besoin d'aller, un jour ou l'autre, y regarder de plus près, ne fût-ce que pour s'assurer qu'il en est bien ainsi ? »¹⁷²⁹. Y regarder de plus près, telle fut au fond notre démarche. Nul doute que ces débats anciens sur la prise en charge de l'intérêt général par le droit de l'Union européenne ont un bel avenir.

De ces débats doctrinaux, le tiers secteur que nous évoquions à l'instant pourrait éventuellement en sortir renforcé. En effet, s'il semble emprunter aujourd'hui davantage aux techniques de droit privé que de droit public en ce qui concerne les relations collectives de travail, l'intérêt général peut demeurer omniprésent, ce qui renforcera le caractère hybride du régime juridique applicable à ce tiers secteur. Et en tout état de cause, nous ne pensons pas que cela se fera au moyen de la classique notion de service public. Un tel renversement de paradigme, s'il est le fruit de réflexions menées dans le cadre de débats anciens, appelle aussi de nouveaux débats.

II.- Le renouveau statutaire suppose de nouveaux débats

1123. – Pour qu'un nouveau statut du personnel, négocié et adapté au réseau, puisse à terme développer pleinement ses potentialités de véritable régime juridique des relations collectives de travail du personnel des services en réseaux, il convient de réfléchir en sus de nos réflexions déjà présentées dans cette thèse, à d'autres problématiques qui pourraient se poser.

1124. – En effet, nous avons principalement abordé le renouveau statutaire à partir de son noyau dur que représentent les dispositions relatives à l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux. Mais nous avons évoqué le fait qu'il pourrait s'étendre à d'autres aspects de la relation collective de travail, puisqu'il permet un subtil équilibre entre des sujétions imposées par des nécessités d'intérêt général et des compensations qui permettent de sécuriser le personnel et partant de l'attirer et le fidéliser. Ce renouveau statutaire n'aura pas la forme d'un acte réglementaire, puisqu'il prendra la forme d'une convention collective, ayant toutefois une dimension *ad hoc*, à savoir celle du réseau et s'appliquera à l'ensemble des personnels des opérateurs des réseaux, des opérateurs des services rendus à partir de ces réseaux et des personnels des entreprises sous-traitantes intervenant sur ces réseaux ou dans l'exploitation desdits

¹⁷²⁹ BOULOUIS, « Préface », in Didier TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 15.

services. Ce statut sera par ailleurs fondé sur un dispositif législatif et réglementaire qui en déterminera le cadre général et les règles d'application. Enfin, ce statut n'exclura pas l'intervention unilatérale de l'employeur, pour prendre des actes d'applications du statut pour organiser par exemple des astreintes ou pour requérir du personnel lors de grève. Autrement dit, l'application d'un tel statut conventionnel dans les réseaux sera nécessairement plurielle et donc complexe. Le risque contentieux doit par conséquent être pris au sérieux. Raison pour laquelle, il faudrait prolonger la réflexion sur deux points essentiels à la limitation de ce risque et au traitement de celui-ci : l'extension des compétences des régulateurs sectoriels et le renouvellement du contentieux de l'intérêt général.

1125. – Aujourd'hui la régulation sectorielle mise en place dans les secteurs de réseaux a eu pour mission principale d'accompagner l'ouverture à la concurrence de ces secteurs, de permettre l'entrée de nouveaux entrants sur les marchés en vérifiant la bonne application des règles de concurrence. À terme, les régulateurs sectoriels seraient voués à laisser place à un régulateur unique chargé d'une mission de contrôle de l'application des règles de concurrence, c'est en tout cas la pensée dominante dans les milieux libéraux. Certaines voix se sont toutefois prononcées pour un maintien des régulations sectorielles, y compris dans les marchés arrivés à maturité, et militant même parfois pour une extension du rôle des régulateurs pour aller au-delà du simple rôle économique qui leur ont été assignés. Nous sommes de ceux-là, convaincus que dans les grands services en réseaux plus que dans tout autre secteur, la main invisible du marché ne pourra pas tout. Si la régulation a pu prendre « *de court l'entendement des juristes* »¹⁷³⁰, comme le pensait le professeur Jean-Louis Autin, elle a fini par acquérir ses lettres de noblesse dans le paysage institutionnel, dans la mesure où elle apparaît comme « *une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit* »¹⁷³¹.

Autrement dit, la régulation sera toujours nécessaire pour s'assurer notamment d'une bonne prise en charge de l'intérêt général. Or, si l'intérêt général peut aussi se rencontrer dans la mise en concurrence, il se retrouve aussi dans la mise en place d'un cadre social harmonisé, et particulièrement dans l'existence de règles spécifiques permettant le respect du principe de continuité de fonctionnement des services, mais ce pourrait être aussi toute autre règle permettant le respect du principe d'égalité. Qu'une

¹⁷³⁰ AUTIN (Jean-Louis), « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Rev. Adm.*, 1988, p. 338.

¹⁷³¹ BOY (Laurence), « Réflexion sur le "droit de la régulation" », *D.* 2001, p. 3031.

autorité publique indépendante sectorielle soit chargée de vérifier les conditions de mise en œuvre de cet intérêt général polymorphe, nous paraît être un gage de bon fonctionnement du réseau. Parmi ses missions, pourrait être envisagé la surveillance de la bonne application des règles sociales dans les secteurs en réseaux. Elles pourraient faire des recommandations soit aux acteurs du secteur, soit aux pouvoirs publics, en vue d'améliorer l'application des normes sociales. L'autorité pourrait aussi vérifier que les dispositifs conventionnels relatifs à l'exercice du droit de grève dans les services en réseaux. Cela serait particulièrement utile en ce qui concerne les futurs accords d'entreprises, visant à assurer la continuité du service. Au fond, cette autorité remplacerait le rôle aujourd'hui dévolu au représentant de l'État par la loi du 21 août 2007. Celui-ci conserverait son rôle d'autorité de réquisition en dernier recours. En cela cette autorité, aurait l'avantage de « dépolitiser » ces questions, qui demeurent sensibles. Pour le professeur Gérard Timsit, « *penser la régulation suppose que l'on se détache des vieux schémas – des schémas de la pensée monologiques et statocentrique de la loi, dont l'emprise, presque inconsciente, interdit d'imaginer même d'autres formes de la normativité que celle de la loi-réglementation, générale et obligatoire* »¹⁷³². Dans notre conception des choses, si la loi a bien une place de cadre général en vue de sauvegarder l'intérêt général, il n'en reste pas moins vrai que d'autres normes, notamment d'essences contractuelles peuvent aussi fixer des limites, des droits et des obligations relatives à l'intérêt général. Le rôle d'un régulateur dont le Messieurs François Gazier et Yves Cannac pensaient avec une certaine justesse de vue qu'il consiste « *à assurer entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi* »¹⁷³³, serait de vérifier que ces normes alternatives à la loi et à la réglementation respectent bien l'équilibre souhaité par la loi. Il permettrait aussi de s'assurer que chaque opérateur de réseau respecte bien ce cadre juridique. Cette fonction régulatrice rejoindrait celle pour l'instant principale de régulateur économique intervenant sur un marché donné. Puisque « *le sens du concept de "régulation" demeure incertain en droit* »¹⁷³⁴, pourquoi là aussi devrait-il être cantonné à ce à quoi il sert déjà, à savoir la régulation économique ? Lui faire jouer un rôle de régulateur du social semble tout aussi pertinent. En effet, « *Le droit de la régulation permet de construire les secteurs qui sont ainsi en équilibre sur de la concurrence et autre chose que de la concurrence* »¹⁷³⁵, cet

¹⁷³² TIMSIT (Gérard), « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *R.F.A.P.* n° 78, avril-juin 1996, p. 383

¹⁷³³ GAZIER (François) et CANNAC (Yves), « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.* n°35, 1983-1984, Paris, La documentation française, p. 20.

¹⁷³⁴ FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126.

¹⁷³⁵ FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 611.

autre chose peut être l'intérêt général, mais aussi la cohésion sociale au sens large, y compris la protection sociale et au travail des salariés.

1126. – Notre thèse nous amène sur les rivages d'un tiers secteur, privatisé et concurrentiel mais chargé de l'intérêt général. Et le régime juridique des personnels que nous sommes amenés à envisager, est lui-même justifié par la sauvegarde de cet intérêt général. Des actes de différentes natures, conventionnel ou unilatéral au sein des entreprises constitueront ce régime juridique. Or, en cas de contentieux relatifs à ces différents actes, le contentieux devrait être judiciaire. La présence de l'intérêt général ne devrait pas modifier la donne. À moins de reconnaître l'existence de prérogatives de puissance publique, pour revenir à un modèle ancien qui a fait ses preuves. Mais de telles prérogatives n'ont jamais été reconnues aux partenaires sociaux sur la base d'accords collectifs. Enfin, le fait qu'un dirigeant d'entreprise de réseaux prenne des mesures unilatérales, pour assurer la continuité d'un service d'intérêt général, ne nous paraît pas être le signe de la présence d'une prérogative de puissance publique. Quant à une éventuelle intervention d'une autorité publique indépendante dans le processus, elle n'est pas nécessairement la marque d'une administrativité du contentieux. Notons à ce propos que le contentieux des sanctions prises par l'autorité de la concurrence relève de la cour d'appel de Paris.

Cependant, il est vrai que cela revient à confier le contentieux de l'intérêt général au juge judiciaire, alors que traditionnellement, grâce à la notion de « service public », ce contentieux était largement, mais pas forcément exclusivement du ressort de la juridiction administrative. Faut-il redouter cette « judiciarisation » du contentieux de l'intérêt général ? Il ne nous semble pas, même si ce serait un vrai changement de paradigme dans ce type de contentieux. Le juge judiciaire qui est aussi juge pénal, et serviteur de la loi, a le souci de l'intérêt général. Ce qui a contribué au développement considérable du contentieux administratif en France, c'est cette notion de « service public », qui comme nous l'avons déjà souligné a une fonction explicative du droit administratif. Mais ce n'est pas l'intérêt général en tant que tel qui a justifié ce développement. On pourrait avoir la tentation pour se rassurer, de proposer un schéma similaire basé sur la notion de service d'intérêt général. Et nous avons d'ailleurs montré qu'en l'absence de loi, la juridiction n'aurait pas de grand effort à faire pour admettre une réglementation du droit de grève basée sur la notion de continuité du service d'intérêt général en lieu et place de la continuité du service public.

Au fond, cela démontre, s'il en était besoin, que la dualité de juridictions ne repose pas nécessairement sur des bases immuables ; « *à la question du dualisme*

juridictionnel, il n'y a aucune réponse qui s'imposerait sur le terrain du droit, au sens où la logique juridique finirait par nous convaincre qu'elle est la seule issue nécessaire »¹⁷³⁶. Si bien que sa remise en cause, peut aussi constituer un aiguillon pour penser le dépassement de certains clivages au sein du système juridique français. Ce n'est évidemment pas la prétention de cette thèse de vouloir solutionner cette question, du moins, aura-t-elle soulignée une fois de plus son existence. Ce questionnement doit aussi nous permettre de repenser le fondement de la compétence du juge administratif, à l'aune d'un certain effacement de la notion de service public dans les grands services en réseaux.

1127. – Le Conseil d'État notait en conclusion de son rapport annuel 1998 consacré à l'intérêt général, « *L'intérêt général se situe, depuis plus de deux cents ans, au cœur de la pensée politique et juridique française* »¹⁷³⁷. Nul doute qu'il y restera encore pour longtemps.

¹⁷³⁶ CAILLOSSE (Jacques), « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *A.J.D.A.* 2005, p. 1781.

¹⁷³⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1998*, « L'intérêt général », Paris, La Documentation française, *EDCE*, 1999, n°50, p. 353.

BIBLIOGRAPHIE

I.- Ouvrages.....	805
A.- Ouvrages généraux, manuels et traités	805
1.- Droit administratif général et spécial, Service public	805
2.- Droit du travail, droit social.....	807
3.- Droit européen, Service d'intérêt général	808
B.- Ouvrages divers.....	809
1.- Réseaux.....	809
2.- Autres	809
C.- Dictionnaires	811
II.- Thèses, monographie, mémoires de recherches.....	812
A.- Mémoires	812
B.- Thèses.....	812
1.- Droit public, Droit administratif, Service public	812
2.- Services en réseaux.....	814
3.- Droit de grève, Continuité du service public	814
4.- Relation de travail, Statut personnel	815
III.- Articles de doctrine.....	816
A.- Droit public, Droit administratif, Service public.....	816
B.- Droit des services en réseaux.....	820
1.- Télécommunications.....	820
2.- Service postal	822
3.- Énergies électrique et gazière	823
4.- Transport aérien.....	826
5.- Transport ferroviaire	826
6.- Réseaux Transeuropéens.....	829
C.- Droit social.....	830
1.- Droit de grève	830
2.- Droit de grève dans les services publics	833
3.- Relations collectives de travail	837
4.- Droit social et concurrence	839
D.- Articles divers	839
IV.- Conclusions.....	841
V.- Notes, commentaires de jurisprudence.....	843
VI.- Jurisprudences.....	845
A.- Juridictions européennes	845
1.- CJCE	845
B.- Juridictions administratives françaises.....	847
1.- Conseil d'État.....	847
2.- Cours administratives d'appel	853
3.- Tribunaux administratifs.....	853

C.- Juridictions judiciaires françaises	853
1.- Cour de cassation.....	853
2.- Cours d'appel.....	855
3.- Tribunaux (civils, de grande instance, correctionnels)	856
4.- Conseils des Prud'hommes	856
D.- Autres juridictions	857
1.- Conseil constitutionnel français.....	857
2.- Tribunal des conflits	858
VII – Avis	859
VIII.- Rapports.....	859
A.- Rapports divers.....	859
B.- Rapports du Conseil d'État.....	861
C.- Communications.....	861
IX.- Législation et réglementation.....	862
A.- Lois.....	862
B.- Ordonnances.....	865
C.- Décrets	866
D.- Circulaires.....	869
E.- Arrêtés.....	870
F.- Règlements UE.....	870
G.- Décisions de la Commission européenne.....	871
H.- Directives UE.....	871
I.- Positions communes	872
X.- Conventions collectives / Règles statutaires.....	872
XI.- Documents parlementaires.....	872
A.- Compte-rendu des séances.....	872
B.- Projets de loi.....	873
C.- Propositions de loi.....	874
D.- Propositions de résolutions	875
E.- Résolutions.....	875
F.- Rapports d'information.....	875
G.- Rapports et avis législatifs.....	876

I.- Ouvrages

A.- Ouvrages généraux, manuels et traités

1.- Droit administratif général et spécial, Service public

- ALBERT (Stéphane) et BUISSON (Claudie), *Entreprises publiques – Le rôle de l'Etat actionnaire*, Paris, 2002, La Documentation française, Coll. « Les Études ».
- BERNARD (A.), « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement durant la seconde moitié du XIX siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 195.
- BONNARD (Roger), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 1943.
- BRACONNIER (Stéphane), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^e éd. 2007, Coll. « Thémis droit ».
- BRAIBANT (Guy) et STIRN (Bernard), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, Coll. « Amphi », 6^e éd., 2002.
- CAHEN (G.), *Les fonctionnaires, leur action corporative*, Paris, Armand Colin, 1911.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome I, 15^{ème} édition, 2001, n° 782.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, tome 2, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2002, n° 55.
- CHARDON (Henri), *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin, 1910, p. 205.
- CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, Paris, PUF, Coll. « Dossier Thémis – Série sciences administratives », 1971.
- CHEVALLIER (Jacques), *Le service public*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1997.
- COLSON (Clément), *Cours d'économie politique : professé à l'École nationale des ponts et chaussées*, Livre 1^{er}, Paris, Gauthier-Villars et Alcan, 1907.
- COLSON (Clément), *Traité d'Economie politique*, II, p. 385, cité par Gaston JÈZE, *Cours de droit public*, Paris, Giard, 1924.
- DELION (André-Georges), *L'Etat et les entreprises publiques*, Paris, Sirey, 1958.
- DELION (André-Georges), *Le statut des entreprises publiques*, Paris, 1963, Berger-Levrault.
- DUGUIT (Léon), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État – Conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Félix Alcan, 2^{ème} éd., 1911.
- DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.
- DUGUIT (Léon), *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, MMD, 1999, 206 pp. (réimpression de la deuxième édition de 1920 chez Félix Alcan)
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. de Boccard, 1911, Tome I.
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Tome II, Théorie générale de l'État, Paris, Ed. de Boccard, 3^e éd., 1928.

- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Ed. de Boccard, tome V, 3^{ème} éd., 1928.
- DUPUIS (Georges), GUÉDON (Marie-José) et CHRÉTIEN (Patrice), *Droit administratif*, Paris, Armand Colin, Coll. « U », 8^e édition, 2002.
- DURKHEIM (Émile), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 2013, 8^e éd., Coll. « Quadrige », Introduction de Serge Paugam.
- ESPLUGAS (Pierre), *Le service public*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2012, coll. « Connaissance du droit ».
- FRIER (Pierre-Laurent) et PETIT (Jacques), *Précis de droit administratif*, Paris, 9^e éd. 2014, Monchrestien, Coll. « Domat Droit public ».
- GAÏA (Patrick) et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 17^e éd., 2013, Dalloz, Coll. « Grands Arrêts ».
- GAZIER (François), « Aperçu sur l'œuvre juridictionnelle des commissaires du gouvernement depuis 1900, *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, 1952, Sirey.
- GUGLIELMI (Gilles J.) et KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, 2000, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- GUGLIELMI (Gilles J.) et KOUBI (Geneviève), *Droit du service public*, Paris, 3^{ème} éd., 2011, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- GUGLIELMI (Gilles J.), KOUBI (Geneviève) et Gilles DUMONT, *Droit du service public*, Paris, 2^e éd., 2007, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1900, 4^{ème} éd., Larose.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1919, 9^{ème} éd., Sirey.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1897, 3^{ème} éd., Larose.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public* (Sirey, 1933, 12^{ème} éd.), Paris, 2002, Dalloz, réédition.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif*, Paris, 8^{ème} édition.
- HAURIOU (Maurice), *Principes de droit public*, Paris, 1910, Librairie de la Société du Recueil Sirey et du Journal du Palais.
- JÈZE (Gaston), *Cours de droit public*, Paris, 1924, Giard.
- LACHAUME (Jean-François) et alii, *Droit des services publics*, Paris, 2012, LexisNexis, Coll. « Manuel ».
- LACHAUME (Jean-François) et alii, *Droit administratif, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, 15^e éd. 2010, PUF, Coll. « Thémis ».
- LACHAUME (Jean-François), *Grands services publics*, Paris, 1989, Masson, Coll. « Droit Sciences économiques ».
- LAFERRIÈRE (Julien), *Manuel de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1947, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- LAFFERRIÈRE (Julien) et WALINE (Marcel), *Traité élémentaire de science et de législation financière*, Paris, 1952, LGDJ.

- LE MESTRE (Ronan), *Droit du service public*, Paris, 2005, Gualino, Coll. « Manuels ».
- LEFAS (A.), *L'État et les fonctionnaires*, Paris, 1913, Giard et Brière.
- LINOTTE (Didier) et ROMI (Raphaël), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2001.
- LONG (Marceau) et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 19^e éd. 2013, Dalloz, Coll. « Grands Arrêts ».
- MATHIEU (Bertrand) et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, 2^e éd., 2014, Dalloz, Coll. « Grands Arrêts ».
- MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit des services publics*, Paris, 2^e éd. 1997, PUF. Coll. « Droit fondamental ».
- MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), *Droit public économique*, Paris, 2^e éd. 1996, PUF, Coll. « Droit fondamental ».
- MESTRE (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1989, PUF, Coll. « Droit fondamental ».
- MORAND-DEVILLER (Jacqueline), *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2005, Coll. « Cours de droit ».
- NICINSKI (Sophie), *Droit public des affaires*, Paris, 4^e éd. 2014, Monchrestien, Coll. "Domat".
- ODENT (Raymond), *Contentieux administratif*, Paris, 1970-1971, Presses de Sciences Po.
- PAULIAT (Hélène) (dir.), *L'avenir des missions de service public en Europe*, Limoges, 1998, PULIM.
- ROLLAND (Louis), *Précis de droit administratif*, Paris, 1^e éd., 1926, Dalloz.
- ROUBAN (Luc) (dir.), *Le service public en devenir*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques politiques », 2000, 242 pp.
- SEILLER (Bertrand), *Droit administratif, 2. L'action administrative*, Paris, 2001, Flammarion, Coll. « Champs Université ».
- TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, Paris, PUF, 5^e éd., 2013, Coll. « Thémis droit ».
- VEDEL (Georges), *Droit administratif*, Paris, 1973, PUF, Coll. « Thémis ».

2.- Droit du travail, droit social

- BELORGEY (Gérard), *Le droit de grève et les services publics*, Paris, 1964, Berger-Levrault, Coll. « administration nouvelle ».
- BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian) et SUPIOT (Alain), (dir.), *Servir l'intérêt général*, Paris, 1^{ère} éd., 2000, PUF, Coll. « Les voies du droit ».
- CAMERLYCK (Guillaume-Henri) et SINAY (Hélène), *La Grève*, Paris, 1966, Dalloz.
- DESPAX (Michel), *Négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, 1989, Dalloz.

- MAZEAUD (Antoine), *Droit du travail*, Paris, 4^{ème} éd., 2004, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- PÉLISSIER (Jean), AUZERO (Gilles) et DOCKÈS (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris, 27^e éd., 2013, Dalloz, Coll. « Précis Droit privé ».
- RAY (Jean-Emmanuel), *Droit du travail, droit vivant*, Paris, 23^e éditions, 2014, Editions Liaisons, Coll. « droit vivant ».
- REYNAUD (J.D.), *Le conflit, la négociation et la règle*, Toulouse, 1995, Octares.
- REYNAUD (J.D.), *Les règles du jeu, l'action collective et la régulation sociale*, Paris, 1989, Armand Colin.
- ROUILLEAULT (Henri), *Où va la démocratie sociale ? Diagnostic et propositions*, Paris, 2010, Les Éditions de l'Atelier.

3.- Droit européen, Service d'intérêt général

- BAUBY (Pierre), *L'eupéanisation des services publics*, Préface de Jean-Louis Quermonne, Paris, 2011, Les Presses de Sciences Po, Coll. « La bibliothèque du citoyen ».
- BLUMANN (Claude) et DUBOUIS (Louis), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, 6^e éd., 2012, Montchrestien, Coll. « Domat ».
- BOULOUIS (Jean), CHEVALLIER (Roger-Michel), FASQUELLE (Denis) et BLANQUET (Marc), *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Tome 2, Paris, 5^e éd., 2002, Dalloz.
- CARTELIER (Lysiane), FOURNIER (Jacques) et MONNIER (Lionel) (Dir.), *Critique de la raison communautaire, Utilité publique et concurrence dans l'Union européenne*, Paris, Economica, 1996.
- KOVAR (Robert) et SIMON (Denys) (Dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, t.1 : Introduction et approches sectorielles, Actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Paris, La Documentation française, 1998.
- KOVAR (Robert) et SIMON (Denys) (Dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, t.2 : Approche transversale et conclusions, Actes du colloque de Strasbourg, 17-19 octobre 1996, Paris, La Documentation française, 1998.
- LE DUC (Michel) (dir.), *Services publics de réseau et Europe*, Paris, La Documentation française, Coll. « Notes et Etudes documentaires », n° 5016, 1995.
- LOUIS (Jean-Victor) et RODRIGUES (Stéphane) (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- MALAURIE-VIGNAL (Marie), *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, 2014, Sirey, Coll. « Université ».
- POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine), (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, 1998, Montchrestien.
- STIRN (Bernard) et AGUILA (Yann), *Droit public français et européen*, Paris, 2014, Dalloz, Coll. « Amphi ».

- TEYSSIÉ (Bernard), *Droit européen du travail*, Paris, 2013, LexisNexis/Litec, Coll. « Manuel ».

B.- Ouvrages divers

1.- Réseaux

- ANGELIER (Jean-Pierre), *Économie des industries de réseau*, Paris, PUG, Coll. L'économie en plus, 2007, 123 pp.
- BAKIS (Henry), *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, Paris, PUF, coll. QSJ, 1993, 127 pp.
- CASTELLS (Manuel), *La société en réseaux – t. 1 : L'ère de l'information*, Paris, Fayard, 1998.
- CURIEN (Nicolas), *Economie des réseaux*, Paris, La découverte, Coll. « Repères », 2000, 128 pp.
- DUPUY (G.), *Systèmes, réseaux et territoires. Principes de réseautique territoriale*, Paris, 1985, Presse de l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées.
- GIRAD, MISSIKA et WOLTON (dir.), *Les réseaux pensants*, Paris, 1978, Masson.
- GRANOVETTER (Mark), *Le marché autrement. Les réseaux dans l'économie*, Paris, 2000, Desclée de Brouwer.
- LABASSE (J.), *L'organisation de l'espace*, Paris, 1966, Hermann.
- MUSSO (Pierre), *Critique des réseaux*, Paris, PUF, coll. La politique éclatée, 2003, 374 pp.
- RIFKIN (Jeremy), *L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, Paris, La découverte, 2000, 395 pp.
- ROWE (F.) et VELTZ (P.), (dir.), *Entreprises et territoires en réseaux*, Paris, Presse de l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées, 1992.

2.- Autres

- ANDRIEU (Claire), *Le programme commun de la résistance, Des idées dans la guerre*, Paris, Editions de l'Erudit, 1984, p. 173.
- Association pour l'Histoire de l'Electricité en France, *La France des électriciens 1880-1980*, Paris, PUF, 1986.
- BONNET (Baptiste), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso Editions, 2013, 207 pp.
- BORDIER (Edmond) et DEGLAIRE (Simone), *Electricité, service public*, Paris, Berger Levrault, 1963, 171 pp. (plusieurs tomes)
- BRUGIDOU (Mathieu), CIHUELO (Jérôme) et MEYNAUD (Hélène Yvonne) (dir.), *Tempête sur le réseau, L'engagement des électricien(ne)s en 1999*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Questions contemporaines », 2002, 254 pp.

- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome IV, Le statut du pouvoir de l'État, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1969, 693 pp.
- BURDEAU (Georges), *L'État*, Paris, Seuil, 1970, 182 pp.
- BURDEAU (Georges), *Traité de science politique*, tome II, L'État, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1980, 733 pp.
- CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, 2004, PUF, Coll. « Quadrige ».
- CHEVALLIER (Jacques) (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Volume 1, Paris, 1978, PUF.
- CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, Paris, 2003, LGDJ.
- CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, Paris, 3^{ème} éd., 2005, Montchrestien, Coll. « Domat droit privé ».
- COX (Helmut), (dir.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union européenne*, Recherches du Centre International de Recherches et d'Information sur l'Économie Publique Sociale et Coopérative (CIRIEC), Paris, Éd. A. Pédone, 1997.
- CROZIER (Michel), *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, 1987, Fayard.
- DEGLAIRE (Simone) et BORDIER (Edmond), *Electricité Service public*, Paris, 1963, Berger-Levrault, t.2.
- DELFAU (Gérard), *La Poste, un service public en danger*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- DOUMAYROU (Vincent), *La fracture ferroviaire, Pourquoi le TGV ne sauvera pas le chemin de fer*, Paris, Les éditions de l'atelier, 2007, 160 pp.
- DUHAMEL (Alain), *Les peurs françaises*, Paris, Flammarion, 1993, 275 pp. L'auteur consacre le chapitre II de cet essai à « La peur de l'Europe ».
- FOURASTIÉ (Jean), *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979, 300 pp. (Rééd. Paris, Hachette, Coll. « Pluriel », n° 8363).
- FOURNIER (Jacques), *L'économie des besoins, Une nouvelle approche du service public*, Paris, Odile Jacob, 2013.
- GINOCCHIO (R.), *Législation de l'électricité, production, transport, distribution*, Paris, Eyrolles, 1977.
- GRASSART (P.) et RECOURA (C.), *Cheminots en lutte*, Paris, L'Harmattan, 1996.
- GUGLIELMI (Gilles) (dir.), *La faveur et le droit*, Paris, 2009, PUF.
- HOBBS (Thomas), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, Coll. « folio essais », 1027 pp.
- Kelsen (Hans), *Théorie générale des normes*, Traduction par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1996, 544 pp.
- LATOUR (Bruno), *La fabrique du droit, Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, 2004, La découverte.
- LOMBARD (Martine), *L'Etat Schizo*, Paris, 2007, JC Lattès.
- MUTZ (G.), *Le droit de transport international ferroviaire en pleine mutation*, Liber amicorum Jacques Putzeys, Bruxelles, 1996, p. 555.

- OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pp.
- OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, 1989, Bruylant.
- RIFKIN (Jeremy), *L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, Paris, La découverte, 2000, 395 pp.
- SHAKESPEARE (William), *Hamlet*, II, 2
- Sénèque, *Consolations*, (trad. Colette Lazam), Paris, 1992, Éditions Rivages, p. 132.
- SMITH (Adam), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, ch. 2, 1776 ; réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II, spéc. pp. 42-43.
- SOULT (François), *EDF, Chronique d'un désastre inéluctable*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, 282 pp.
- SUPIOT (Alain), *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 178 pp.
- TIMSIT (Gérard), *Archipel de la norme*, Paris, 1997, PUF, Coll. « Les voies du droit ».

C.- Dictionnaires

- ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, PUF/Lamy, Coll. « Quadrige ».
- CABRILLAC (Rémy), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, 2^e éd., 2004, Litec, Coll. « Objectif Droit ».
- CORNU (Gérard), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, 8^e éd. 2007, PUF, Coll. « Quadrige »
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, 1990, PUF.
- LE MESTRE (Ronan), *Termes de droit administratif*, Paris, 2006, Gualino.
- ROUQUETTE (Rémi), *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, 2003, Le Moniteur, Coll. « Guide ».

II.- Thèses, monographie, mémoires de recherches

A.- Mémoires

- ARSAC (Magali), *L'appréhension du service public ferroviaire par le droit communautaire*, mémoire de DEA, Paris, LGDJ, coll. Droit, 1997, 138 pp.
- BÉZIE (Laurent), *Louis Rolland théoricien du service public*, Mémoire de DEA de droit public interne, sous la direction du Pr. Jean-Jacques Bienvenu Université de Paris-II Panthéon Assas, 2003, 92 pp.
- LECAT (Donatien), *La réforme des statuts des personnels navigants d'Air France engagée depuis 1994*, Mémoire pour le diplôme de Maîtrise en droit public, sous la direction du Pr. Bernard GAURIAU, Université d'Angers, 1998, 141 pp.
- LECAT (Donatien), *Transport aérien : bilan et perspective de l'harmonisation des limitations des temps de vol des personnels navigants en Europe*, Mémoire de DEA de droit social, sous la direction du Pr. Patrick Chaumette, Université de Nantes, 212 pp.
- MARY (Anne-Laure), *Le service minimum*, Mémoire de DEA, sous la direction du Pr. Christian Garbar, Université de Nantes, 1997, 180 pp.
- RAIMBAULT (Franck), *Personnel navigant (Transport aérien) et droit social*, Mémoire de DEA de droit social, sous la direction du Pr. Jean-Claude Javillier, Université de Paris-II Panthéon-Assas, 1994, 91 pp.

B.- Thèses

1.- Droit public, Droit administratif, Service public

- BERNARD (Sébastien), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Joël-Pascal Biays (Université Pierre Mendès France - Grenoble II), Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, t. 218, 378 pp.
- BREDIN (Jean-Denis), *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, Paris, 1957, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public ».
- CALANDRI (Laurence), *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, 2008, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.259, 733 pp.
- CLAMOUR (Guylain), *Intérêt général et concurrence – Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Jean-Louis Autin (Université de Paris-II Panthéon-Assas), Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 1044 pp.
- CLUZEL (Lucie), *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Jacques Chevallier (Université Paris-II Panthéon-Assas), Paris, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, 634 pp.
- CORAIL (Jean-Louis, de), *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Thèse de droit, Université de Toulouse, 1954.

- DEAU (Richard), *Les actes administratifs unilatéraux négociés*, Thèse de droit public, sous la direction du Pr. Alain Laquière, Université d'Angers, 2006, 595 pp.
- DOUENCE (Jean-Claude), *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Thèse de droit, Université de Bordeaux, 1965.
- DROMARD (Frédéric-Guillaume), *Recherches sur le concept de démocratie dans le droit constitutionnel français*, Thèse de droit, sous la direction de la Pr. Françoise Dreyfus, Paris-II Assas, 2005, 680 pp.
- GUINARD (Dorian), *Réflexion sur la construction d'une notion juridique : L'exemple de la notion de service d'intérêt général*, Paris, 2012, L'Harmattan, Coll. « Presses Universitaires de Sceaux ».
- JEANNEAU (Benoît), *La nature des principes généraux du droit en droit français*, Études de droit contemporain, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Jean Rivero, Université de Paris, Cujas, 1962, T. XXIII.
- LENOIR (C.), *Les contrats de progrès*, Thèse en sciences politiques, Université de Paris-II Panthéon-Assas, 1974, 284 pp.
- MARTINEZ-JORDA (Valérie), *Service public et droit communautaire : les mutations européennes de la notion française*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Jean-Louis Autin, Université de Montpellier I, 2007, 855 pp.
- PISIER-KOUCHNER (Évelyne), *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Georges Lavau (Université de Paris-II Panthéon-Assas), Paris, LGDJ, 1972, Coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Vol. XV, 314 pp.
- RANGEON (François), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, 1986, *Economica*, 246 pp.
- RIHAL (Hervé), *Le juge administratif et la sécurité de l'emploi*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Laurent Richer, Université d'Angers, 1991, 792 pp.
- RODRIGUES (Stéphane), *La nouvelle régulation des services publics en Europe (énergie, postes, télécommunications et transports)*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Philippe Manin (Université de Paris-I Panthéon-Sorbonne), Londres, Paris, New-York, 2000, Ed. Tec & Doc, 694 pp.
- TRUCHET (Didier), *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1977, p. 201.
- VINCENT-LEGOUX (Marie-Caroline), *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001, coll. « Les grandes thèses du droit français », 558 pp.
- WIENER (Céline), *Recherches sur le pouvoir réglementaire des Ministres*, Paris, 1970, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », Tome XCVIII.
- ZIANI (Salim), *Du service public à l'obligation de service public*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Gabriel Eckert (Université de Strasbourg), Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t.285, 445 pp (à paraître en 2015).

2.- Services en réseaux

- BALEYNAUD (Patrice), *Le régime juridique de la politique électronucléaire en France*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Jean-François Lachaume, Université de Poitiers, 1982, 965 pp.
- BOUTHILLIER (Guy), *La nationalisation du Gaz et d'Electricité de France*, Thèse de sciences politiques, sous la direction du Pr. Bernard Gournay, I.E.P. Paris/Université de Paris Ouest Nanterre La Défense,, 1968, 385 pp.
- CALLEY (Grégoire), *L'exploitation publique des services postaux*, Thèse de droit, Paris, LGDJ, 2002, Bibliothèque de droit public, t. 224, 565 pp.
- LAURENT (Benoît), *Services postaux en 1913*, Thèse de droit, Saint-Etienne, Imprimerie de la Loire, 1913, 585 pp.
- LÉCOU (Sébastien), *Missions de service public et régulation en environnement concurrentiel : application au secteur postal*, Thèse en sciences économiques, sous la direction de la Pr. Anne Perrot, Université de Paris-I Panthéon-Sorbonne, 2007, 305 pp.
- ROUX (Richard) *La libéralisation du secteur ferroviaire par le droit communautaire*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Michel Bazex, Université de Paris-X Nanterre, 2001, 660 pp.
- CALLEY (Grégoire), *L'exploitation publique des services postaux*, Thèse de droit, Paris, LGDJ, 2002, Bibliothèque de droit public, t. 224, 565 pp.
- BIETA (Serge Yvon), *Entreprises publiques de chemins de fer et droit communautaire*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. Marc Debène, Université de Rouen, 1997, 429 pp.
- SOURLIGAS (Georgios), *L'emprise du droit communautaire sur l'ouverture à la concurrence des entreprises de service public : le cas de l'électricité*, Thèse de droit, sous la direction de la Pr. Laurence Boy, Université de Nice-Sophia-Antipolis, 2004, 368 pp.

3.- Droit de grève, Continuité du service public

- ANDRÉ (Jean-Marc), *La notion de continuité en droit public*, Thèse de droit, Université de Lyon-III, 1997, 550 pp.
- BOLLÉ (Jean-Michel), *Le principe de continuité des services publics*, Thèse, Paris II, 1975, p. 276.
- BOUÈRE (J.-P.), *Le droit de grève*, Thèse de droit, Université d'Alger, éd. Ferraris, 1957.
- CHARMETANT (P.), *Le principe de la réglementation du droit de grève et ses applications*, Thèse de droit, Université de Lyon, 1950.
- DEVAUX (Éric), *La grève dans les services publics*, tome 1 et 2, Limoges, Publications de la Faculté de droit de l'Université de Limoges / PUF, 1995, 787 pp.
- DORLY (Jean-Paul), *Les réquisitions personnelles*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 5 et suiv.
- FLISE (Léon), *De la grève dans les services publics*, Thèse de droit, Université de Nancy, 1912, 228 pp.

- GABOURDÈS (Alfred), *La grève dans les services publics*, Thèse de droit, Université de Montpellier, 1912-1913, 145 pp.
- HOFFMANN (Louis), *La grève dans les services publics et les industries nécessaires*, Thèse de droit, Université de Paris, 1912, 88 pp.
- HULSTER (Jean, de), *Le droit de grève et sa réglementation*, Thèse de droit, Paris, Librairie Médicis, 1952, 233 pp.
- JANOT (J.), *Le droit de grève et le service public*, Thèse de droit, Université de Lyon, 1954.
- LEGAL (René), *La grève des cheminots d'octobre 1910 et les enseignements à en tirer*, Thèse de droit, Université de Rennes, 1914.
- LIET-VEAUX (Georges), *La continuité en droit interne*, Thèse de droit, Université de Rennes, 1942, 468 pp. – Publiée chez Sirey.
- MAREI (Mohamed), *Le droit de grève dans les services publics, Analyse du droit français, du droit égyptien et du droit musulman*, Thèse de droit, sous la direction du Pr. René Hostiou, Université de Nantes, 1993, 479 pp.
- MOUGIN (Maurice), *La grève dans les services publics*, Thèse de droit, Université de Rennes, 1943, 176 pp.
- ROCHE (Jean), *Le syndicalisme et la grève dans les services publics*, Thèse de droit, Université de Paris, 1947, 177 pp.

4.- Relation de travail, Statut personnel

- CHORIN (Jacky), *Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut*, Paris, LGDJ, 1994, Coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 245, 568 pp.
- DELASALLE (J.-M.), *Le statut du personnel des entreprises nationalisées*, Paris, Librairie Duchemin, 1953, 269 pp.
- GARBAR (Christian), *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, Paris, LGDJ 1996, Coll. « Bibliothèque de Droit public », Tome 175, 588 pp.
- LE GALL (Paulette), *Évolution des relations collectives entre les chemins de fer d'intérêt général et leur personnel*, Thèse, Paris, 1957, 177 pp. (spéc. p. 7).
- LEROY (Maxime), *Syndicats et services publics*, 1909, p. 304.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole), *Négociation collective et transformation de l'entreprise publique à statut*, Paris, LGDJ, 1996, Coll. « Bibliothèque de droit social », Tome 30, 496 pp.

III.- Articles de doctrine

A.- Droit public, Droit administratif, Service public

- ABOUDRAR (Sophia), « Les rencontres du forum de la régulation : L'interrégulation », *L.P.A.* 23 avril 2004, n°82, pp. 4-7.
- AUTIN (Jean-Louis), « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Rev. Adm.*, 1988, p. 338.
- BAUBY (Pierre), « L'eupéanisation des services publics », *R.U.E.* n° 570, juillet-août 2013, pp. 393-402.
- BELL (John), « L'expérience britannique », in n° spécial *A.J.D.A.* 20 juin 1997 sur le service public, pp. 130-137.
- BOULOUIS, « Préface », in Didier TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 15.
- BOY (Laurence), « Réflexion sur le "droit de la régulation" », *D.* 2001, p. 3031.
- BRACONNIER (Stéphane), « La régulation des services publics », *R.F.D.A.* 2001, pp. 43-57.
- BRACQ (Stéphane), « Quelles bases juridiques pour la régulation des services d'intérêt économique général ? », *R.T.D.Eur.* 2011, pp. 517 et suiv.
- CAILLOSSE (Jacques), « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *A.J.D.A.* 1996, p. 955.
- CAILLOSSE (Jacques), « Le droit administratif français saisi par la concurrence », *A.J.D.A.* 2000, p. 99.
- CAILLOSSE (Jacques), « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », *Rev. Adm.* 2002, n°329, pp. 454-472.
- CAILLOSSE (Jacques), « Une approche "tranquillisante de la post-modernité ? L'économie du droit post-moderne selon Jacques Chevallier », *Droits, Revue Française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2004, n°39, pp. 121-138.
- CAILLOSSE (Jacques), « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *A.J.D.A.* 2005, p. 1781.
- CAILLOSSE (Jacques), « Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français – Bref essai de mise en perspective », *A.J.D.A.* 2010, p. 931.
- CAILLOSSE (Jacques), « À propos de doctrine en droit administratif », *A.J.D.A.* 2012, p. 1616.
- CAILLOSSE (Jacques), « Variations autour du rapport public annuel – Sur la réception des fonctions consultatives du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.* 2013, p. 1034.
- CAILLOSSE (Jacques), « Le juge administratif et la question de l' "efficacité" », *R.D.P.* 2013, n°1, pp. 27-51.
- CASTEL (Robert), « Savoirs d'expertise et production de normes » in CHAZEL (F.) et COMMAILLE (J.), (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1991, pp. 177-188.

- CENTRI (Jean-Pierre), « Pourquoi le déréglementation ? », *R.R.J. – Droit prospectif* 1987-2, pp. 657-682.
- CHEVALLIER (Jacques), « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », *Mélanges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 47-61.
- CHEVALLIER (Jacques), « Regards sur une évolution », *A.J.D.A.* 1997, p. 15.
- CORAIL (Jean-Louis, DE), « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, pp. 20-28.
- COSTA (D.), « Jean Romieu, un artisan de la construction du droit administratif moderne », *Rev. adm.* 1995, p. 88.
- DEBÈNE (Marc), « Le Conseil constitutionnel et "les principes particulièrement nécessaires à notre temps" », *AJDA* 1978, p. 531
- DEGUERGUE (Maryse), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Rev. Droits*, 1994, n° 20, p. 125.
- DONIER (Virginie), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *R.F.D.A.* 2006, p. 1219.
- DOUENCE (Jean-Claude), « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *R.D.P.* 1972, p. 756.
- DRIJBER (Berend Jan), « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services », in Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 93.
- DUBOS (Olivier), « L'Union européenne et la régulation : Parcimonie et énergie... », *R.U.E.* n° 549, juin 2011, pp. 383-390.
- DUBOUIS (Louis), « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 293-306.
- DUPIE (Agnès), « Le principe de continuité des services publics », in *Sur les services publics*, Paris, Economica, 1982, p. 39.
- DUPRAT (Jean-Pierre), « La soumission des régulateurs à la régulation », *A.J.D.A.* 2006, pp. 1203-1209.
- EYMOND-LARITAZ (Thomas) et JAVAULT (Cédric), « Entreprises publiques de service public : vers la fin de la gréviculture ? », *Annales des Mines*, Février 1999, p. 27.
- FAVOREU (Louis), « 1977, année charnière : le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux », *R.D.P.* 1978, p. 840.
- FAVOREU (Louis), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1978-1979 », *R.D.P.* 1979, p. 1713.
- FLAUSS (Jean-François), « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982, p. 654.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 611.
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, n°2, p. 126.

- GALLOIS (Louis), « SNCF : une définition moderne du service public. Entretien », *Le Débat*, 2005/2, n°134, pp. 63-75.
- GAUTHIER (Laure), « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », *A.J.D.A.* 2003, pp. 1441-1445.
- GAZIER (François) et CANNAC (Yves), « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.* n°35, 1983-1984, Paris, La documentation française, p. 20.
- GUÉNAIRE (Michel), « Le service public au cœur du modèle de développement français », *Le Débat*, 2005/2, n°134, pp. 52-62.
- JANEUX (Claude), « Déréglementation et coordination : points de repères économiques », *R.R.J. – Droit prospectif* 1987-2, pp. 682-698.
- L'HUILLIER (J.), « A propos de la "crise" de la notion de service public », *D.* 1955, chron. p. 119.
- LACHAUME (Jean-François), « Réflexions naïves sur l'avenir du service public », in *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p. 530.
- LAMY (Pascal), « Le modèle français du d'Europe. Entretien », *Le Débat*, 2005/2, n°134, pp. 31-41.
- LASSERRE (Bruno), « L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) », *A.J.D.A.* 1997, pp. 224-228.
- LATOURNERIE (Roger), « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? convalescence ? ou jouvence ? », *E.D.C.E.* 1960, pp. 61-71.
- LAUBADÈRE (de) (André), « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », Paris, *A.J.D.A.*, 1961, pp. 591-599.
- LE MESTRE (Renan), « La notion de service public dans les systèmes juridiques des états membres de l'Union européenne », *R.R.J. – Droit prospectif* 2000-1, p. 216.
- LETOURNEUR (Maxime), « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État », in *ECDE*, 1951, p. 29.
- LOMBARD (Martine), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.* 2005, p. 530.
- LOMBARD (Martine), « Mots et valeurs du service public », *A.J.D.A.* 2008, p. 1225.
- LOMBARD (Martine), « "Jus classicum" : la régulation des activités postales », *R.J.E.P. / C.J.E.G.* n° 631, mai 2006, pp. 181-196.
- LUBEN (Ivan), « Le pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des télécommunications », *A.J.D.A.* 2001, n° spécial, pp. 121-128.
- MADIOT (Yves), « Déréglementation et liberté », *R.R.J. – Droit prospectif* 1986-3, pp. 23-98.
- MARCOU (Gérard), « Maintenir l'expression et la notion de "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 833.
- MARGAIRAZ (Michel), « Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XX^e siècle : d'une configuration historique à l'autre », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2005/3 n° 52-3, p. 162.

- MARIMBERT (Jean), « L'autorité de régulation des télécommunications », *C.J.E.G.* 2001, pp. 465-473.
- MELLERAY (Fabrice), « Retour sur les lois de Rolland », in *Le droit administratif. Permanences et convergences*, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Paris, Dalloz, 2007, pp. 709-722.
- MESCHERIAKOFF (Alain-Serge), « L'arrêt du *Bac d'Eloka*. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *R.D.P.* 1988, pp. 1059-1081.
- MONJAL (Pierre-Yves) et KOUAKOU-KOUASSI (Samuel), « Les services d'intérêt général (SIG) : quelles perspectives pour les services publics en Europe ? », *R.U.E.* n°570, juillet-août 2013, p. 391.
- MORANGE (Georges), « Le déclin de la notion de service public », chron. *D.* 1947, p. 45.
- PAULIAT (Hélène), « La réponse du Conseil d'Etat au Défenseur des droits : il n'existe pas de "participants au service public" », *J.C.P. Adm.*, 2014, n° 1-2, Commentaire 2005.
- PERALDI-LENEUF (Fabienne), « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Actes du colloque de Strasbourg, 17(19 octobre 1996, Travaux de la CEDECE, sous la direction de Robert KOVAR et de Denys SIMON, Paris, La Documentation française, 1998, T. 2, p. 381.
- PLESSIX (Benoît), « L'éternelle jouvence du service public », *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* n° 43-44, 2005, pp. 1613-1616, étude n° 1350.
- PONTIER (Jean-Marie), « Sur la conception française du service public », *D.* 1996, chron. pp. 9-14.
- QUILICHINI (Paule), « Réguler n'est pas juger – Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.* 24 mai 2004, pp. 1060-1069.
- RAPP (Lucien), « Les nouvelles régulations économiques », *A.J.D.A.* 2001, pp. 560-573.
- RICHER (Laurent), « Les EPIC et la tentative de filialisation de leurs activités », *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* n° 31-35 du 27 juillet 2009, n° 2201, pp. 37-40.
- RIDLEY (Frederick), « Concepts inconnus au droit, sans incidence dans la pratique : règlement pragmatique des entreprises dans des secteurs ouverts à la concurrence », in PAULIAT (Hélène) (dir.), *L'avenir des missions de service public en Europe*, Limoges, PULIM, 1998, pp. 71-103.
- RIVERO (Jean), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962. Chron. 37.
- RIVERO (Jean), « Les deux finalités du service public industriel et commercial », *C.J.E.G.* juin 1994, pp. 375-378.
- RODRIGUES (Stéphane), « Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité : le mandat de Barcelone », *R.M.C.U.E.* mai 2002, n° 458, pp. 291-298.
- RODRIGUES (Stéphane), « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation », *A.J.D.A.* 2004, pp. 1179-1182.

- SIMON (Denys), « L'intérêt général vu par les droits européens », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, in MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel) (Dir.), Paris, Dalloz, Coll. « Cahiers constitutionnels de Paris I », 2007, p. 48.
- SUPIOT (Alain), « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, pp. 777-783.
- SUPIOT (Alain), « Les virtualités du droit communautaire : L'avenir des métiers de services publics », *C.J.E.G.* 1994, pp. 379-387.
- TIMSIT (Gérard), « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *R.F.A.P.* n° 78, avril-juin 1996, pp. 375-394.
- TRUCHET (Didier), « Label de service public et statut du service public – Nouvelles récentes d'un illustre vieillard », *A.J.D.A.* 1982, pp. 427-439.
- TRUCHET (Didier), « Renoncer à l'expression "service public" », *A.J.D.A.* 2008, p. 553.
- TUOT (Thierry), « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *A.J.D.A.* 2001, n° spécial, pp. 135-140.
- VOISSET (Michèle), « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *R.F.D.A.* 1999, p. 743.
- VOISSET (Michèle), « Qualité, adaptabilité, mutabilité », in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, sous la direction de Robert KOVAR et Denys SIMON, Paris, La Documentation française, Tome 2, 1998, p. 397.

B.- Droit des services en réseaux

1.- Télécommunications

- BENJAMIN (M.-Y.), « Collectivités locales et télécommunications. Pouvoirs et obligations des collectivités », *Dr. adm.* juin 1999, p. 8.
- BERLIN (Dominique), « L'accès au marché français », *A.J.D.A.* 1997, pp. 229-245.
- BOITEAU (Claudie), « Aperçu rapide sur les décrets d'application de la loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom », *J.C.P. éd. G.* 1997, Act., n° 9, 26/02/97.
- BROUWER (Onno W.), « Droit de la concurrence et télécommunications : l'approche communautaire (les décisions Atlas et Phoenix c./GlobalOne) », *A.J.D.A.* 1997, pp. 270-274.
- CAMBOT (Pierre), « Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunications », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 965-984.
- CARRÉ (P. A.), « Archéologie d'une Europe des télécommunications », *France Télécom*, octobre 1989, n°70.
- CHALON (Gérald), « Le droit de passage pour les infrastructures des télécommunications », *C.J.E.G.*, 2002, pp. 2-9.
- CHAMPY (Guillaume), « Le contrat d'abonnement au service téléphonique ou le miroir aux alouettes (de la privatisation des relations de France Télécom avec les usagers) », *R.R.J. – Droit prospectif* 1993-1, pp. 13-60.

- CHÉROT (Jean-Yves), « L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseaux », *A.J.D.A.*, 1996, pp. 171-182.
- CHEVALLIER (Jacques), « La mutation des postes et télécommunications », *A.J.D.A.* 1990, pp. 667-687.
- CHEVALLIER (Jacques), « La réforme des télécommunications », *A.J.D.A.* 1991, p. 203.
- CHEVALLIER (Jacques), « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *R.F.D.A.* 1996, pp. 909-951.
- CHEVALLIER (Jacques), « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *R.F.D.A.* 1997, pp. 1115-1128.
- CROZAFON (J.-L.), « Quel service public pour les télécommunications ? », *Juris-PTT*, n° 24, pp 37 et suiv.
- DOUENCE (Jean-Claude), « Les collectivités locales et la décentralisation de l'audiovisuel : les sociétés locales d'exploitation de câbles », *R.F.D.A.* 1985, p. 52.
- DUPUIS-TOUBOL (F.), « Que reste-t-il du monopole sur le service téléphonique ? », *Juris-PTT* 1995, n°41, p. 29.
- DUPUIS-TOUBOL (F.), « La nouvelle réglementation française des télécommunications : présentation de la loi du 26 juillet 1996 », *Juris-PTT* 1996, n°45.
- ECKERT (Gabriel), « Commentaire de l'article 17 de la loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire », *R.F.D.A.*, 2000, pp. 139-153.
- EGGER (Alexander), « Le droit communautaire et les services publics en Autriche : les télécommunications », *R.M.C.U.E.* n°415, février 1998, pp. 101-110.
- GAUROY (Jean-Louis), « Le service public des télécommunications. Loi n° 84-939 du 23 octobre 1984 », *A.J.D.A.* 1985, pp. 32-36.
- HAGELSTEEN (Marie-Dominique), in « Les Entretiens de l'ART. Droit des télécommunications : bilan et perspectives », *L.P.A.* 10 septembre 1999, p. 7.
- HATZOPOULOUS (Vassilis), « L'Open Network Provision (ONP) moyen de la dérégulation », *R.T.D.Eur.*, 1994, p. 83.
- HUET (Jérôme), « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *J.D.I.* 2002, n°3, pp. 737-751.
- JENNY (Frédéric), « La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace », *R.A.E.* 1996, p. 91.
- LACHAUME (Jean-François), « Personnes publiques, service public, droit administratif, compétence du juge administratif dans le régime juridique de la gestion de la poste et des télécommunications issu de la loi du 2 juillet 1990 », in *Mélanges Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 129-148.
- LAFFONT (D.), « La loi du 23 octobre 1984 sur le service public des télécommunications », *Juris-PTT*, n° 1, 1985, pp. 4 et suiv.
- LÉBOUCHER (C.), « La directive 96/19/C.E. du 13 mars 1996 et la libéralisation complète du secteur des télécommunications », *Juris PTT*, 1996, n°44, p.15.
- MAINGUY (Daniel) et BERTHAULT (Franck), « Concurrence et télécommunications », *J.C.P. éd. E* 2001, n°5, pp. 1-15.

- MAISL (Herbert), « La régulation des télécommunications, changements et perspectives », *Juris-PTT* 1995, n°39.
- MAISL (Herbert), « La nouvelle réglementation des télécommunications », *A.J.D.A.* 1996, pp. 762-779.
- MOINE (Gérard), « France Télécom face l'ouverture à la concurrence », *R.A.E.* 1996, p. 95.
- MOINE (Gérard), « Le service universel : contenu, financement, opérateurs », *A.J.D.A.* 1997, pp. 246-250.
- QUIOT (Gérard), « De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom », *A.J.D.A.* 2005, pp. 813-824.
- RAPP (Lucien), « La privatisation de France Télécom : de "l'exemple français" à "l'exception culturelle". À propos d'un avis rendu par la Conseil d'État, le 18 novembre 1993 », *C.J.E.G.* 1994, pp. 351-369.
- RAPP (Lucien), « Le régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996 », *Juris-PTT* 1997, n°49 et 1998, n°51 (1ère et 2ème parties).
- RAPP (Lucien), « Pour un droit d'accès à la propriété. Régime et pratiques du droit de passage des opérateurs de télécommunications, une comparaison Union européenne – États-Unis », *Communications et stratégies*, n°36, 1999, pp. 27-69.
- SABLIERE (Pierre), « Électricité et communications électroniques », *A.J.D.A.* 2006, pp. 1196-1202.

2.- Service postal

- CALLEY (Grégoire), « La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales », *R.F.D.A.* 2006, p. 96.
- CARETTE (M.) in « La Poste et l'aménagement du territoire », *Les Cahiers de l'IREPP*, « Regards croisés sur les postes », septembre 1993, p. 76.
- DEMICHEL (André), « Vers le self-service public », *D.* 1970, chron. XVI, pp. 77-80.
- FAGES (Fabrice) et RODRIGUES (Stéphane), « La loi du 20 mai 2005 : la nouvelle régulation des activités postales », *A.J.D.A.* 2005, p. 1896.
- LACHAUME (Jean-François), « Personnes publiques, service public, droit administratif, compétence du juge administratif dans le régime juridique de la gestion de la poste et des télécommunications issu de la loi du 2 juillet 1990 », in *Mélanges Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 129-148.
- LAIDIÉ (Y.) et BARRE-AIVAZZADEH (S.), « La territorialisation du service postal » in *La territorialisation des services publics*, colloque *C.R.D.P.E.*, Université de Bourgogne, 1997.
- LOMBARD (Martine), « "Jus classicum" : la régulation des activités postales », *R.J.E.P. / C.J.E.G.* n° 631, mai 2006, pp. 181-196.
- LOMBARD (Martine), « Service postal communautaire », *A.J.D.A.* 1998, p. 716.
- LOMBARD (Martine), « Drame shakespeariens autour de La Poste », *R.J.E.P.* octobre 2010, études 8, pp. 3-8.

- MET-DOMESTICI (Alexandre), « La libéralisation des services postaux. Les enjeux de l'ouverture totale à la concurrence », *R.M.C.U.E.* n° 515, février 2008, pp. 114-121.
- MET-DOMESTICI (Alexandre), « Les services postaux entre une libéralisation contrôlée et la préservation du service universel - État des travaux après les débats de décembre 2000 », *R.M.C.U.E.* n° 448, mai 2001, pp. 327-331.
- TAILLEFAIT (Anthony), « L'ouverture des marchés postaux européens : lenteur et résistances », *Dr. Adm.* Octobre 2005, p. 7.

3.- Énergies électrique et gazière

- AROSSA (Fabrizio) et SALONICO (Tommaso), « État de la transposition de la directive 96/92 en Italie », *C.J.E.G.* n° 585, mars 2002, pp. 191-206.
- AUBY (Jean-Marie), « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz, dans la loi du 8 avril 1946, *Cahiers de doc. jur. d'EDF et du GDF*, oct.-nov. 1949, doct. pp. 2 et suiv.
- AUDIGIER (Pierre), « Regards critiques sur quinze années de libéralisation des marchés de l'électricité », *Rev. de l'Énergie*, n° 555, mars-avril 2004, pp. 171-178.
- BARTHÉLÉMY (Christophe), « L'amendement "tempête" à la loi de modernisation et de développement du service public de l'électricité », *C.J.E.G.* juin 2000, n° 566, pp. 235-256.
- BARTHÉLÉMY (Christophe), « Le principe de spécialité appliqué à EDF – Libres propos sur l'article 44 de la loi du 10 février 2000, *C.J.E.G.* octobre 2002, pp. 507-532.
- BARTHÉLÉMY (Christophe), « La loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique et les collectivités locales », *J.C.P. éd. Adm.* 2005, n° 1310, pp. 1343-1356.
- BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), « La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz : une reconfiguration des obligations de service public », *A.J.D.A.* 2007, p. 74.
- BELTRAN (A.), « La difficile conquête d'une capitale. L'énergie électrique à Paris en 1878 et 1907 », *Histoire, Economie, Société*, 1983, n°3, pp. 369-395.
- BERGOUGNOUX (Jean) et RIVIER (J.), « La planification à EDF et le contrat de plan entre l'État et EDF », *C.J.E.G.* 1985, pp. 111-127 et pp. 161-179.
- BERGOUGNOUX (Jean) et VAROQUAUX (William), « Caractéristiques du service public de l'électricité », *C.J.E.G.* n° 426, 1987, pp. 811-819.
- BERNARD (P.), « La tarification de l'électricité : acquis et modalités nouvelles », *C.J.E.G.* 1984, pp. 251 et suiv.
- BLUMANN (Claude), « Energie et Communauté européennes », *R.T.D.Eur.* 1984, pp. 570-642.
- BLUMANN (Claude) et JOLY (G.), « Energie et Communauté européenne », *R.T.D.Eur.* 1986, pp. 613-648.
- BÖRRESEN (Martin) et LINDEN (Olivier), « La libéralisation du marché suédois de l'électricité », *CJEG* n°583, janvier 2002, pp. 43-58.

- BOUQUET (Gaël) et BUTTERY (Emmanuel), « Vers la fin du droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz », *A.J.D.A.* 2006, pp. 964-968.
- BOUQUET (Gaël), « Les mécanismes de soutien de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables à l'épreuve des articles 87 et 88 du traité relatifs aux aides d'État », *A.J.D.A.* 2006, pp. 697-701.
- BOURGUIGNON (Didier), « Quel rapport entre libéralisation du marché gazier et sécurité énergétique ? Comment Bruxelles tente d'assurer son approvisionnement en gaz naturel sur fond de tensions avec Moscou », *R.M.C.U.E.* n° 516, mars 2008, pp. 178-185.
- CHEVALLIER (Jacques), « Les rapports entre le Commissariat à l'énergie atomique et l'Électricité de France », *A.J.D.A.* 1969, pp. 469-483.
- COLSON (Jean-Philippe), « Le CEA à la croisée du droit public et du droit privé », *R.D.P.* 1971, p. 5.
- COLSON (Jean-Philippe), « Aspects juridiques de la politique nucléaire de la Ve République », *A.J.D.A.* 1977, p. 290.
- COQUE (Alexandre), « De l'installation de la Commission de Régulation de l'Électricité », *L.P.A.* 4 janvier 2000, p. 4.
- DELPIROU (Dominique), « Régies d'électricité et distribution aux services publics », *C.J.E.G.* 1990, pp. 265-268.
- DUPRÉ DE LA TOUR (Louis), « Le régime juridique des lignes de transport d'énergie à haute tension », Sirey, 1932, p. 42.
- FIQUET (Alain), « Vers une réconciliation entre l'Europe et les services publics : l'exemple de l'électricité », *A.J.D.A.* 1998, pp. 864-872.
- GARCIA de ENTERRIA (Eduardo) et SALA ATIENZA (Pascual), « État de la transposition de la directive 96/92/CE en Espagne », *C.J.E.G.* n° 587, mai 2002, pp. 329-342.
- GRARD (Loïc), « Les racines européennes de la nouvelle organisation française du marché de l'électricité », *Europe*, mars 2011, Etude 3, pp. 5-10.
- GUIEZE (Jean-Luc) et FIQUET (Alain), « Le marché intérieur de l'électricité, chronique d'un débat (1987-1996) », *C.J.E.G.* mai 1997, p. 167.
- HAMON (Francis), « Les monopoles des services publics français face au droit communautaire : le cas d'EDF et GDF », *D.* 1993, chron. XX, pp. 91-96.
- HAMON (Francis), « Le marché intérieur de l'énergie : les directives électricité et gaz naturel », *A.J.D.A.* 1998, pp. 851-863.
- JOUDON (L.), « Contrat de plan entre l'État et EDF 1993-1996 », *C.J.E.G.* 1993, p. 347.
- KARPENSCHIF (Michaël), « La notion d'aide d'État, application au secteur de l'énergie », *C.J.E.G.* 2003, n°595, pp. 51-66.
- LE BIHAN GRAF (Christine) et BEATRIX (Olivier), « La nouvelle organisation du marché de l'électricité », *A.J.D.A.* 2011, pp. 432-438.
- LE GRAND (Robert), « L'interprétation jurisprudentielle du statut national du personnel des industries électriques et gazières », *C.J.E.G.* 1970, pp. 73-80.
- LEGALL (Arnaud), « Les aspects répressifs de la loi du 10 février 2000 », *C.J.E.G.* 2002, pp. 287-294.

- LEMAIRE (Christophe), « La libéralisation des marchés énergétiques – A propos de la transposition de la “directive gaz” en France », *R.M.C.U.E.* n° 473 décembre 2003, pp. 642-657.
- LOCATELLI (Catherine), « Russie-Caspienne : La concurrence des voies d'exportation pour l'approvisionnement gazier de l'Europe », *R.M.C.U.E.* n° 517, avril 2008, pp. 267-270.
- LOMBARD (Martine), « Loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie », *R.J.E.P./C.J.E.G.* n° 641, avril 2007, pp. 127-130.
- LOMBART (Patrice), « Le monopole de la distribution publique du gaz », *C.J.E.G.* 1990, pp. 249-260.
- LOMBART (Patrice), « Le service public du gaz sous les feux de l'actualité juridique », *A.J.D.A.* 1998, pp. 873-883.
- NICINSKI (Sophie) et PINTAT (Pierre), « La libéralisation du secteur gazier », *A.J.D.A.* 2003, pp. 223-231.
- NICINSKI (Sophie), « La loi du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité », *R.J.E.P.* mars 2011, étude 2, pp. 3-8.
- NOUGARET (Gilles), « La loi n° 2004-803 du 9 août 2004 : une nouvelle étape dans la libéralisation du marché du gaz », *J.C.P. Administrations et Collectivités territoriales*, 11 avril 2005, p. 624, n° 1161.
- PAPIN (Jean-Philippe), « Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée », *C.J.E.G.* 2000, p. 144.
- POLSTER (Stephan) et OPPITZ (Florian), « État de la transposition de la directive 96/92 en Autriche », *C.J.E.G.* n° 584, février 2002, pp. 126-
- PONTIER (Jean-Marie), « Les régies locales d'électricité et de gaz : de minimis ? », in *Études en l'honneur du doyen Georges PÉQUIGNOT : L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Université de Montpellier I – CERAM, Mai 1984, p. 583.
- PUY-MONTBRUN (Guillaume, DE) et MARTOR (Boris), « La Commission de Régulation de l'Electricité », *L.P.A.* 14 janvier 2000, p. 9.
- RAYTCHEV (Dinko), « Renforcement et expansion des capacités d'échange d'électricité : Examen de l'utilité d'une interconnexion commerciale entre la Belgique et l'Allemagne », *Rev. de l'Énergie* n° 554, février 2004, pp. 97-104.
- RICHER (Laurent), « La loi du 10 février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », *A.J.D.A.* 2000, pp. 239-247.
- ROBBE (François), « L'ouverture du marché de l'électricité et l'adaptation du service public », *C.J.E.G.* 2000, pp. 211-234.
- ROCHE (Catherine), « Et pourtant, elles tournent : la réglementation applicable aux éoliennes offshore », *A.J.D.A.* 2007, pp. 1785-1792.
- ROLLAND (Louis), « L'utilisation de l'énergie hydraulique et la loi du 16 octobre 1919 », *R.D.P.* 1920, pp. 102-136.
- SABLIERE (Pierre), « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? », *A.J.D.A.* 2005, pp. 2324-2330.
- SABLIERE (Pierre), « Électricité et communications électroniques », *A.J.D.A.* 19 juin 2006, pp. 1196-1202.

- SABLIERE (Pierre), « Un code en manque d'énergie », *A.J.D.A.* 2011, pp. 1427-1431.
- TACCOEN (Lionel), « EDF, le service public et les traités européens », *Cahiers de la fondation Europe et société*, Janvier-Mars 1996, p. 79.
- TACCOEN (Lionel), « Une seconde phase dans la réalisation du marché intérieur de l'électricité : la directive de 1996 entre concurrence et intérêt général », *C.J.E.G.* 1997, pp 174-181.
- TUOT (Thierry), « Les barricades mystérieuses : Quelques réflexions critiques sur l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité en France », *C.J.E.G.* n° 604 décembre 2003, pp. 607-615.
- ZINOW (Dr. Bernd-Michael), « État de la transposition de la directive 96/92 en Allemagne », *C.J.E.G.* n° 584, février 2002, pp. 139-

4.- Transport aérien

- BRACONNIER (Stéphane), « La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports – La régulation économique à l'épreuve du service public », *R.J.E.P.* n° 627, janvier 2006, pp. 1-12.
- BRISSON (Jean-François), « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *A.J.D.A.* 2005, p. 1935.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (Jacqueline), « Les problèmes juridiques et administratifs de la déréglementation en matière de transport aérien », *R.I.D.C.* 1994, pp. 543-555.
- GRARD (Loïc), « La politique aérienne commune – Après dix ans de législation à la veille de l'ouverture complète du marché – Bilans et orientations nouvelles », *R.A.E.* 1997, pp. 3-11.
- GRARD (Loïc), « Les obligations de service public dans le transport aérien français », *R.D.C.M.A.T.* 1998, pp. 2-14.
- LOMBARD (Martine), « Les garanties accompagnant la privatisation d'Air France », *A.J.D.A.* 2003, pp. 1100-1105.
- POISSONNIER (Ghislain) et OSSELAND (Pierre), « La mise en œuvre perfectible des droits des passagers dont les vols sont annulés », *Dalloz* 7 avril 2011, n° 14, pp. 962-966.
- ROCHERON (Pierre), « L'application du droit communautaire de la concurrence dans le transport aérien », *R.A.E.* 1996, pp. 137-156.
- SUBRÉMON (Alexandra), « Aides d'État aux compagnies aériennes communautaires », *R.M.C.U.E.* n° 404, janvier 1997, pp. 16-24.

5.- Transport ferroviaire

- ALEXIS (A.), « Transport par fer et concurrence », *Droit européen des transports*, 1993, p. 499.

- BOITEAU (Claudie), « Aperçu rapide sur la loi n°97-135 du 13 février 1997 créant l'établissement public "Réseau ferré de France" », *J.C.P. éd. G.* 1997, Act., n° 11, 12/03/97.
- BRANDT (E.), « Le trafic transalpin sur de nouveaux rails – L'accord entre la Communauté européenne, l'Autriche et la Suisse dans le domaine du trafic de transit », *R.M.C.U.E.*, n°385, février 1995, pp. 98-111.
- BROUSSOLLE (Denis), in *A.J.D.A.* 1983, p. 236.
- BROUSSOLLE (Denis), « La réforme de la SNCF », *A.J.D.A.* 1984, pp. 382-386.
- BROUSSOLLE (Denis), « Conventions entre personnes publiques et décentralisation - L'exemple des dessertes ferroviaires », *A.J.D.A.* 1989, pp. 747-755.
- BROUSSOLLE (Denis), « La création de Réseau ferré de France », *A.J.D.A.* 1997, pp. 456-461.
- BROUSSOLLE (Denis), « La régionalisation ferroviaire », *A.J.D.A.* 2002, pp. 435-439.
- BROUSSOLLE (Denis), « Les services de transports rail et route dans le "paquet" normatif européen du 23 octobre 2007. Un libéralisme tempéré », *A.J.D.A.* 2008, pp. 393-398.
- BROUSSOLLE (Denis), « La mutation du droit des transports », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1020-1022.
- BROUSSOLLE (Denis), « De la surveillance de la SNCF à la protection de la RATP aux frais de la région Ile-de-France », *A.J.D.A.* 2010, p. 425.
- CARTOU (Louis), « Directives 95-18 et 95-19 du Conseil du 19 juin 1995 concernant les licences des entreprises ferroviaires et concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la répartition de redevance d'utilisation de l'infrastructure », *L.P.A.*, 4 octobre 1995, n°119, pp. 28-29.
- CHEVALLIER (Jacques), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *R.D.P.* 1974, p. 140.
- DESMARIS (Christian), « La régionalisation ferroviaire : architecture conventionnelle et modes de gouvernance », *Transports*, n° 424, mars-avril 2004, pp. 104-115.
- DROBENKO (B.), « De la consistance du service public ferroviaire », *L.P.A.*, 28 février et 2 mars 1992, n°26 et n°27, pp. 9-17 et 11-18.
- DUPRILOT (Jean-Pierre), « La SNCF : les problèmes du présent et les perspectives d'avenir », *A.J.D.A.* 1969, pp. 608-617.
- FABERON (Jean-Yves), « Décentralisation et transports », *A.J.D.A.* 1986, pp. 407-417.
- FERRIER (Jean-Paul), « Le TGV sud-est – Comment civiliser la mobilité ? », *Projet* n° 268, 2001, pp 47-54.
- FEVE (M.), « Le rapport Stoffaës : « L'Europe : avenir du ferroviaire » », *Transports*, n°375, janvier-février 1995, pp. 12-20.
- FOURNIER (Jacques), « De la LOTI à la directive n° 91-440 (Quelques réflexions sur le droit du service public appliqué au transport ferroviaire), in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, « L'État de droit », Paris, Dalloz, 1996, pp. 183-220.
- GAUTHIER-LESCOP (Laure), « La décentralisation des transports ferroviaires », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1033-1037.

- GAUTHIER-LESCOP (Laure), « La France a-t-elle enfin régulièrement transposé le premier paquet ferroviaire ? », *Europe*, août-septembre 2010, étude n° 10, pp. 6-9.
- GUIHÉRY (L.), « Réforme des chemins de fer et tarification d'usage des infrastructures ferroviaires en Allemagne – une organisation contrôlée de la concurrence sur le réseau allemand », *Transports*, n°382, mars-avril 1997.
- IDOT (Laurence), « L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence », *Cah. Dr. eur.*, 1995, n°3-4, pp. 263-321.
- JACQUOT (Henri), « La réforme de la SNCF et l'apparition d'une notion nouvelle de l'entreprise publique », *Dr. soc.* 1970, p. 337.
- KOPECKY (Maurice), « L'interopérabilité ferroviaire », *Transports* n° 386, nov.-déc. 1997.
- LAVIALLE (Christian), « La loi du 13 février 1997 créant "Réseaux ferré de France" et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires », *R.F.D.A.* 1997, pp. 768 et suiv.
- LOUPIEN (Jean-Charles), « Le statut des agents de la SNCF », *A.J.D.A.* 1991, pp. 608-611.
- LOUPIEN (Jean-Charles), « La gestion de l'infrastructure ferroviaire peut-elle être considérée comme une activité d'entreprise ? », *C.J.E.G.* juin 1996, chron. p. 208-214.
- LOUPIEN (Jean-Charles), « L'adaptation des chemins de fer français aux exigences du marché unique : le décret du 9 mai 1995 transposant la directive 91/440 », *C.J.E.G.*, janvier 1996, p. 1-6.
- LOUPIEN (Jean-Charles), « Le système ferroviaire français face au droit communautaire », *C.J.E.G.* 2000, pp. 181-190.
- MAIER (Martina), « Libéralisation du fret ferroviaire après le premier paquet ferroviaire européen », *Europe* Juillet 2003, chron. 8, pp. 4-6.
- MESTRE (Charles), « L'accès aux infrastructures ferroviaire », Colloque Cedece-Irene, Strasbourg, 17 octobre 1996.
- MONBRUN-GUTTIEREZ (Catherine), « Service public ferroviaire et rentabilité : La réforme de 1969 », in Jaques CHEVALLIER (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, pp. 219-227.
- MORAND-DEVILLER (J.), « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », *L.P.A.*, n°113, 20 septembre 1995, pp. 4-9.
- MOREAU (Yannick), GLACHANT (Jean-Michel) et PARME (Ladislas), « La réforme des chemins de fer français », *C.J.E.G.* 1997, pp. 415-431.
- NICINSKI (Sophie), « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1027-1032.
- PEYLET (R.), « La nouvelle régulation ferroviaire. A propos de la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 », *R.J.E.P.* 2010, étude 2.
- RICHER (Laurent), « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1023-1027.
- SALQUE (Christine), « Évolutions inéluctables structurelle et fonctionnelle de la SNCF. Loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports », *J.C.P. éd. E.* n° 35 du 31 août 2006, n° 2249, pp. 1438-1440.

- SALQUE (Christine), « Intégration du marché européen des transports ferroviaires et nouvelle stratégie des entreprises ferroviaires historiques européennes », *R.D.U.E.* 1/2006, pp. 51-108.
- SALQUE (Christine), « Politique européenne des transports : examen à mi-parcours du Livre blanc sur les transports de 2001 », *L.P.A.* du 31 janvier 2007, n° 23, pp. 5-8
- SALQUE (Christine), « Rapport de la commission sur la mise en œuvre du premier paquet ferroviaire : une réforme nécessaire, mais inachevée », *L.P.A.* du 11 janvier 2007, n° 9, pp. 8-12.
- SALQUE (Christine) et OHLER (M.), « La loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports ou l'accès équitable et non discriminatoire au marché national libéralisé », *Revue du droit des transports*, 2010, étude 3.
- SARAMITO (Francis), « Le droit applicable aux relations de travail à la SNCF », *Dr. ouvr.* 1989, pp. 161-175.
- SILLA (Olivier), « Le second paquet ferroviaire : vers une régulation européenne des chemins de fer », *R.M.C.U.E.* n° 461, septembre 2002, pp. 516-522. @ T FDL
- SOUSSE (Marcel), « Le règlement (CE) n° 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route », *Europe*, juin 2008, étude 6, pp. 4-7.
- VIDELIN (Jean-Christophe), « Réforme ferroviaire : réforme, vous avez dit réforme ? – À propos de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 », *J.C.P. Adm.*, 2014, n° 49, Etude 2342.
- VIEU (P.), « Entre libéralisation et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *R.F.D.A.*, 2010, p 35.

6.- Réseaux Transeuropéens

- BRANDT (E.), « Le trafic transalpin sur de nouveaux rails – L'accord entre la Communauté européenne, l'Autriche et la Suisse dans le domaine du trafic de transit », *R.M.C.U.E.*, n° 385, février 1995, pp. 98-111.
- FRYBOURG (Michel), « Les réseaux transeuropéens au sens du Titre XII du Traité de Maastricht », *Transports*, n° 369, janvier-février 1995, pp. 44-56.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole), « L'apport du concept de statut du personnel dans la construction juridique des réseaux transeuropéens », *R.M.C.U.E.*, n° 457, avril 2002, pp. 256-268.
- MAYET (Rémi), « Le réseau transeuropéen de transport : le dessous des cartes », *R.M.C.U.E.*, n° 484, janvier 2005, pp. 11-18.
- VINOIS (Jean-Arnold), « Après les Conseils européens de Bruxelles, de Corfou et d'Essen quelles perspectives pour le réseau transeuropéen de transport ? », *R.M.C.U.E.*, n° 385, février 1995, pp. 83-97.
- VINOIS (Jean-Arnold), « Les réseaux transeuropéens : une nouvelle dimension donnée au Marché unique », *R.M.C.U.E.*, n° 1, 1993, pp. 93-125.

C.- Droit social

1.- Droit de grève

- ALLEMANDOU, « La grève et la tentative de conciliation », *J.C.P.* 1953. I. 1097.
- BALLESTRERO (Maria Vittoria), « La grève en droit italien », *Dr. soc.* 2004, pp. 386-395.
- BELORGEY (Jean-Michel), « Gestion des conflits du travail en Europe – Le choc des cultures », *Dr. soc.* 2002, pp. 1125-1130.
- BOITEL, « La grève politique », *Dr. ouvr.* 1952, p. 293.
- BOITEL, « Le droit de grève », *Dr. ouvr.* 1959, p. 357.
- BOITEL, « Validité des clauses des conventions collectives restreignant l'exercice du droit de grève ? Haro sur les "meneurs" », *Dr. ouvr.* 1961, pp. 3 et suiv.
- BONNARD (Roger), « Syndicalisme, corporatisme et État corporatif », *R.D.P.* 1937, pp. 58-123.
- BORYSEWICZ (Michel), « Les grèves tournantes », *D.* 1961, chron. XII, pp. 53-60.
- BRÈTHE de la GRESSAYE, commentaire de la loi du 23 décembre 1946, *Dr. soc.* Mars 1947.
- CAMERLYNCK (G. H.), « La prime anti-grève », *Dr. soc.* 1962, pp. 36-44.
- CHARLIER (Robert-Édouard), « Le droit constitutionnel de grève », *J.C.P.* 1948. I. 729.
- COHEN (Maurice), « Les entraves directes et indirectes à l'exercice du droit syndical et du droit de grève », *Dr. soc.* 1976, p. 268.
- COLSON (Jean-Philippe), « La grève dans les services publics, Présentation », *R.F.D.A.* 1988, pp. 805-810.
- DEBRÉ (Michel), « commentaire de la loi du 31 décembre 1936 », *D. P.* 1938. 4. 7.
- DESMARAIS (Jacques), « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail », *R.I.D.C.* 1997, pp. 409-419.
- DUPEYRON (Henry), « L'action collective », *D.* 1952, chron. XXXI, pp. 153-156.
- DURAND (Paul), « Le régime juridique de la grève politique », *Dr. soc.* 1953, p. 22.
- DURAND (Paul), « Nouvelles contributions au droit jurisprudentiel de la grève », *Dr. soc.* 1952, p. 529.
- DURAND (Paul), « Le nouveau droit jurisprudentiel de la grève », *Dr. soc.* 1951.
- ESMEIN (Paul), « La statut de la grève et du lock-out », *D. H.* 1939, chron. IX, pp. 33-36.
- FRIEDEL (Georges), « Les représentants du personnel dans la grève », in *Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à G.H. Camerlynck*, Paris, Dalloz, 1978, pp. 331-350.
- GALLAND (Henri), « La "grève perlée" et ses conséquences juridiques », *J.C.P.* 1947. I. 637.
- GARAY (Jean), « Les grèves perlées », *Gaz. Pal.* 1949, pp. 20-21.

- GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah. dr. eur.* 2002, pp. 45-93.
- GIVORD (F.), « La notion et la licéité de la grève », *Dr. soc.* 1961, p. 29.
- GOINEAU (Jeanne), « La responsabilité civile des grévistes et des syndicats », *Dr. soc.* 1988, pp. 702-708.
- JACEK, « L'offensive actuelle contre le droit de grève et en particulier la mise en cause de la responsabilité civile des syndicats », *Dr. ouvr.* 1980, p. 227.
- JACK (Andrée), « La jurisprudence récente et les grèves », *J.C.P.* 1937. I. 41.
- KHAIRALLAH (G.), « Le "raisonnable" en droit privé français. Développement récents », *R.T.D.civ.* 1984, p. 439.
- LABORDE (Jean-Pierre), « Conflits collectifs et conflits de lois », *Dr. soc.* 2001, pp. 715-719.
- LALOU (Henri), « La grève, faute contractuelle », *D. H.* 1939, chron. IV, pp. 13-16.
- LÉVY (Alain) et ZONCA (Céline), « Le droit de grève à EDF », *Dr. ouvr.* 1996, pp. 395-403.
- LYON-CAEN (Antoine), « La loi, les juges et la grève en France », *Regard sur l'actualité*, 1988, n° 142.
- LYON-CAEN (Gérard), « La recherche des responsabilités dans les conflits du travail », *D.* 1979, chron. p. 255.
- LYON-CAEN (Gérard), « Réglementer le droit de grève ? », *Dr. soc.* 1988, pp. 709-712.
- MARQUIS (Céline), « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Dr. soc.* 2003, pp. 583-590. .
- MAZEAUD (H. et L.), *R.T.D.civ.* 1948, p. 471.
- MAZEAUD (H. et L.), *R.T.D.civ.* 1949, p. 258
- MIGNON (Maxime), « L'élaboration légale et jurisprudentielle du droit de grève », chron. XXXV, *D.* 1949, pp. 145-148.
- MIMIN (Pierre), « La grève encadrée », *D.* 1952, chron. XXVII, pp. 125-132.
- MIMIN (Pierre), « La clause de conciliation dans les conflits collectifs », *J.C.P.* 1959. I. 1467 bis.
- MORANGE (Georges), « Les grèves et l'État », *D.* 1947, chron. XXX, pp. 117-120.
- MOREAU (Marc), « Les règlements de fin de conflit (protocole, protocole d'accord ou accord de fin de conflit) », *Dr. soc.* 2001, pp. 139-148.
- NORMAND (J.), « Les procédures d'urgence en droit du travail », *Dr. soc.* 1980, n° spécial, p. 45.
- ODERO (A.), GERNIGON (B.) et GUIDO (H.), « Les principes de l'OIT sur le droit de grève », *R.B.D.I.* 2000, pp. 41-83.
- PATAUT (É.), « La grève dans les rapports internationaux de travail : question de qualification », *Dr. soc.* 2005, p. 303.
- PINTO (Roger), « Remarques sur la notion de "différend collectif de travail" », *D. H.* 1938, chron. XII, pp. 49-52.

- RAY (Jean-Emmanuel), « Grandes manœuvres autour du droit de grève », *Liaisons sociales* mensuel n°23, novembre 1987, p. 66.
- RAY (Jean-Emmanuel), « Le juge et les conflits collectifs de travail – Libres propos », *Dr. soc.* 1986, pp. 617-623.
- RAY (Jean-Emmanuel), « De la grève interne aux actions collectives externalisées », *Dr. soc.* 2003, pp. 591-606.
- RIVERO (Jean), *D.* 1947, p. 149.
- RIVERO (Jean), « La réglementation de la grève », *Dr. soc.* 1948, pp. 58 et suiv.
- RIVERO (Jean), « Conventions collectives et solution des conflits collectifs dans la loi du 11 février 1950 », *J.C.P.* éd. G. 1950. I. 875.
- ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, pp. 287-313.
- ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *R.D.P.* 1910, pp. 740-763.
- SALVAGE (Philippe), « Les attributions du délégué syndical en cas de grève », *Dr. soc.* 1986, pp. 624-634.
- SARAMITO, « Les conséquences de la grève sur le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1959, p. 362.
- SAVATIER (René), « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale : l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs de travail », *D. H.* 1938, chron. III, pp. 9-15.
- SINAY (Hélène), « La grève et les "conventions" d'assiduité », *J.C.P.* 1962. I. 1673.
- SINAY (Hélène), « La neutralisation du droit de grève », *Dr. soc.* 1980, p. 250.
- SOURIAU (Marie-Armelle), « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. soc.* 2001, pp. 705-710.
- SUPIOT (Alain), « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.* 2001, pp. 687-704.
- TERNEYRE (Philippe), « Généralité sur le droit de grève dans les services publics », *R.F.D.A.* 1988, pp. 810-814.
- TOULEMON, « Le droit de la grève et la jurisprudence », *Gaz. Pal.* 26 juillet 1960, doctrine.
- TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, pp. 20-36.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Liberté et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge (chronique de convictions à l'occasion de décisions récentes) », *D.* 1988, chron. pp. 63 et suiv.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du travail », *Dr. soc.* 1994, pp. 968-971.
- ZAVARO (M.), « Les primes en cas de grève », *Dr. ouvr.* 1958, p. 375.

2.- Droit de grève dans les services publics

- ANGLERAUD (Daniel), « A propos du service minimum dans les services publics », Déclaration de Daniel ANGLERAUD (secrétaire de la CGT chargé du secteur Droits et Libertés, et Déclaration du bureau confédéral et des fédérations du secteur public et nationalisé, *Dr. ouvr.* 1989, p. 4.
- AUTIN (Jean-Louis), « La grève dans les services publics – Rapport de synthèse », *R.F.D.A.* 1988, pp. 842-857.
- CHARLIER (R.-E.), « Le droit constitutionnel de grève », *J.C.P.* 1948, I, p. 729.
- CHARLIER (R.-E.), « Y a-t-il un droit de grève dans les services publics ? », *J.C.P.* éd. G. 1950, I, 837.
- CHEVALIER (Jacques), « L'ORTF en question (I) », *Dr. soc.* 1972, pp. 353-374.
- CHEVALIER (Jacques), « L'ORTF en question (II) », *Dr. soc.* 1972, pp. 417-448.
- CHORIN (Jacky), « Spécificités liées au caractère d'entreprise de service public : le droit de grève », *Semaine Sociale Lamy* 1993, n° 632.
- CHORIN (Jacky), « Le droit de grève dans les centrales d'EDF », *Dr. soc.* 1998, p. 140.
- CHORIN (Jacky), « La grève dans les services publics – Quelques questions d'actualité », *Dr. soc.* 2003, pp. 567-582.
- CHERSTIA (Philippe), « Le service public, l'usager et le droit de grève », *J.C.P.* éd. Adm., n° 29, 18 juillet 2005, n° 1272, pp. 1151-1156.
- COLSON (Jean-Philippe), « La grève dans les services publics, Présentation », *R.F.D.A.* 1988, pp. 805-810.
- DEBÈNE (Marc), « Le Conseil constitutionnel et “les principes particulièrement nécessaires à notre temps” », *A.J.D.A.* 1978, pp. 531-542.
- DELVOLVÉ (Pierre), « Services publics et libertés publiques », *R.F.D.A.* 1985, pp. 1-11.
- DION-LOYE (Sophie) et MATHIEU (Bertrand), « Le droit de grève : l'affirmation elliptique du constituant, le silence du législateur, la parole du juge », *R.F.D.C.* 1991, pp. 509-528.
- DUGRIP (Olivier), « Les conditions de la soumission des entreprises publiques au service minimum en cas de grève », *Dr. adm. de l'Entreprise* 1989, p. 11.
- DUGRIP (Olivier), *J.C.P.* éd. E, n°26, 29 juin 1989, p. 14.
- DUPIE (Agnès), « Le principe de continuité des services publics », in *Sur les services publics*, Etudes coordonnées par Marie-Josée GUÉDON, Recherches Panthéon Sorbonne, série Sciences juridiques administration publique, éd. Economica, 1982, p. 44.
- FAKI (Clovis-Gilles), « Point de vue syndical », *Dr. soc.* 1989, pp. 811-812.
- FLAUSS (Jean-François), « Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1982, pp. 645-656.
- GARIN (René), « Orientations récentes de la jurisprudence en matière de grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 1966, pp. 267-277.

- GENEVOIS (Bruno), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics », *Dr. soc.* 1989, pp. 796-803.
- GILLI (Jean-Paul), « La loi “anti-grève” : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 1964, chron. XIII, pp. 81-90.
- GILLI (Jean-Paul), « La grève dans les services publics », in GILLI (Jean-Paul) (dir.), *La continuité des services publics*, Paris, PUF, 1973, pp. 131-148.
- HAMON (Léo), « Grève et continuité du service public : mirage de la conciliation ou modalité de l’arbitrage ? », *D.* 1980, chron. pp. 333-336.
- LACHAUME (Jean-François), « Compétence juridictionnelle et réglementation du droit de grève dans les services publics industriels et commerciaux », *C.J.E.G.* 1993, p. 481.
- LAROQUE (Pierre), *Dr. soc.* 1979, p. 100.
- LÉVY (Alain) et ZONCA (Céline), « Le droit de grève à EDF », *Dr. ouvr.* 1996, pp. 395-403.
- LEYMARIE (Constance), « Le droit de grève à la Radiodiffusion-Télévision française – La loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 et la décision du Conseil constitutionnel en date du 25 juillet 1979 », *Dr. soc.* 1980, pp. 7-20.
- LOSCHAK (Danièle), « La dégradation du droit de grève dans le secteur public », *Dr. soc.* 1976, pp. 56-62.
- LYON-CAEN (Gérard), « La réquisition des salariés en grève selon le droit positif français », *Dr. soc.* 1963, pp. 215-219.
- MARQUIS (Céline), « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Dr. soc.* 2003, pp. 583-590.
- MATHIOT (André), « La loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 1963, pp. 595-601.
- MELLERAY (Fabrice), « Les retenues pécuniaires pour fait de grève dans les services publics », *A.J.D.A.* 2003, pp. 1648-1651.
- MELLERAY (Fabrice), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l’introuvable service minimum », *A.J.D.A.* 2007, pp. 1752-1755.
- MORANGE (Georges), « Les grèves et l’État », *D.* 1947, chron. XXX, pp. 117-120.
- OLSACK (Norbert) et SCHAEFFER (Serge), « L’accord sur l’amélioration du dialogue social et la prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *J.C.P. éd. Social*, 28 juin 2005, n° 1001, pp. 9-16.
- OLSZAK (Norbert), « Service minimum : les atouts du rapport Mandelkern », *D.* 2004, p. 2307.
- OLSZAK (Norbert), « Le service minimum dans les transports publics, vu à la lueur de l’enseignement du Professeur Hélène Sinay », *D.* 2005, p. 525.
- Ouardia (T.), « Les libertés publiques sont-elles compatibles avec la notion d’abus de droit ? », *Dr. ouvr.* 1995, p. 536.
- PAULIAT (Hélène), « Droit de grève et continuité du service public : une conciliation sous le regard des collectivités territoriales ? », *J.C.P. Adm.*, 2012, n° 29-33, Etude 2268.

- PAULIAT (Hélène), « Les dirigeants d'EDF peuvent-ils réquisitionner des salariés en cas de grève ? », note sous CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres, J.C.P. Adm.*, 2013, n° 43, Commentaire 2308.
- PELLOUX (R.), « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *R.D.P.* 1947, p. 347.
- PICQUEMAL (Marcel), « Dans le service public : du service fait à la limitation du droit de grève », *Dr. ouvr.* 1978, p. 242.
- PLOUVIN (Joël-Yves), « La résistible ascension du service minimum dans le service national de la radiodiffusion et de la télévision...et ailleurs », *Dr. soc.* 1977, pp. 243-253.
- QUASTANA (Jacques), « Réquisition : état du droit et perspectives », *A.J.D.A.* 1999, pp. 25-27.
- QUERMONNE (Jean-Louis), « Le droit public prétorien de la grève. Bilan d'une république », *D.* 1959, chron. III, pp. 13-20.
- RAMIN (Alain), « La grève dans les services publics en France : quelques réflexions sur la situation de l'usager », *Dr. soc.* 1985, pp. 33-40.
- RAPP (Lucien), « Les conséquences de la grève dans les services publics : réflexions sur l'usager », *R.F.D.A.*, 1988, pp. 832-841.
- RAY (Jean-Emmanuel), « Droit public et droit social en matière de conflits collectifs », *Dr. soc.* 1991, pp. 220-230.
- RAY (Jean-Emmanuel), « Droit de grève et continuité », *Le Monde*, 22 décembre 1995.
- RAY (Jean-Emmanuel), « La grève dans les transports publics. Pour une conciliation des droits », *Dr. soc.* 2004, p. 752.
- RAY (Jean-Emmanuel), « À propos d'une modeste loi censée assurer "la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs" », *Dr. soc.* 2007, pp. 1205-1220.
- RICHER (Laurent), « Droit commun, droit spécial et contrats de service public de transport de voyageurs », *A.J.D.A.* 2009, pp. 1023-1027, spéc. p. 1025
- RIVERO (Jean), « Les grèves d'août 1953 et l'évolution du droit de grève des agents publics », *Dr. soc.* 1953, p. 517.
- ROLLAND (Louis), « Les deux grèves des postes et le droit public », *R.D.P.* 1909, pp. 287-313.
- ROLLAND (Louis), « La grève des agents d'un service public concédé », *R.D.P.* 1910, pp. 504-524.
- ROLLAND (Louis), « La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin », *R.D.P.* 1910, pp. 740-763.
- ROLLAND (Louis), « La grève des tramways de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *R.D.P.* 1916, pp. 587-613.
- ROLLAND (Louis), « Des cas dans lesquels des réquisitions militaires peuvent être opérées et de ce qu'elles peuvent atteindre », *R.D.P.* 1917, pp. 488-530.
- ROLLAND (Louis), « Les réquisitions civiles en temps de guerre », *R.D.P.* 1917, pp. 634-679.

- SALOMON (Jean), « Grèves et réquisitions (Étude d'une évolution) », *J.C.P.* 1963, I, 1749.
- SARAMITO (Francis), « Un précédent dangereux : les restrictions du droit de grève dans les services publics de transport terrestre de voyageurs », *Dr. ouvr.* Avril 2008, pp. 191-198.
- SAUSSAY (du) (Christian), « Le pouvoir réglementaire du chef de service », in *La continuité des services publics*, PUF, 1973, pp. 41-63.
- SCHWARTZ (Rémy), « Le pouvoir d'organisation du service », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, pp. 47-54.
- SELLAMI (Hédy), « Services publics : les préavis de grève à répétition », *R.P.D.S.* 1995, p. 203.
- SELLAMI (Hédy), « Les modalités de la grève dans les entreprises à statut », *R.P.D.S.* 1998, pp. 129-135.
- SENGHA (de) (Arnaud), « Menaces sur le droit de grève dans les services publics : une dérive jurisprudentielle ? », *Dr. ouvr.* 1998, pp. 293-303.
- SILVERA (Victor), « Réflexions sur les statuts spéciaux des fonctionnaires privés par la loi du droit de grève », *A.J.D.A.* 1964, pp. 470-472.
- SINAY (Hélène), « La prohibition des grèves tournantes et des grèves surprises dans les services publics (commentaire de la loi du 31 juillet 1963) », *J.C.P.* 1963. I. 1795.
- SOURIAU (Marie-Armelle), « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. soc.* 2001, pp. 705-710.
- SUPIOT (Alain), « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, p. 777.
- TERNEYRE (Philippe), « Généralité sur le droit de grève dans les services publics », *R.F.D.A.* 1988, pp. 810-814.
- TERNEYRE (Philippe), « Le déclenchement de la grève dans les services publics », *R.F.D.A.* 1988, pp. 815-824.
- TERNEYRE (Philippe), « Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève ? », *Dr. soc.* 1989, pp. 804-810.
- TERNEYRE (Philippe), « Grève dans les services publics », in *Rép. trav.*, Paris, Dalloz, 2006.
- TERNEYRE (Philippe), « La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs : laboratoire d'une ambition plus vaste ou expérience isolée ? », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, décembre 2007, Etude 4, pp. 391-398.
- TEYSSIÉ (Bernard), « Le déroulement de la grève dans les services publics industriels et commerciaux : le primat de la continuité », *R.F.D.A.* 1988, pp. 825-831.
- TORMEN (Bertrand), « Grève et responsabilité », *Juris-PTT* 1989, n°15, p. 4.
- TOUSCOZ (Jean), « Le droit de grève dans les services publics et la loi du 31 juillet 1963 », *Dr. soc.* 1964, pp. 20-36.
- TURPIN (Dominique), « Le droit de grève face à un nouveau "principe de valeur constitutionnelle" », *Dr. soc.* 1980, pp. 441-453.

- VATINET (Raymonde), « Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs (Loi n° 2007-1224, 21 août 2007) », *J.C.P. éd. Social* n° 38 du 18 septembre 2007, Etude 1692, pp. 9-18.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Aspects inattendus de la loi du 31 juillet 1963 : préavis de grève et droit syndical », *D.* 1963, chr. XLI, pp. 269-272.
- VERDIER (Jean-Maurice), « Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du travail », *Dr. soc.* 1994, pp. 968-971.
- VIALA (Albert), « Le service public en crise – Les grèves – Le service minimum », *LPA* 1989, n°21, pp. 10-16.
- VINEY (Geneviève), *Dr. soc.* 1988, p. 416.
- WAQUET (Philippe), « La grève dans les services publics », *RJS* 4/03, pp. 275-283.

3.- Relations collectives de travail

- ANTONMATTEI (Paul-Henri), « Le statut collectif des salariés : jurisprudence récente », *Dr. soc.* 1997, pp. 35-39.
- BONNARD-PLANCKE (Laetitia), « Convention collective et collectivité de travail – Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective) », *Dr. soc.* 2005, pp. 866-872.
- BORENFREUND (Georges) et SOURIAC (Marie-Armelle), « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, pp. 72-86.
- CAEN (Gérard), « L'état des sources du droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p. 1031.
- CHAUMETTE (Patrick), « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », *Dr. soc.* 2008, p. 211.
- CHORIN (Jacky), « Entreprises publiques et droit du travail », *Semaine sociale Lamy*, 25 janvier 1993, n°632.
- COSTA (Jean-Paul), « Les relations de travail dans les services publics : fausses et vraies solutions », *Dr. soc.* 1989, pp. 813-814.
- DEBENE (Marc), « Le Conseil constitutionnel et la République sociale », *Le Quotidien juridique*, 29 octobre 1988, p. 3.
- DESBARATS (Isabelle), « Détachement dans le cadre d'une prestation de travail internationale. – Vers une révision du droit communautaire », *Cah. Dr. entrepr.* Mai 2013, Dossier 18.
- DESPAX (Michel), « La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi », *Dr. soc.* 1982, pp. 672-674.
- DURAND (Paul), « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. soc.* 1952, p. 438.
- DURAND (Paul), « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective. Le "statut du personnel" et la théorie des sources du droit du travail », *C.J.E.G.* 1954, p. 103.
- FREYRIA (Charles), « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1988, pp. 43-56.

- GARDIN (Alexia), « La prise en compte de la vie familiale du salarié dans les normes légales et conventionnelles du travail », *Dr. soc.* 2002, pp. 854-861. LYON-
- LECAT (Donatien), « Temps de travail des personnels navigants aériens : vers une harmonisation communautaire – Ou critique d'une norme technique », *Dr. soc.* 2000, pp. 420-431.
- LOMBARD (Martine), « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *A.J.D.A.* 1991, p. 606.
- LYON-CAEN (Gérard), « Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963, chron. p. 15.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole), « Sur le dialogue social », *Dr. soc.* 2007, pp. 798-807.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole), « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. soc.* 2011, pp. 1072-1082.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole) et alii, « Réformer la représentativité pour refonder la représentation », *Dr. soc.* 2014, pp. 244-250.
- MAUCHAMP (Nelly) et TIXIER (Pierre-Eric), « Accords sociaux dans les entreprises publiques : l'exemple de l'accord EDF-GDF », *GIP Mutations Industrielles* n°70, 29 février 1996, p. 74.
- MERIAUX (Olivier), « La négociation sociale dans les entreprises publiques à statut : les cas d'EDF-GDF et Air France », *Revue de l'IRE*, n°32, 2000/1, p. 159.
- MOREAU (Marc), « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », *Dr. soc.* 1995, pp. 171-177.
- MOREAU (Marie-Ange), « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor-Mittal », *Dr. soc.* 2009, pp. 93-102.
- MORIN (Marie-Laure), « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, pp. 24-32.
- MORVAN (Patrick), « L'articulation des normes sociales à travers les branches », *Dr. soc.* 2009, pp. 679-686.
- OLLIER (Pierre), « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, pp. 680-686.
- PÉLISSIER (Jean), « Droit des conventions collectives – Évolution ou transformation », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, « *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle* », Paris, Dalloz, 2001, pp. 95-111.
- PRUGNAUD (Louis), « Le statut du personnel des entreprises de production, du transport et de distribution d'électricité et de gaz », *C.J.E.G.* 1987, Chron., p. 665.
- SAVATIER (René), « Les rayons et les ombres d'une expérience sociale : l'arbitrage obligatoire des conflits collectifs de travail », *D. H.* 1938, chron. III, p. 9.
- SOURIAU-ROTSCHILD (Marie-Armelle), « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, pp. 395-404.
- SOURIAU (Marie-Armelle), « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects », *Dr. soc.* 2001, p. 709.
- SUPIOT (Alain), « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, pp. 63-73.

- SUPIOT (Alain), « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. comm.* 1985, pp. 621-644.
- SUPIOT (Alain), « L'identité professionnelle », *Mélanges Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, pp. 409-426.
- SUPIOT (Alain), « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. soc.* 2001, pp. 687-704.
- SUPIOT (Alain), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, pp. 59-71.
- TEYSSIÉ (Bernard), « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », *Dr. soc.* 2005, pp. 643-652.
- TEYSSIÉ (Bernard), « À propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2009, pp. 627-630
- VERKINDT (Pierre-Yves), « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 322.

4.- Droit social et concurrence

- ANTOINE (Aurélien), « Droit social, droit de la concurrence et juge administratif. A propos de la décision du Conseil d'État du 21 mai 2008, *Société nouvelle de remorquage du Havre* », *A.J.D.A.* 2008, pp. 1689-1695.
- ANTONMATTÉI (Pierre-Henri), « Droit social, droit de la concurrence : rencontre d'un autre type », *Lamy DE*, Bull. n° 123 (B), décembre 2000.
- IDOT (Laurence), « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? », *Europe* 1999, chr. 11.
- JEAMMAUD (Antoine), « La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, pp. 372 et suiv.
- LYON-CAEN (Antoine), « Droit social et droit de la concurrence », *Mélanges Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, pp. 331-343.
- LYON-CAEN (Gérard), « Droit du travail et droit de la concurrence », *Dr. ouvr.* 1993, pp. 313 et suiv.
- PIROVANO (Antoine), « Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001) », *D. Aff. n°.* 2001, p. 62.

D.- Articles divers

- BERGEL (Jean-Louis), « À la recherche de concepts émergents en droit », *Recueil Dalloz*, 2012, n°24, p. 1567.
- BOURDIEU (Pierre), « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (sous la dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1991, p. 95 et suiv.

- DENOYELLE (Jean), « Deux expériences récentes de médiation », *Dr. soc.* 1955, pp. 353-356.
- DESBARATS (Isabelle), « Détachement dans le cadre d'une prestation de travail internationale. – Vers une révision du droit communautaire », *Cah. Dr. entrepr.* Mai 2013, Dossier 18.
- Dossier : « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes », in *Droit et Société*, n° 75, 2010/2.
- DUCLOS (Laurent), « L'accord emploi comme instrument de gestion des relations professionnelles », in *Cahier des relations professionnelles*, mai 1996, p. 59.
- DUHAMEL (Alain), « La République, l'identité et la souveraineté de la France », *Le Débat*, 2005/2, n°134, pp. 42-51.
- FERRIER (Didier), « La considération juridique du réseau », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, LITEC, 1998, t. 2, pp. 95-113.
- FRYBOURG (M.), « Les réseaux transeuropéens au sens du Titre XII du Traité de Maastricht », *Transports*, n° 369, janvier-février 1995, pp. 44-56.
- GAUTHIER (Pierre-Yves), « L'influence de la doctrine sur les juges », *B.I.C.C.* n° 590 du 15 janvier 2004.
- GIMEO VERDEJO (Carlos), « La réponse communautaire aux blocages des réseaux de transport : application et perspectives d'avenir du règlement n°2679/98 en vue de la protection du marché intérieur », *Cah.dr.eur.* 2002, pp. 45-93
- HAROCHE (Claudine), « Le besoin de continuité », in KOUBI (G.), LE FLOCH (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2011, p. 317.
- HUON de KERMADEC (J.-M.), « Réflexions sur les conclusions contraires des commissaires du gouvernement près le Conseil d'État », *R.D.P.* 1997, p. 1069.
- HURARD (François), « Le réseau universel », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1543-1572.
- JENSON (Jane), *Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada*, in Études des RCRPP n°F/03, Ottawa (Canada), 1998, p. V
- KOUBI (Geneviève) et LE FLOCH (Guillaume), « Conclusion » in KOUBI (G.), LE FLOCH (G.) et GUGLIELMI (G. J.) (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2011, p. 317.
- LECAT (Donatien), « L'administration provisoire des établissements sociaux et médico-sociaux », *R.D.S.S.* n°3/2010, pp. 431-446.
- MATTERA (A.), « Un instrument d'intervention rapide pour sauvegarder l'unicité du marché intérieur : le Règlement n° 2679/98. De nouveaux pouvoirs pour la "Commission Prodi" », *R.M.U.E.* 1999/2, pp. 11-23.
- MAXWELL (Judith), *Social Dimensions of Economic Growth*, Conférences commémoratives Eric John Hanson, 1996, volume VIII, Université de l'Alberta, cité par JENSON (Jane), *Les contours de la cohésion sociale : l'état de la recherche au Canada*, in Études des RCRPP n°F/03, Ottawa (Canada), 1998
- MORANGE (Georges), « Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits », *R.D.P.* 1945, p. 240.
- MOREAU (Yannick), « Existe-t-il une particularité du travail au service de l'intérêt général ? », in *Servir l'intérêt général...* PUF, 2000, pp. 60 et suiv.

- MUÑOZ (R.), « Comment pallier les manquements du recours en manquement ? », *Europe*, février 1999, chron. 2.
- OLSACK (Norbert) et SCHAEFFER (Serge), « L'accord sur l'amélioration du dialogue social et la prévention des conflits à la SNCF : un modèle pour la réduction des grèves dans les services publics ? », *J.C.P. éd. Social*, 28 juin 2005, n° 1001, pp. 9-16.
- OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel) « Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique », in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- SIMON (Denys), « Première application effective de la procédure du "carton jaune subsidiarité" », *Europe* Juillet 2012, repère 7.
- SUPIOT (Alain), « L'évolution du droit du travail et les tâches de la doctrine en l'an 2000 », *Lecture Sinzheimer*, Amsterdam, novembre 2000, 20 pp.
- SUPIOT (Alain), « Introduction », in BODIGUEL (Jean-Luc), GARBAR (Christian-Albert) et SUPIOT (Alain), (dir), *Servir l'intérêt général*, Paris, PUF, 2000, pp. 13-32.
- SUPIOT (Alain), « La contractualisation de la société », in *Qu'est-ce que l'Humain ? Université de tous les savoirs*, vol. 2, Paris, Odile Jacob, 2000.
- VIGNON (Jérôme), « La cohésion sociale dans le contexte de l'Union européenne », intervention in Séminaire du CERC, 2007, p. 29
- VINOIS (Jean-Arnold), « Les réseaux transeuropéens : une nouvelle dimension donnée au Marché unique », *R.M.C.U.E.*, n° 1, 1993, pp. 93-125.

IV.- Conclusions

- ALADJIDI (Frédéric), concl. sur CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *R.F.D.A.* 2013, p. 637.
- BARJOT, concl. sur Cour sup. arb., 14 décembre 1954, *Société Droguet et Ardant*, n° 5, *Dr. soc.* 1955, pp. 282-294.
- BERTRAND (Louis), concl. sur CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, *R.D.P.* 1964, pp. 1214-1215.
- BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 4 février 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques Paul et Longin*, et sur CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, *R.D.P.* 1966, pp. 328-329.
- BERTRAND (Louis), concl. sur CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *R.D.P.* 1968, p. 1099.
- BLUM (Léon), concl. sur CE, 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, *D.* 1913.III.25.
- BOISSARD (Sophie), « Modification du contrat de travail et pouvoir de direction de l'employeur dans les entreprises à statut », concl. sur CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton c./ SNCF*, *Dr. soc.* 2001, p. 953.
- BONICHOT (Jean-Claude), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens et autres*, *L.P.A.* 1^{er} novembre 1995, p. 10.

- BRAIBANT (Guy), concl. sur CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, A.J.D.A. 1970, p. 430.
- CHENOT (Bernard), concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, D. 1944, III, pp. 15-17.
- CORNEILLE (Louis-François), concl. sur CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, R.D.P. 1918, p. 246.
- DENOIX de SAINT-MARC (Renaud), concl. sous CE, Sect., 20 janvier 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, A.J.D.A. 1979, n°4, p. 39.
- FEUILLOLEY, conclusions sur Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, D. P. 1902. 1. 326
- FOURNIER (Jacques), concl. sur CE, 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, Dr. soc. 1961, p. 103.
- FRYDMAN (Patrick), « Droit de grève et obligation de service minimum des agents de la navigation aérienne », concl. sur CE, 12 mai 1989, *UCCEGA*, Dr. soc. 1989, p. 671.
- GAZIER (François), concl. sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, R.D.P. 1950, pp. 702-708.
- GENEVOIS (Bruno), « Droit de grève des agents publics et convention internationale », concl. sur CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres*, Dr. soc. 1981, p. 414.
- GUILLAUME (Gilbert), concl. sur CE, Sect., 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen*, C.J.E.G. 1970, J., p. 231.
- HELBRONNER (Jacques), concl. sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, S. 1914, III, p. 5.
- KAHN (Jean), concl. sur TC, 15 janvier 1968, *Compagnie nationale Air France c./Epoux Barbier*, Rec. p. 798.
- LAROQUE (Pierre), concl. sur C. sup. arb., 19 mai 1939, *Syndicat général du papier-carton et parties similaires des départements de Seine et Seine-et-Oise*, Gaz. Pal. 1939, p. 906.
- LETELLIER, rapport sur Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, D. P. 1902. 1. 323.
- MARTIN (Philippe), concl. sur T. confl., 16 janvier 1995, req. n° 2946, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Compagnie nationale du Rhône c. Électricité de France*, C.J.E.G. 1995, p. 259.
- MASSOT (Jean), « La grève à l'ORTF et la notion de programme minimum », concl. sur CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de Radio et de Télévision CFDT*, Dr. soc. 1977, p. 256.
- MATTER (Paul), concl. sur TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c./Société de l'Ouest-Africain (Bac d'Eloka)*, S. 1924, III, pp. 34-37.
- MAYRAS (Henri), concl. sur CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, Rec. pp. 320 et suiv.

- QUESTIAUX (Nicole), « Le statut du personnel de l'ORTF et son application aux contrats en cours », concl. sur C.E., Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres*, *Dr. soc.* 1969, p. 38.
- ROMIEU (Jean), concl. sur CE, 6 février 1903, *Terrier c./ Département de la Saône-et-Loire*, *D.* 1904.3.66.
- SCHWARTZ (Rémy), « Contestation d'une sentence arbitrale », concl. sur C. sup. arb., 16 mai 2001, *Centrale des travailleurs unis (CTU)*, *R.J.S.* 10/01, p. 757.
- STAHL (Jacques-Henry), « Le droit de grève comme liberté fondamentale et la réquisition des personnels de santé », concl. sur CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, *R.F.D.A.* 2004, pp. 308.
- TARDIEU (Jacques), concl. sur CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.* p. 1302 ; *S.* 1909.3.145.

V.- Notes, commentaires de jurisprudence

- ANTONMATTEI (Pierre-Henri), FAVENNEC-HÉRY (Françoise) et GARBAR (Christian), « L'annulation de l'accord EDF-GDF sur les 32 heures », note sous CA Paris, 22 septembre 1998, *Fédération nationale CGT du personnel des industries de l'énergie et autres c./Fédération nationale de l'électricité et du gaz CGT-FO et autres*, *Dr. soc.* 1998, p. 986.
- BACACHE (Mireille), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *SNCF c./Epx X.*, *D.* 2011, p 1725.
- BLUMANN (Claude), note sous CJCE, gr. ch., 17 nov. 2009, aff. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna*, *JCP éd. G.* 18 janvier 2010, comm. 68.
- BOLLÉ (Jean-Michel), « Le droit de grève dans les services publics », note sous CE, 20 janvier 1975, *Syndicat national de Radiodiffusion et de Télévision et autres*, *Syndicat national des journalistes et autres*, req. n° 89.515 et 89.516, *Dr. soc.* 1976, p. 64.
- CASSIA (Paul), note sous CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, *R.F.D.A.* 2004, p. 321.
- CHARLIER (Robert-Édouard), « Le droit constitutionnel de grève », *J.C.P.* 1948. I. 729.
- COLLY (François), « La distribution du gaz et les régies et sociétés d'économie mixte locale », note sous CE, 28 mars 1990, *Commune de la Réole c./Gaz de France*, *R.F.D.A.* 1990, pp. 627-634.
- DELPIROU (Dominique), obs. sous CE, 28 juin 1989, *Syndicat du Personnel des IEG du Centre de Grenoble CFTD et autres*, *C.J.E.G.* 1989, p. 370.
- DOMINO (Xavier) et BRETONNEAU (Aurélien), « Pour que la lumière soit : de la possibilité pour EDF de limiter le droit de grève dans ses centrales nucléaires », chron. sous CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *A.J.D.A.* 2013, p. 1052.
- DUPRÉ de BOULOIS (Xavier), note sous CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570 et autres, *Fédération FO énergie et mines et autres*, *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 23-25.

- EISENMANN (Charles), note sous CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire, D.* 1938.3. p. 51.
- F.H., note sous CE, 20 avril 1977, Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris, req. n° 3.012, et sous CE, 4 février 1976, Section syndicale du Centre psychothérapique de Thuir, req. n° 97.685, A.J.D.A. 1978, p. 51.
- GALLAND (Henri), obs. sous CPH de la Seine, 26 mars 1947, *Société Hippophagique de détail c./Breuillée*, et sous Trib. civ. de la Seine, 21 avril 1948, *Laboratoire du Bâtiment et des Travaux publics c./ Lhériveau et Florentin, J.C.P.* éd. G. 1948, II, 4367.
- GERVAIS (André), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene, D.* 1950, p. 539.
- GERVAIS (André), note sous Cass., civ., sect. soc., 27 janvier 1956, *Blanc c./SNCF, D.* 1956, p. 485.
- HAURIOU (Maurice), note sous CE, 7 août 1909, *Winkell, S.* 1909.3. p. 146.
- JÈZE (Gaston), « Conséquences d'une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique », note sous CE, 7 août 1909, *Winkell, R.D.P.* 1909, p. 500.
- LACHAUME (Jean-François), « L'application des dispositions relatives à la grève dans les services publics au CEA et à la COGEMA », note sous Cass. soc., 5 juillet 1984, *Commissariat à l'énergie atomique c./Mme Doyen et autres*, req. n° 81-41.323 et sous Cass. soc., 5 juillet 1984, *Société anonyme COGEMA c./M. Breniaux et autres*, req. n° 81-41.302, *Dr. soc.* 1985, p. 45.
- LACHAUME (Jean-François), note sous CE, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports, C.J.E.G.* n° 469, 1991, p. 282.
- LACHAUME (Jean-François), note sous CE, 28 mars 1990, *Commune de la Réole c./Gaz de France, D.* 1991, II, p. 4.
- LOY (Véronique), « Nature du contrat conclu entre EDF et un producteur d'électricité d'origine photovoltaïque », note sous TC, 13 décembre 2010, req. n° C3800, *SNC Green Yellow et les SNC Ksilouest, Ksilest et Ksilnordest c./ Electricité de France (EDF), R.J.E.P.* juillet 2011, jurisprudence n° 34, pp. 17-20.
- LOY (Véronique), « Le droit de grève peut être limité en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public », note sous CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.* et sous CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF, R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 31.
- MAGGI-GERMAIN (Nicole), « Réflexions sur la détermination du champ d'application de la négociation collective dans les entreprises de service public – A propos de l'annulation de l'accord d'EDF-GDF sur les 32 heures (CA Paris, 22 septembre 1998) », *JCP éd. E*, n°7, 18 février 1999, p. 316.
- MINÉ (Michel), note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, *Établissement public La Poste c./Syndicat départemental CGT-PTT du Lot-et-Garonne*, et sous TGI Paris, 24 janvier 1997, *Ministère public c./M. Gueye, Dr. ouvr.* 1999, pp. 77-81.
- PAILLET (Michel), note sous Cons. const., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *D.* 1980, p. 103.
- PIEROT (Robert), « La crise de la notion de tutelle », note sous Cass. soc., 15 avril 1970, *M. Gréard c./Compagnie nationale Air France* et sous Cass. soc., 15 avril 1970, *Compagnie nationale Air France c./M. Trémoulet, Dr. soc.* 1972, pp. 20-28.

- PLOUVIN (Joël-Yves), « La résistible ascension du service minimum dans le service national de la radiodiffusion et de la télévision...et ailleurs », *Dr. soc.* 1977, p. 246
- PONTIER (Jean-Marie), note sous CE, 28 mars 1990, *Commune de la Réole c./Gaz de France*, *A.J.D.A.* 1990, pp. 466-468.
- RICHER (Laurent), « Remarques sur les entreprises privées de service public », *A.J.D.A.* 1997, n° spécial, p. 110.
- RIVERO (Jean), note sous CE, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, *S.* 1948. 3. p. 36.
- RIVERO (Jean), « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'État », note sous CE, Sect., 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices*, *Dr. soc.* 1951, p. 594.
- ROBERT (Jacques), obs. sous CE, Sect., 28 avril 1976, *Sieur Gorin*, *R.D.P.* 1976, p. 1322.
- ROBINEAU (Yves) et FEFFER (Marc-André), chron. sous CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *A.J.D.A.* 1980, p. 90
- ROUAST (André), note sous Cass. soc., 3 octobre 1963, *Compagnie fermière de l'établissement thermal de Vichy c./ Ramiéri*, *D.* 1964. II. p. 20.
- WALINE (Marcel), note sous CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, *R.D.P.* 1950, p. 698.

VI.- Jurisprudences

A.- Juridictions européennes

1.- CJCE

- CJCE, 15 juillet 1964, Aff. n°6/64, *Flaminio Costa c./ Enel*, *Rec.* p. 1141 ; KARPENSCHIF (Michaël) et NOURISSAT (Cyril) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, Coll. « Thémis », p. 15, n°3.
- CJCE, 12 novembre 1969, Aff. n° 29/69, *Stander c./ Ulm*, *Rec.* p. 419.
- CJCE, 17 décembre 1970, Aff. n° 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c./Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide*, *Rec.* p. 1125.
- CJCE, 14 juillet 1971, Aff. n° 10/71, *Hein*, *Rec.* p. 730.
- CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, *Belgische Radio Televisie (BRT) et autres*, *Rec.* pp. 314 et suiv.
- CJCE, 11 juillet 1974, aff. n° 8/74, *Procureur du Roi c./Benoît et Gustave Dassonville*, *Rec.* p.. 837 ; in *Les Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Michaël Karpenschif et Cyril Nourissat, (dir.), Paris, PUF, Coll. « Thémis Droit », 2010, p 61, n° 13.
- CJCE, 3 mai 1978, Aff. n° 112/77, *Töpfer c./Commission*, *Rec.* p. 1019.
- CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Arrêt dit « Cassis de Dijon »), *Rec.* p. 649 ; *R.T.D. eur.* 1980, p.

611, note Jean-Claude MASCLET ; *R.M.C.* 1980, p. 514, note A. MATTERA ; *J.D.I.* 1981, p. 106, note Robert KOVAR.

- CJCE, 2 mars 1983, Aff. n° 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c./Commission européenne*, Rec. p. 485.
- CJCE, 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213 / 84, *Lucas Asjes*, Rec., pp. 1425-1473, concl. C.O. LENZ.
- CJCE, 11 avril 1989, Aff. n° 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Rec. pp. 838 et suiv., concl. C.O. LENZ.
- CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c./ Macroton GmbH*, Aff. n° C-41/90, Rec. pp. I-1979-2022, concl. F. G. JACOBS ; *GAJC*, tome 2, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2002, n° 22, p. 225.
- CJCE, 19 mai 1993, Aff. n° C-320/91, *Paul Corbeau*, *A.J.D.A.* 1993, p. 865, note Francis HAMON ; *Europe* 1994, n°7, p. 1, note Robert KOVAR ; *J.C.P. éd. G.* 22 septembre 1993, n°38, p. 373, chron. Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE ; *Juris-PTT* n° 33, 1993, p. 22, note Françoise MALBO ; *Juris-PTT* 1994, n°36, p. 17, note Christian COURTOIS.
- CJCE, 19 janvier 1994, Aff. n° C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c./ Eurocontrol*, Rec. I-43.
- CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, Aff. n° 393/92, Rec. 1994, p. I-1477 ; *A.J.D.A.* 1994, p. 637, note Francis HAMON ; *C.J.E.G.* 1994, p. 623, concl. DARMON, p. 643, note Alain FIQUET ; *D.* 1995, p. 20, note Jacqueline DUTHEIL de la ROCHÈRE.
- CJCE, 7 décembre 1995, Aff. n° C-41/95, *Conseil de l'Union Européenne c./ Parlement*, Rec. 1995, p. I-4411.
- CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, Aff. n° C-26/95, Rec. I, p. 6959 ; *Europe* février 1998, n° 55, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; *R.F.D.A.* 1998, p. 120, note Louis DUBOUIS.
- CJCE, 23 novembre 1999, Aff. n° C-149/96, *Portugal c./Conseil*, Rec. p. I-8395.
- CJCE, 12 juillet 2001, Aff. n° C-189/01, *Jippes E.A.*, Rec. I-5689.
- CJCE, 8 mai 2003, aff. n° C-14/02, *ATRAL*, Rec. p. I-4431. – CJCE, 7 juin 2007, aff. n° C-254/05, *Commission c./ Belgique*, Rec. p. I-4269.
- CJCE, 12 juin 2003, aff. n° C-112/00, *Eugen Schmidberger*, Rec. I-5659 ; *Europe* 2003, comm. 272, note Anne RIGAUX et Denys SIMON.
- CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c./Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Aff. C-280/00, Rec. 2003, pp. I-7747 et suiv. ; *R.T.D.eur.* 2004, p. 185, note Stéphane BRACQ, p. 33 ; note Michaël KARPENSCHIF, *L.P.A.* 30 mars 2004, n°64, p. 4.
- CJCE, 11 décembre 2007, aff. n° C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP et OÜ Voking Lines Eesti*, *Europe* 2008, comm. 48, note Denys SIMON ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, note Patrick CHAUMETTE ; *J.C.P. éd. G.* 2008, II, 10060, note Christophe VIGNEAU.
- CJCE, 3 avril 2008, Aff. n° C-444/06, *Commission c./ Royaume d'Espagne*, Rec. 2008, p. I-2045, §55 et §56.
- CJUE, 9 décembre 2010, aff. n° C-421/09, *Humanplasma GmbH c./ Republik Österreich*, point 34.

B.- Juridictions administratives françaises

1.- Conseil d'État

- CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, *Rec.* p. 5 ; *S.* 1902. 3. 17, note Maurice HAURIOU ; *GAJA* 16^e éd. 2007, n° 10, p. 62.
- CE, 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.* p. 94, concl. ROMIEU ; *D.* 1904.3.65, concl. ROMIEU ; *S.* 1903.3.25, concl. ROMIEU et note HAURIOU ; *A.J.D.A.* 2003, p. 153, art. D. COSTA.
- CE, 6 décembre 1907, *Chemin de fer de l'Est, du Midi, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*, *Rec.* p. 913, concl. TARDIEU ; *D.* 1909.3.57 concl. TARDIEU ; *R.D.P.* 1908, p. 38, note Gaston JÈZE ; *S.* 1908, III, p. 1, concl. TARDIEU et note Maurice HAURIOU ; *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, MDD, Réédition, 2000, t. I, pp. 16-30 ; *GAJA*, 2005, 15^{ème} éd., n°19, p. 115-121.
- CE, 7 août 1909, *Winkell*, req. n° 37.317, *Rec.* p. 826 ; *S.* 1909.3.145, concl. TARDIEU, note Maurice HAURIOU ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 1996, 11^{ème} édition, n°23.
- CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, *Rec.* p. 302 ; *S.* 1913. 3. 137, note Maurice HAURIOU ; *D. P.* 1914.3.48.
- CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec.* p. 909, concl. Léon BLUM ; *D.* 1916, 3, p. 35, concl. Léon BLUM ; *S.* 1917, 3, p. 15, concl. Léon BLUM ; *R.D.P.* 1914, p. 145, note Gaston JÈZE ; *GAJA* 17^e éd., 2009, n° 25, p. 142.
- CE, 28 juin 1918, req. n° 63.412, *Heyriès*, *Rec.* p. 651 ; *S.* 1922.3.49, note Maurice HAURIOU.
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, *S.* 1918-1919, III, p. 33, note Maurice HAURIOU.
- CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'Armement*, *Rec.* p. 1109 ; *R.D.P.* 1922, p. 77, concl. RIVET.
- CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Rec.* p. 583 ; *R.D.P.* 1930, p. 530, concl. JOSSE ; *S.* 1930.3.73, concl. JOSSE, note ALIBERT ; *GAJA*, Paris, Dalloz, 17^{ème} éd. 2009, n°43, p. 262.
- CE, Ass., 23 juin 1933, *Lavabre*, *Rec.* p. 677 ; *R.D.P.* 1934, p. 280, concl. Rivet ; *S.* 1933.3.81, note Alibert.
- CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, *Rec.* p. 172 ; *S.* 1937. 3. 113, note Jean RIVERO ; *GAJA*, 2003, 14^e éd., Paris, Dalloz, n°51, p. 313.
- CE, 22 octobre 1937, *Dlle Minaire*, *Rec.* p. 843, concl. LAGRANGE ; *D.* 1938.3.49, note Charles EISENMANN.
- CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Rec.* p. 239 ; *D.* 1942, III, p. 138, concl. André SÉGALAT, note P. C. ; *J.C.P.* éd. G. 1942. II. 2046, concl. André SÉGALAT, note Pierre LAROQUE ; *R.D.P.* 1943, p. 57, concl. André SÉGALAT, note Roger BONNARD ; *S.* 1942. III. 37, concl. André SÉGALAT ; *GAJA* 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 54, p. 332.

- CE, Sect., 5 mai 1944, req. n° 66.679, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, Rec. p. 129 ; S. 1945.3.15, concl. Bernard CHENOT ; D. 1944, p. 164, concl. Bernard CHENOT ; R.D.P. 1944, p. 236, concl. Bernard CHENOT, note Gaston JÈZE.
- CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Rec. p. 133 ; D. 1945, III, p. 110, concl. Bernard CHENOT, note Jean DE SOTO ; R.D.P. 1945, p. 256, concl. Bernard CHENOT, note Gaston JÈZE, GAJA, 16^e éd. 2007, n° 56, p. 357.
- CE, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, Rec. p. 213 ; D. 1946, p. 158, note Georges MORANGE ; EDCE 1947, n°1, p. 48, concl. Raymond ODENT ; S. 1946.3.1., concl. Raymond ODENT.
- CE, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, S. 1948. 3. p. 36, note Jean RIVERO.
- CE, Sect., 5 mars 1948, *Marion*, Rec. p. 113 ; D. 1949, p. 147.
- CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur Dehaene*, Rec. p. 426 ; R.D.P. 1950, p. 691, concl. François GAZIER, note Marcel WALINE ; Rev. adm. 1950, p. 366, note LIET-VEAUX ; D. 1950, p. 538, note André GERVAIS ; Dr. soc. 1950, concl. François GAZIER ; S. 1950.3.109, note J.D.V. ; J.C.P. 1950.II.5681, concl. François GAZIER ; GAJA, Paris, Dalloz, 2009, 17^{ème} éd., n° 63, p. 395.
- CE, Sect., 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices*, Dr. soc. 1951, p. 597, note Jean RIVERO ; J.C.P. 1951, II, 6075, concl. AGID
- CE, Sect., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, Rec. p. 345, concl. Jacques CHARDEAU.
- CE, 14 mars 1956, *Hublin et autres*, req. n° 9.331, Rec. p. 117 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 222, chron. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT.
- CE, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, Rec. p. 167 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 272, concl. Marceau LONG, p. 221, chorn. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; R.D.P. 1956, p. 869, concl. Marceau LONG, note Marcel WALINE ; D. 1956, p. 433, note André de LAUBADÈRE ; Rev. adm. 1956, p. 496, note Georges LIET-VEAUX ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 72, p. 466.
- CE, Sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'agriculture c./Consorts Grimouard*, Rec. p. 168 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 187, concl. Marceau LONG, p. 221, chorn. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; D. 1956, p. 429, concl. Marceau LONG, note P.L.J. ; R.D.P. 1956, p. 1058, concl. Marceau LONG, note Marcel WALINE ; Rev. adm. 1956, p. 496, note Georges LIET-VEAUX ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 72, p. 466.
- CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, Rec. p. 317. – CE, 16 avril 1957, *Condamine*.
- CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, Rec. p. 375 ; D. 1956, p. 681, concl. Marceau LONG ; R.D.P. 1957, p. 310, concl. Marceau LONG ; A.J.D.A. 1956, II, p. 472, concl. Marceau LONG et p. 488, chron. Jacques FOURNIER et Guy BRAIBANT ; J.C.P. éd. G. 1957, II, n° 9765, note BLAEVOET ; Rev. adm. 1956, p. 617, note Georges LIET-VEAUX ; Rev. adm. 1957, p. 131, note MORICE ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 73, p. 475.
- CE, 28 novembre 1958, *Lépouse*, R.D.P. 1959, p. 306, note Marcel WALINE ; D. 1959, p. 263, note Jean-Louis QUERMONNE ; A.J.D.A. 1958, I, p. 128, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.
- CE, 10 juin 1959, *Syndicat national des personnels des préfectures et sous-préfectures, centres administratifs et techniques, ateliers mécanographiques et services départementaux*, req. n° 44.129, Rec. p. 354.

- CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p.101 ; J.C.P. éd. G. 1960. II. 10629 bis, note Georges VEDEL.
- CE, Ass., 26 octobre 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne et autres*, req. n° 38.367 et 38.368, Rec. p. 567 ; Dr. soc. 1961, p. 100, concl. Jacques FOURNIER ; A.J.D.A. 1960, p. 648 et p. 98, chron. Michel COMBARNOUS et Jean-Michel GALABERT.
- CE, Sect, 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Rec., p. 60, concl. KAHN ; A.J.D.A. 1961, p. 74, chron. Jean-Michel GALABERT et Michel GENTOT.
- CE, 26 février 1961, *Isnardon*, Rec. p. 150 ; Dr. soc. 1961, p. 356, obs. Jean SAVATIER ; A.J.D.A. 1961, p. 204, chron. Jean-Michel GALABERT et Michel GENTOT.
- CE, 10 novembre 1961, *Sieur Missa et Association « Les résistants de la radiodiffusion française »*, Rec. p. 636 ; A.J.D.A. 1962, p. 40, concl. ORDONNEAU.
- CE, Sect., 19 janvier 1962, *Sieur Bernardet et autres*, req. n° 51.716, Rec. p. 49 ; D. 1962, p. 202, note LECLERCQ.
- CE, Sect., 26 octobre 1962, *Le Moul et Syndicat « Union des navigants de ligne »*, Rec. p. 580 ; Dr. soc. 1963, p. 224, obs. Jean SAVATIER ; A.J.D.A. 1962, p. 673, chron. GENTOT et FOURRÉ.
- CE, Ass., 23 octobre 1964, *Fédération des syndicats chrétiens de cheminots*, req. n° 56.194, Rec. p. 484 ; R.D.P. 1964, p. 1210, concl. Louis BERTRAND ; J.C.P. 1965, II, n°14271, note Gérard BELORGEY ; A.J.D.A. 1964, p. 682, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET ; R.D.P. 1965, p. 700, note Marcel WALINE.
- CE, sect., 20 novembre 1964, req. n° 57.435, *Ville de Nanterre*, Rec. p. 563 ; A.J.D.A. 1964, p. 705, chron. Michèle PUYBASSET et Jean-Pierre PUISSOCHET.
- CE, Ass., 4 février 1966, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, req. n° 63.050 et n° 63.181, Rec. p. 81 ; J.C.P. 1966.II.14802, note Charles DEBBASCH ; R.D.P. 1966, p. 324 concl. Louis BERTRAND ; Dr. soc. 1966, p. 566, note COURVOISIER ; D. 1966, pp. 721, note Jean-Paul GILLI.
- CE, 9 février 1966, *Fédération nationale de l'aviation civile*, req. n° 62.467, Rec. p. 101 ; D. 1966, pp. 722, note Jean-Paul GILLI.
- CE, Ass., 13 janvier 1967, *Syndicat unifié des techniciens de la RTF*, Rec. p. 10 ; A.J.D.A. 1967, p. 270, chron. Jean-Philippe LECAT et Jean MASSOT.
- CE, 26 mai 1967, *Syndicat national des pilotes de lignes*, Rec. p. 740.
- CE, 24 janvier 1968, *Syndicat National du Cadre Secrétaire Comptable*, Rec. p. 53.
- CE, Sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres*, Rec. p. 150 ; Dr. soc. 1969, pp. 33-40, concl. Nicole QUESTIAUX.
- CE, 13 juillet 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, Rec. p. 444 ; R.D.P. 1968, p. 1094, concl. Louis BERTRAND ; A.J.D.A. 1968, p. 271, chron. Jean-Louis DEWOST et Renaud DENOIX de SAINT-MARC.
- CE, 22 novembre 1968, *Syndicat chrétien de l'administration centrale des Affaires sociales*, req. n°72.940, Rec. p. 583.
- CE, Sect, 13 juin 1969, *Commune de Clefcy*, req. n° 76 261, Rec. p. 308.
- CE, Sect., 6 mai 1970, *Établissements Etchegoyen*, Rec., p. 309 ; C.J.E.G. 1970, J., p. 231, concl. Gilbert GUILLAUME.

- CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et Syndicat national des agents de direction de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer*, req. n° 65.845 et 66.040, *Rec.* p. 596.
- CE, 2 avril 1971, *Sieur Pachoud*, *Rec.* p. 271.
- CE, Ass., 1^{er} juin 1973, *SNPNC et autres*, *J.C.P.* 1974, n°17779, concl. Gabriel VUGHT.
- CE, Ass., 2 novembre 1973, *SA « Librairie François Maspero »*, in *GAJA*, Dalloz, 2001, 13^{ème} éd., p. 640.
- CE, 20 janvier 1975, *Syndicat national de Radiodiffusion et de Télévision et autres, Syndicat national des journalistes et autres*, req. n° 89.515 et 89.516.
- CE, 7 janvier 1976, *Centre hospitalier régional d'Orléans*, req. n° 92.162, *Rec.* p. 10 ; *A.J.D.A.* 1976, p. 576, obs. S.S.
- CE, 4 février 1976, *Section syndicale CFDT du Centre psychothérapique de Thuir*, req. n° 97.685, *Rec. T.* p. 970 ; *A.J.D.A.* 1978, p. 49, obs. F. H. ; *R.D.P.* 1976, p. 1348, obs. Roland DRAGO.
- CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de Radio et de Télévision CFDT, Dr. soc.* 1977, p. 261, concl. Jean MASSOT.
- CE, Sect., 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle et autres*, req. n° 97.939-97.940-97.941 *Rec.*, p. 153, concl. Jean MASSOT.
- CE, 20 avril 1977, *Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris*, req. n° 3.012, *Rec.* p. 175 ; *A.J.D.A.* 1978, p. 49, note F.H. ; et p. 228, note Joël-Yves PLOUVIN ; *Dr. soc.* 1977, p. 252, note Jean MASSOT ; *R.D.P.* 1977, p. 916, n°13, obs. Roland DRAGO.
- CE, 14 octobre 1977, *Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales*, req. n° 98.807, *Rec.* p. 383.
- CE, Ass., 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin*, req. n° 07.636, *Rec.* p. 30 ; *D.* 1980, IR, p. 302, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *J.C.P.* 1980, II, 19450, note Élisabeth ZOLLER ; *A.J.D.A.* 1980, p. 99, chron. Yves ROBINEAU et Marc-André FEFER ; *Rev. adm.* 1980, p. 606, obs. Jean-Jacques BIENVENU et Stéphane RIALS.
- CE, 4 février 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres*, req. n° 18.482, *Rec.* p. 45 ; *A.J.D.A.* 1981, p. 453, note S.S. ; *D.* 1981, IR, p. 286, obs. Pierre DELVOLVÉ ; *Dr. soc.* 1981, p. 412, concl. Bruno GENEVOIS.
- CE, 4 mars 1983, *Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine*, *J.C.P.* éd. G. 1984, II, 20211, note DEBOUY.
- CE, 8 juillet 1983, *M. Barthes et autres*, n° 28.935, *Rec. T.* p. 793.
- CE, 1^{er} juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des Postes et Télécommunications CGT, Dr. adm.* 1984, n°323 ; *R.F.D.A.* 1988, p. 850.
- CE, 6 novembre 1985, *Ministre d'État, ministre des Transports c./Compagnies Touraine Air Transports et autres, D.* 1986, III, p. 584, note Nicolas Rainaud.
- CE, 6 novembre 1985, *Société Condor-Flugdienst*, req. n° 48.630, *Rec.* p. 313.
- CE, 12 mai 1989, *UCCEGA*, *Rec. T.* p. 750 ; *Dr. soc.* 1989, p. 669, concl. Patrick FRYDMAN.

- CE, 5 juillet 1989, *Mme Saubot et autres*, req. n° 87 188, *Rec.* p. 159.
- CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108.243, *Rec.* p. 190, concl. Patrick FRYDMAN ; *J.C.P.* 1989.II.21371, concl. Patrick FRYDMAN ; *R.F.D.A.* 1989, p. 812 ; *R.T.D.Eur.* 1989, p. 771 ; *R.G.D.I.P.* 1989, p. 1041 ; *A.J.D.A.* 1989, chron. Edmond HONORAT et Eric BAPTISTE, p. 756, note SIMON, p. 788 ; *R.F.D.A.* 1989, note Bruno GENEVOIS p. 824, note Louis FAVOREU p. 993, note Louis DUBOUIS p. 1000 ; *R.F.D.A.* 1990, obs. David RUZIÉ, *R.D.P.* 1990, note TOUCHARD.
- CE, 28 mars 1990, *Commune de la Réole c./Gaz de France*, req. n° 75.855, *A.J.D.A.* 1990, p. 466, note Jean-Marie PONTIER ; *D.* 1991, II, p. 4, note Jean-François LACHAUME ; *R.F.D.A.* 1990, p. 27, note François COLLY ; *C.J.E.G.* 1990, p. 261, concl. Henri TOUTÉE.
- CE, 24 septembre 1990, req. n° 58657, *M. Boisdet*, *Rec.* p. 251 ; *L.P.A.*, 12 octobre 1990, n°123, p. 15, concl. Martine LAROQUE ; *A.J.D.A.* 1990, p. 863, chron. Edmond HONORAT et Rémy SCHWARTZ ; *R.F.D.A.* 1991, p. 172, note Louis DUBOUIS ; *R.G.D.I.P.* 1991, p. 964, note Dominique ROUSSEAU.
- CE, 16 janvier 1991, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT)*, *C.J.E.G.* n° 469, septembre 1991, pp. 279-280, note Jean-François LACHAUME, p. 286 et suiv ; obs. Denis BROUSSOLLE, *A.J.D.A.* 1991, pp. 924-925.
- CE, 13 novembre 1992, *Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile*, req. n° 83.177 et 83.702, *Rec.* p. 1063 ; *A.J.D.A.* 1993, p. 221, note Bertrand MATHIEU ; *D.* 1993, Somm. p. 253, obs. DEBORD ; *R.J.S.* 1993, n°173, p. 118.
- CE, Sect, 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes Force ouvrière et Fédération nationale CGT des tabacs et allumettes*, req. n°72462 et 72776, *A.J.D.A.* 1993, pp. 739-742, chron. Christine MAUGÜÉ et Laurent TOUVET ; *C.J.E.G.* 1993, pp. 509-518, concl. Gilles LE CHATELIER ; *Dr. ouvr.* 1994, p. 85, obs. Francis SARAMITO.
- CE, Ass. gén., 18 novembre 1993, *Avis n° 355.255, Statut des agents de France Télécom*, in GAUDEMET (Yves) et alii, *Grands Avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, n° 30, p. 305, commentaire Laurent RICHER.
- CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens et autres*, *Rec.* p. 290 ; *A.J.D.A.* 1995, p. 692, chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUVAUX ; *C.J.E.G.* n° 530, mars 1997, p. 114 ; *LPA*, 1^{er} novembre 1995, p. 6, concl. Jean-Claude BONICHOT ; *Dr. soc.* 1996, p. 186, commentaire Jacky CHORIN ; *R.J.S.* 1995, n°1188, note Xavier PRÉTOT ; *Dr. ouvr.* 1996, p. 127, obs. Francis SARAMITO.
- CE, 25 septembre 1996, req. n° 149284, *Ministre du budget c./ Mme Emard et autres*, *Rec. Lebon*, p. 351 ; *D.* 1996, p. 248.
- CE, 15 janvier 1997, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports (FNAUT)*, req. n° 129.653, *Rec. T.*, p... – CE, 2 juillet 1969, *Ministre de l'Education nationale c./Association d'Education populaire « l'Espérance » à Confolens*, req. n° 78 136, *Rec.* p. 351.
- CE, Sect., 17 mars 1997, *M. Hotz et autres*, *Rec.* p. 89 ; *C.J.E.G.* 1997, p. 264, concl. sur COMBREXELLE, note Jean-Philippe PAPIN ; *Dr. soc.* 1997, p. 533, note Jean-Emmanuel RAY ; *Dr. soc.* 1998, p. 140 (article de Jacky CHORIN). *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY ; *J.C.P.* éd. G. 1997, IV, 2089, obs. M.C. ROUAULT et I, 4072, chr. Jacques PETIT.

- CE, Sect., 17 mars 1997, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, req. n° 123.912, *A.J.D.A.* 1997, pp. 533-541, note Marc BELLANGER et Gilles DARCY.
- CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec.* p. 406, concl. Jacques-Henri STAHL ; *C.J.E.G.* 1997, p. 441, concl. Jacques-Henri STAHL ; *A.J.D.A.* 1997, p. 945, chr. Thierry-Xavier GIRARDOT et Fabien RAYNAUD ; GAJA, Paris, Dalloz, 2013, 18^e éd., n° 98, p. 724.
- CE, 30 novembre 1998, req. n° 183359, *Mme Rosenblatt et autres*, *Rec. Lebon T.* p. 901 ; *D.* 1999, p. 21.
- CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton c./ SNCF*, req. n° 222.600, *R.F.D.A.* 2001, p. 969 ; *A.J.D.A.* 2001, pp. 648-651, chron. Matthias GUYOMAR et Pierre COLLIN ; *Dr. soc.* 2001, p. 948, concl. Sophie BOISSARD ; *C.J.E.G.* n° 584, 2002, p. 84, concl. Sophie BOISSARD et p. 94, note Nicole MAGGI-GERMAIN.
- CE, 9 décembre 2003, *Mme Aguillon*, *R.F.D.A.* 2004, p. 306, concl. Jacques-Henri STAHL, note Paul CASSIA ; *Dr. ouvr.* Avril 2004, p. 184, note Mireille PANIGEL-NENNOUCHE ; *Dr. soc.* 2004, p. 172, concl. Jacques-Henri STAHL.
- CE, 1^{er} décembre 2004, *MM. Onesto et autres c./ RATP et Ministre des Transports*, *Rec.* p. 447 ; *A.J.D.A.* 2004, p. 2367, obs. Marie-Christine DE MONTECLER ; *Dr. adm.* février 2005, p. 22, note Martine LOMBARD.
- CE, 8 mars 2006, req. n° 278999, *MM. Onesto et autres*, *A.J.F.P.* 2006, p. 206, concl. Rémi KELLER ; *J.C.P. éd. Social* 2006, p. 34, n° 1316, note Bernard GAURIAU.
- CE, Sect., 22 février 2007, req. n° 264.541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, *A.J.D.A.* 2007, p. 793, chron. Frédéric LENICA et Julien BOUCHER ; *R.F.D.A.* 2007, p. 803, note Claudie BOITEAU ; *R.D.S.S.* 2007, p. 499, concl. Célia VÉROT et p. 517, note Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI.
- CE, ord. réf., 28 janvier 2009, req. n° 324433, *Syndicat SUD-RATP*, inédit.
- CE, ord. réf., 7 juillet 2009, req. n° 329284, *Fédération CGT et M. Christophe B.*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.
- CE, ord. réf., 15 juillet 2009, req. n° 329526, *Société EDF*, *R.J.E.P.* octobre 2009, n° 43, p. 30, note Véronique LOY.
- CE, 29 avril 2010, req. n° 323179, *Époux Belligaud*, *Rec.* p. 126, concl. Mattias GUYOMAR ; *A.J.D.A.* 2010, p. 926 ; *ibid.* p. 1642, chron. Sophie-Justine LIÉBER et Damiens BOTTEGHI ; *ibid.* p. 1916, étude Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY et Emmanuel GLASER ; *R.D.I.* 2010, p. 390, obs. O. FÉVROT ; *R.F.D.A.* 2010, p. 557, concl. Matias GUYOMAR ; *ibid.* p. 572, note Fabrice MELLERAY.
- CE, 23 juin 2010, req. n° 306237, *Comité mixte à la production de la direction des achats d'électricité de France*, *Rec. Lebon T.*, p. 690.
- CE, ord. réf., 23 mai 2011, req. n° 349215, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c./ M. Plante*, inédit.
- CE, Ass., 12 avril 2013, req. n° 329.570, *Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres*, *JurisData* n° 2013-006760 ; *A.J.D.A.* 2013, p. 766, Obs. Diane POUPEAU ; *ibid.* p. 1052, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETONNEAU ; *R.J.E.P.* 2013, n° 34, pp. 21 et suiv, note Xavier DUPRÉ de BOULOIS ; *R.F.D.A.*

2013, p. 637, concl. Frédéric ALADJIDI ; *J.C.P. éd. Adm. et coll. territ.* 2013, n° 43, Commentaire 2308, Hélène PAULIAT.

2.- Cours administratives d'appel

- CAA de Nancy, 18 décembre 2003, *Syndicat Sud-PTT*, req. n° 98NC01080, *A.J.F.P.* 2004, p. 165.

3.- Tribunaux administratifs

- TA Paris, 3 avril 1968, *Syndicat National des Pilotes de Lignes c./Air France et Ministre des Transports*, *Dr. soc.* 1969, pp. 41-46, concl. CROCHET-DAMAIS.
- TA de Strasbourg, 8 avril 1980, *Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach*, *Rec.* p. 890.
- TA de Montpellier, 9 avril 1980, *Syndicat départemental CFDT de l'Hérault*, *Rec.* p. 891.
- TA Strasbourg, 24 janvier 1985, *Syndicat départemental des services de santé et des services sociaux CFDT du Bas-Rhin c./Centre de transfusion sanguine de Strasbourg*, *D.* 1986, p. 77, note Joël-Yves PLOUVIN.

C.- Juridictions judiciaires françaises

1.- Cour de cassation

- Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./Hufflen*, *D. P.* 1902. 1. 326.
- Cass. civ., 13 novembre 1906, *Christofle et comp. c./Tardy*, *D. P.* 1907. 1. 372.
- Cass. civ., 15 mai 1907, *Valentin Roussel et fils c./Chambeau*, *D. P.* 1907. 1. 369, note Ambroise COLIN.
- Cass. civ., sect. soc., 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c./Dame Roth*, *Bull. civ. IV*, n° , p. 372 ; *Dr. soc.* 1951, p. 532.
- Cass. civ., sect. soc., 9 juillet 1951, *Houillères du Bassin des Cévennes c./Bord*, *Dr. soc.* 1952, p. 115, note Paul DURAND.
- Cass. civ., sect. soc., 19 juin 1952, *Houillères du Bassin de la Loire c./Moularde*, req. n° 1.239, *Bull. civ. IV*, n° 531, p. 383.
- Cass. soc., 14 janvier 1954, *SNCF c./Vigeanne*, *D.* 1954, *Somm.* p. 57 ; *Dr. soc.* 1954, p. 226.
- Cass., civ., sect. soc., 27 janvier 1956, *Blanc c./SNCF*, *D.* 1956, p. 481, note André GERVAIS.
- Cass. crim., 29 janvier 1957, *Saunier*, *J.C.P.* 1957, II, 9862.

- Cass. soc., 5 avril 1957, *Larriot c./ Port Autonome de Bordeaux*, J.C.P. éd. G. 1957, II. 10137.
- Cass. civ., sect. soc., 11 octobre 1957, *Nouaux et autres c./ Société française d'entretien et de réparation de matériel aéronautique*, req. n° 4.686, *Bull. civ. IV*, n° 950, p. 671 ; *Gaz. Pal.* 1957. 2. 319.
- Cass. civ., sect. soc., 23 avril 1959, *Franchetti et autres c./Société française du pneu Englebert*, req. n° 57-40.873, *Bull. civ. IV*, n° 516, p. 425 ; *D.* 1959, p. 513 ; *Dr. ouvr.* 1959, p. 401.
- Cass. soc., 7 janvier 1960, *Pequet c./ Société Duverdrey et Bloquel*, req. n° 58-40.695, *Bull. civ. IV*, n° 20, p. 17.
- Cass. civ., sect. soc., 14 janvier 1960, *Régie autonome des Transports de la Ville de Marseille c./ Sieur Narbonne*, *Dr. soc.* 1960, p. 491.
- Cass. soc., 14 janvier 1960, *Bury c./ Aciéries et Forges d'Anor*, J.C.P. 1960, II, 11692, obs. Raymond LINDON.
- Cass. soc., 18 février 1960, *Chouin et autre c./Sté Ouest-Aviation*, req. n° 57-40.746, *Bull. IV*, n° 199, p. 155.
- Cass. soc., 2 mars 1960, *SNCF c./Guerre*, *Dr. soc.* 1960, p. 421, note H. F.
- Cass. soc., 13 décembre 1962, *Bard c./Société Ducellier-Bendix-Air-Equipement*, *Dr. soc.* 1963, p 226, obs. Jean SAVATIER.
- Cass. soc., 3 octobre 1963, *Goazioux c./ SA Krieg et Zivy*, *D.* 1964, II, p. 3, note Gérard LYON-CAEN.
- Cass. soc., 15 avril 1970, *M. Gréard c./Compagnie nationale Air France*, et Cass. soc., 15 avril 1970, *Compagnie nationale Air France c./M. Trémoulet*, *Dr. soc.* 1972, pp. 29-30, note Robert PIEROT.
- Cass. soc., 7 décembre 1978, *Martinez c./ Houillères du bassin du Centre et du Midi*, *Bull. civ.*, V, n° 841, p. 632.
- Cass. ch. mixte, 4 février 1983, *Société de boulonnerie et visserie de Sablé et autres c./EDF*, *Bull. civ. V*, n° 1 et 2 ; *D.* 1984, IR, p. 165, obs. GOINEAU ; *Dr. soc.* 1983, p. 627, note VINEY ; *R.F.D.A.* 1988, p. 850.
- Cass. soc., 5 juillet 1984, *Société anonyme COGEMA c./M. Breniaux et autres*, req. n° 81-41.302, *Bull. civ. V*, n°298, p. 225 ; *Dr. soc.* 1985, p. 45, note Jean-François LACHAUME.
- Cass. soc., 6 février 1985, *SNPNC c./ Air Inter*, req. n° 82-16.447, *Bull. civ. V*, n°82, p. 61 ; *J.C.P.* éd. E 1986, I, 15146, n°16, obs. Bernard TEYSSIÉ.
- Cass. soc., 1^{er} juillet 1985, *Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Gard c./Syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux du Gard, Delafont et autres*, *Dr. ouvr.* 1986, p. 311.
- Cass. soc., 25 juin 1987, *Mme Devière et autre c./Association pour la formation professionnelle dans le bâtiment et les travaux publics du département de l'Aisne (AFOBAT)*, req. n° 84-42.829, *Bull. civ. V*, n° 433, p. 275.
- Cass. soc., 11 mai 1993, *Rousson*, *Dr. soc.* 1993, p. 958, note Jacky CHORIN.
- Cass. soc., 16 novembre 1993, *Société Atochem c./Aifa et autres*, *Dr. soc.* 1994, pp. 54-55.
- Cass. soc., 7 juin 1995, *Société Transport Seroul c./M. Beillevaire et autres*, req. n° 93-46.448, *Bull. civ. V*, n° 180.

- Cass. soc., 17 juillet 1996, *EDF-GDF c./M. Filoni*, n°95-41745, *Bull. civ. V*, n°296, p. 208 ; *J.C.P.* 1997, n°10, p. 111, note Jacky CHORIN.
- Cass. soc., 17 juillet 1996, *SNCF c./Mme Agnès Delafontaine et autres*, n°95-41831, Inédit.
- Cass. soc., 13 novembre 1996, *Mme Direr c./ M. Bolard*, req. n° 93-42.247, *Bull. civ. V*, n° 379, p. 272 ; *J.C.P.* éd. G, 1997, II, n°22754, rapport Philippe WAQUET et note Danielle CORRIGNAN-CARSIN ; *Dr. ouvr.* 1997, p. 143, note Francis SARAMITO ; *Dr. soc.* 1997, p. 368, note Christophe RADÉ.
- Cass. Soc., 22 avril 1997, *SNCF c./M. Jean-Claude Regnier et autres*, N°95-41537.
- Cass. soc., 16 juillet 1997, *Le Port autonome de Bordeaux c./ Syndicat CGT des personnels du Port autonome de Bordeaux*, *Bull. civ. V*, n° 269 ; *R.J.S.* 1997, p. 702, n°1130 ; *C.S.B.* 1997, p. 294, S. 165.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mai 1998, *Établissement public La Poste c./Syndicat départemental CGT-PTT du Lot-et-Garonne*, *Bull. civ. V*, n° 182, p. 123 ; *Dr. ouvr.* 1999, p. 77, note Michel MINÉ ; *A.J.F.P.* 1998, n°6, p. 27, note Serge PETIT.
- Cass. soc., 7 mai 2003, *EDF-GDF c./ M. X. et autres*, n° 01-41309 à n° 01-41316, Inédit.
- Cass. civ. 1^{ère}, 8 novembre 2007, pourvoi n° 05-20637, *SNC AOL France c./UFC Que Choisir : Comm. com. électr.* 2008, comm. 7, obs. Anne DEBET.
- Cass. com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *Sté CNIM c./ EDF*, *Bull. civ. IV*, n° 265 ; *D.* 2008, p. 154, note Xavier DELPECH ; *Rev. des contrats*, 2008/2, p. 262, note Thomas GENICON, p. 287, note Geneviève VINEY ; *R.T.D.Civ.* 2008, n°2, p. 310, note Patrice JOURDAIN ; *Revue Lamy Droit des affaires*, 2008, n° 28, p. 37, note Christine BOILLOT.
- Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-21645, *M. Dezalle c./Sté Free Télécom*, *D.* 2009, p. 2927, obs. Patrice GUIOMARD.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.056, *SNCF c./Epx X.*, *D.* 2011, p. 1725, obs. Isabelle GALLMEISTER ; *ibid.* p. 1745, éditorial de Félix ROME ; *ibid.* p. 1725, note Mireille BACACHE ; *RTD Civ.* 2011, p. 547, note Patrice JOURDAIN

2.- Cours d'appel

- CA d'Angers, 9 mai 1990, *GAEC de Champverneux c./EDF*, *C.J.E.G.* 1991, p. 72, note Christian BINET. – Cass. civ., 24 janvier 1995, *Société Héliogravure Jean Didier c./EDF*, *R.J.S.* 6/95, p. 450, n° 691.
- CA Paris, 31 mars 1994, *SNCF c./ Epx Beneteaud*, *D.* 1994, p. 134.
- CA Paris, 4 octobre 1996, *SNCF c./ Association des usagers des services publics d'Elancourt et de ses environs et autres*, *JCP* éd. G. 1997, II, 22811, note Philippe BRUN et Gilles PAISANT ; *D.* 1996, p. 243.
- CA Paris, 22 septembre 1998, *Fédération nationale CGT du personnel des industries de l'énergie et autres c./Fédération nationale de l'électricité et du gaz CGT-FO et autres*, *Dr. soc.* 1998, pp. 986-999, note Pierre-Henri ANTONMATTÉI, Françoise FAVENNEC-HÉRY et Christian GARBAR ; *JCP* éd. E, n°7, 18 février 1999, pp. 310-316, note Nicole MAGGI-GERMAIN.

- CA Paris, 26 mai 1999, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy CDG c./SNC Transroissy*, R.J.S. 10/99, n°1278, p. 787.
- CA Paris, 11 janvier 2002, *Union locale CFTC c./Sté Aircar et autre*, R.J.S. 2002, n°520, p. 394.
- CA Versailles, 15 septembre 2005, n° 04/05564, *SNC AOL France c./ UFC Que Choisir* : *Juris-Data* n° 2005-283144 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 171, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK.
- CA Paris, 22 septembre 2010, n° 08/14438, *SELARL ACACCIA et M. Rémi Rouquette c./SNCF*, *D.* 2011, p. 12, obs. Isabelle GALLMEISTER ; *ibid.* p. 1445, chron. Hugues KENFACK ; *RJDA* 2011, n° 144 ; *Bull. transp.* 2010, p. 727, obs. M. TILCHE ; *JCP éd. G.* 2010, n° 47, note A. CLERC ; *JurisData* n° 2010-023260.

3.- Tribunaux (civils, de grande instance, correctionnels)

- TI Cherbourg, 12 juill. 2007, *Jena-Marie L. c./ SNC AOL France* : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 135, obs. Anne DEBET.
- Trib. civ. de la Seine, 21 avril 1948, *Laboratoire du Bâtiment et des Travaux publics c./ Lhériveau et Florentin*, *J.C.P.* éd. G. 1948, II, 4367, obs. Henri GALLAND ; *S.* 1948. 2. 76.
- Trib. civ. de la Seine, 7^{ème} Chambre, 16 novembre 1949, *Société Hôtel Meurice c./Legay*, *D.* 1950, II, pp. 11-13.
- TGI d'Aix-en-Provence, Référé, 18 décembre 1995, *EDF c./ Naselli et autres*, *Dr. ouvr.* 1996, p. 402.
- TGI de Paris, 4 février 1997, *Compagnie Air-France Europe c./Syndicat des pilotes d'Air France et autres*, *Dr. ouvr.* 1997, p. 427, note F.S.
- TGI Paris, 5 avr. 2005, *UFC Que Choisir c/ SA Liberty Surf Group sous l'enseigne Tiscali et SA Tiscali Accès* : *Juris-Data* n° 2005-266903 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. 104, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK.
- TGI Paris, 21 févr. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-295356.
- Trib. corr. de la Seine, 4 décembre 1934, *D. P.* 1935. 2. 57, note Marcel WALINE, précité.

4.- Conseils des Prud'hommes

- CPH de la Seine, 26 mars 1947, *Société Hippophagique de détail c./Breuillée*, *J.C.P.* éd. G. 1948, II, 4367, obs. Henri GALLAND.

D.- Autres juridictions

1.- Conseil constitutionnel français

- Cons. const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, J.O.R.F. du 18 juillet 1971, p. 7114 ; A.J.D.A. 1971, p 537, note Jean RIVERO ; GDCC, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., n°19, pp. 252 et suiv.
- Cons. constit., Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33 ; A.J.D.A. 1979, n°9, p. 46 ; R.D.P. 1979, p. 1705, note Louis FAVOREU ; Cahier du CFPC, 1982, n°10, p. 41, note Louis FAVOREU ; D. 1980, p. 333, note Léo HAMON ; Rev. adm. de L'Est de la France, 1980, p. 87, note J.-P. JARNEVIC ; D. 1980, p. 101, note PAILLET ; A.J.D.A. 1980, p. 191, note LEGRAND ; J.C.P. éd. G. 1981.II.19547, note BEGUIN ; Dr. soc. 1980, p. 441, note Dominique TURPIN ; Pouvoirs, 1979, n°11, p. 196, note P. AVRIL et J. GICQUEL ; Dr. soc. 1980, p. 7, note Constance LEYMARIE (Article) ; Séance du mercredi 25 juillet 1979, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, n° 24, p. 301.
- Cons. const., décision n°80-117 DC du 22 juillet 1980, *Examen de la loi sur la protection et contrôle des matières nucléaires*, Rec. p. 42 ; D. 1981, note FRANCK ; Dr. soc. 1980, p. 441, note TURPIN ; R.D.P. 1980, p. 1652, note Louis FAVOREU.
- Cons. const., décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, Rec. p. 61.
- Cons. const., décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141 ; A.J.D.A. 1986, p. 102
- Cons. const., Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 48 ; J.O.R.F. 29 juillet 1987, p. 8508 ; R.F.D.A. 1987, p. 807, note Bruno GENEVOIS.
- Cons. constit., décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, Rec. p. 59, cons. 11.
- Cons. const., Décision n° 94-347 DC du 21 juillet 1994, R.F.D.C. 1994, p. 826, note Jérôme TREMEAU ; L.P.A. 1995, n°51, p. 4, note Bertrand MATHIEU ; D. 1995, Somm. p. 350, obs. Jérôme TREMEAU.
- Cons. const., décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, J.C.P. (G.) 1996, I, 3965, note Claudie BOITEAU ; R.A.1996, p. 510, note Pierre ESPLUGAS ; L.P.A. 1997, n°70, p. 19, note Michel VERPEAUX ; D. 1998, Somm. p. 151, obs. Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN.
- Cons. constit., décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, J.O.R.F. du 5 mai 2004, p. 7998, cons. 9.
- Cons. constit., décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, texte 6 sur 139.
- Cons. const., décision n° 2012-650 DC du 15 mars 2012, *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*, J.O.R.F. n° XX du 20 mars 2012, p. 5028, texte 4 ; Rec. p. 149 ; Dr. soc.

2012, n°7/8, p. 708, note Valérie BERNAUD ; Dr. ouvr. 2012, n°771, p. 676, note Pierre-Yves GAHDOUN ; R.J.E.P. 2012, n°702, p. 21, note Loïc GRARD ; R.R.J.D.P. 2013, n°2013-2, p. 851, note Thomas M'SAÏDIE.

2.- Tribunal des conflits

- TC, 8 février 1873, *Dugave et Bransiet*, *Rec.* 1^{er} suppl., p. 70.
- TC, 22 janvier 1921, *Colonie de la Côte d'Ivoire c./Société de l'Ouest-Africain (Bac d'Eloka)*, *S.* 1924, III, 34, concl. MATTER ; *D.* 1921, III, p. 1, concl. MATTER ; *GAJA* 17^e éd., 2009, n° 36, p 216.
- TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, *Rec.* p. 1327, concl. ROUCHON-MAZERAT ; *S.* 1937, 3, p. 97, note ALIBERT.
- TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, *Rec.* p. 614. L'organisation d'une colonie de vacances avait été qualifiée par le Tribunal des conflits de service public social.
- TC, 28 mars 1955, *Effimief*, *Rec.* p. 617 ; *D.* 1956, p. 433, note BLAEVOET ; *Rev. adm.* 1955, p. 285, note Georges LIET-VEAUX ; *A.J.D.A.* 1955, II, p. 332, note J.A.
- TC, 25 novembre 1963, *Veuve Mazerand*, *Rec.* p. 792.
- TC, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c./ Epoux Barbier*, *Rec.* p. 790, concl. Jean KAHN ; *D.* 1969, note Jean-Marie AUBY ; *R.D.P.* 1968, p. 893, note Marcel WALINE ; *R.D.P.* 1969, p. 142, concl. Jean KAHN ; *A.J.D.A.* 1968, p. 225, chron. Jean MASSOT et Jean-Louis DEWOST ; *Dr. ouvr.* 1969, p. 177, concl. Jean KAHN et note BOITEL ; *Dr. soc.* 1969, p. 51, note Jean SAVATIER ; *C.J.E.G.* 1969, p. 525, note A. C.
- TC, 24 juin 1968, *Ursot*, *Rec.* p. 798 ; *D.* 1969, p. 416, note Jean du BOIS de GAUDUSSON ; *A.J.D.A.* 1969, p. 139, note LEMASURIER.
- TC, 15 janvier 1979, *Dame Le Cachey*, *Rec.* p. 561, concl. MORISOT.
- TC, 29 juin 1987, *Bungener*, *Rec.* p. 492
- TC, 26 novembre 1990, *Demoiselle Salliège*, *Rec.* p. 402. – TC, 22 juin 1992, *Madame Rouquier*, *Rec.* p. 836.
- TC, 16 janvier 1995, req. n° 2946, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et Compagnie nationale du Rhône c. Électricité de France*, *Rec.*, p. 489 ; *C.J.E.G.* 1995, p. 259, concl. Philippe MARTIN.
- TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c./Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani)*, *A.J.D.A.* 1996, p. 399, chron. Jacques-Henri STAHL et Didier CHAUVAUX ; *R.F.D.A.* 1996, p. 818, concl. Philippe MARTIN ; *J.C.P.* 1996, II, 22664, note MOUDOUDOU.
- TC, 24 septembre 2001, *Bouchot-Plainchant c./ Fédération départementale des chasseurs de l'Allier*, *Rec.* p. 746.
- TC, 1^{er} juillet 2002, *M. Laroche et autres c./Société Air France*, req. n° 02-03.325, *BICC* 2002, n°18, p. 27.
- TC, 13 décembre 2004, *Société Guibor EURL c./ Société Euronext Paris*, *Rec.* p. 520 ; *J.C.P. éd. E.* 2005, n° 783, note TEBOUL.

VII – Avis

- CE, avis du 30 août 1950 rendu par la Commission de la Fonction publique, *Dr. ouvr.* 1957, p. 277.
- CE, Section des Travaux publics et Section sociale réunies, Avis du 22 juin 1978, n° 322.931, *Ministre des Transports, GACE*, Paris, 2002, 2^e éd., n° 10, p. 135, obs. Christian VIGOUROUX et Didier CASAS.
- CE, Sect. des Travaux publics, Avis, *Rapport annuel 2001 du Conseil d'État, E.D.C.E.* n° 52, Paris, La Documentation française, 2001, p. 105.
- CE, Sect. des Travaux publics et Sect. sociale réunies, avis du 30 octobre 2002, n°368.402, *Rapport du Conseil d'État 2003*, pp. 199-200.
- CE, Sect. des Travaux publics et sect. sociale réunies, avis sur le projet de loi relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *Rapport du Conseil d'État 1999*, pp. 122-123.
- CE, Sect. des Travaux publics, Avis du 24 octobre 1995, n° 357.203, *R.J.S.* 7/96, n°829 ; *E.D.C.E.* n° 47, 1996, pp. 458-459.
- Conseil de la concurrence Avis du 28 avril 1998, *Bulletin officiel de la Concurrence*, du 15 juillet 1998, p. 383.
- Commission des clauses abusives, recommandation n° 2007-01 relative aux contrats proposant aux consommateurs les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision (« triple play »), *BOCCRF* 31 juill. 2007, p. 976.

VIII.- Rapports

A.- Rapports divers

- BERGOUGNOUX (J.), *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, (Commissariat général au Plan), Paris, La Documentation française, 2000, 347 pp.
- BESSON (J.), « L'expérience allemande de libéralisation du secteur postal », *rapport annuel de la CSSPPT*, 1998-1999, p. 73.
- CESE, 4 novembre 2009, Avis n° TEN/389, « Les services d'intérêt économique général : quel partage des compétences entre l'UE et les États membres ? », rapporteur M. Hencks.
- CHERTIER (Dominique-Jean), *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier ministre, 31 mars 2006, 77 pp.
- Commissariat général du Plan, *Transports : pour une cohérence stratégique*, rapport de l'atelier présidé par Alain Bonnafous, La Documentation française, 1995.
- DENOIX de SAINT-MARC (Renaud), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1996, 87 pp.

- DESBAZEILLE (Bertrand) et *alii*, « Organisation de la sécurité ferroviaire dans la perspective de la transposition des directives européennes », Rapport du CGPC, Paris, Octobre 2004, 38 pp.
- E.N.A., L'ouverture des marchés du gaz et de l'électricité en Europe, la mise en place des instances de régulation, Séminaire « Energie et Société », Promotion Copernic, Strasbourg, 2003, 83 pp.
- Groupe de travail du Comité interministériel des Entreprises publiques, présidé par Simon NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, remis à M. Georges Pompidou, Premier ministre, Avril 1967, Paris, La Documentation française, 131 pp.
- HADAS-LEBEL (Raphaël), Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, Rapport au Premier ministre, Mai 2006, 134 pp.
- HAENEL (Hubert) et GERBAUB (François), *Fret ferroviaire français : la nouvelle bataille du rail*, Rapport au Premier ministre, février 2003, 42 pp.
- Haut Conseil du Secteur Public, « Les entreprises de services publics », *Rapport 1990*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 88.
- Haut Conseil du Secteur Public, *Les services publics en réseaux face au progrès technique et à la mondialisation*, Paris, La Documentation française, Coll. « Rapports officiels », 1998.
- MANDELKERN (Dieudonné), Rapport de la Commission pour la continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, au ministre de l'Équipement et des Transports, Paris, juillet 2004, 117 pp.
- MASSÉ, BLOCH-LAINÉ et MASSELIN, *Rapport sur la situation des salaires du secteur nationalisé*, Paris, La Documentation française, 1963.
- Mémoire du gouvernement français en date du 17 mars 1993, cité par Sénat, Rapport d'information, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, *sur les services d'intérêt général en Europe*, par M. Hubert Haenel, Sénateur, n° 82, Séance du 16 novembre 2000, p. 58 et 59.
- MONTI (Mario), « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européenne », Rapport au président de la Commission européenne José Manuel Barroso, 9 mai 2010, 129 pp.
- PE, Commission des affaires économiques et monétaires, rapport du 27 juillet 2006 n° 2006/2101(INI) sur une proposition de résolution.
- POISSON (Jean-Frédéric) et BIEHLER (Marc), « La négociation collective et les branches professionnelles », rapport au Premier ministre, 28 avril 2009, La Documentation française, 523 pp.
- SANSAS (Denis) et *alii*, *Le réseau des bureaux de poste : accessibilité au service postal et proximité*, Rapport du Conseil général des Technologies de l'Information, Paris, Avril 2004, 37 pp.
- SILICANI (Jean-Ludovic), Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France, Paris, La Documentation française, Avril 2008, 240 pp.
- STOFFAËS (Christian) (dir.), *Services publics comparés en Europe : exceptions françaises, exigences européennes*, Rapports de Séminaires de l'ENA, Paris, La Documentation française, 1997.

- STOFFAËS (Christian) et alii, *L'Europe, avenir du ferroviaire*, rapport au ministre des transports, Editions ASPE, 1995.
- STOFFAËS (Christian), *Services publics, question d'avenir*, Rapport Commissariat général au Plan, Odile Jacob, 1995,
- TOUTÉE (Jean), *Rapport sur l'amélioration des procédures de discussions des salaires dans le secteur public*, in *Dr. soc.* 1964, pp. 278 à 286.
- VINCENT (Daniel), *L'avenir du transport ferroviaire en Europe*, Rapport du groupe des sages présidé par Daniel Vincent, juin 1996.
- WALRAVE (M.) (dir.), *Les réseaux de services publics dans le monde – organisation – régulation – concurrence*, Commissariat général du Plan, Paris, Éditions ASPEurope, Collection Rapports officiels, 1995, 241 pp.

B.- Rapports du Conseil d'État

- Conseil d'État, Rapport public 1994, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, EDCE n° 46, Paris, 1995, La Documentation française, 599 pp.
- Conseil d'État, *Rapport public 1998*, « L'intérêt général », *E.D.C.E.* n° 50, Paris, 1999, La Documentation française, 570 pp.
- Conseil d'État, Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, *E.D.C.E.* n° 53, Paris, 2002, La Documentation française, 465 pp.
- Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, Paris, 2013, La Documentation française, 200 pp.

C.- Communications

- Commission européenne, Livre blanc, « Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaire », COM (96) 421 final, 30 juillet 1996, 54 pp.
- Commission européenne, « Les services d'intérêt général en Europe », (96/C 281/03), *J.O.C.E.* n° C 281 du 26 septembre 1996, pp. 3-12.
- Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, 40 pp.
- Commission européenne, La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix, Livre Blanc, Bruxelles, 2001, 128 pp.
- Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », (2001 / C 17/04), *J.O.C.E.* n° C 17 du 19 janvier 2001, 27 pp.
- Commission européenne, Rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken, « Les services d'intérêt général », COM(2001) 598 final, 17 octobre 2001, 24 pp.
- Communication de la Commission, sur l'état des travaux relatifs à l'examen d'une proposition de directive-cadre sur les services d'intérêt général, COM(2002) 689 final, 4 décembre 2002, 4 pp.
- Commission européenne, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 270 final, 21 mai 2003, p. 27.

- Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, COM(2004) 374 final, 12 mai 2004, p. 20.
- Communication de la Commission, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne », COM(2006) 177 final, 26 avril 2006, 11 pp.
- Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725 final, 20 novembre 2007, 15 pp.

IX.- Législation et réglementation

A.- Lois

- Loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791
- Loi du 3 juillet 1877 *relative aux réquisitions militaires*, J.O.R.F. du 6 juillet 1877 ; D. P. 1877, IV, p. 53.
- Loi du 13 juillet 1911, *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1911*, D.P. 1911, IV, pp. 132 et suiv.
- Loi du 29 octobre 1921, J.O.R.F. du 12 novembre 1921, p. 12550.
- Loi du 28 juillet 1928 *ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité*, J.O.R.F. du 31 juillet 1928, p. 8555 ; D. 1929, IV, p. 156.
- Loi du 11 décembre 1932 *fixant le statut de l'aviation marchande*, J.O.R.F. du 15 décembre 1932 ; D. 1933.IV, pp. 289 et suiv.
- Loi du 24 juin 1936 *modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du Livre 1^{er} du code du travail : « De la convention collective de travail »*, J.O.R.F. du 26 juin 1936 ; D. 1936, IV, p. 219.
- loi du 31 décembre 1936 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1937, p. 127.
- loi du 4 mars 1938, *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage*, J.O.R.F. du 5 mars 1938 ; D. 1939, IV, p. 169, comm. Pierre DUCLOS.
- Loi du 11 juillet 1938, *sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre*, J.O.R.F. du 13 juillet 1938 ; Errata, J.O.R.F. des 14 et 24 juillet 1938 ; D. 1939, IV, p 209.
- Acte dit loi du 14 septembre 1941, D. A. 1941, p. 483.
- Loi n° 46-188 du 14 février 1946 relative au personnel des exploitations minières et assimilées, J.O.R.F. du 15 février 1946, p. 1362.
- Loi n° 46-628 du 8 avril 1946, *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz*, J.O.R.F. du 9 avril 1946, p. 2951 ; D. 1946. IV. 161.
- Loi n° 46-991 du 10 mai 1946 *portant fixation de la date légale de cessation des hostilités*, J.O.R.F. du 12 mai 1946, p. 4090 ; D. 1946, IV, p. 219.

- Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 *relative au statut général des fonctionnaires*, D. 1946, IV, pp. 410 et suiv.
- Loi n° 47-344 du 28 février 1947 *maintenant provisoirement en vigueur au-delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions prorogées par la loi du 10 mai 1946 portant fixation de la date légale de cessation des hostilités*, J.O.R.F. du 1^{er} mars 1947, p. 1903 ; rectificatifs J.O.R.F. du 2 mars 1947, p. 1934 et du 9 mars 1947, p. 2157 ; D. 1947, IV, p. 109.
- Loi n°47-2384 du 27 décembre 1947 *portant réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité*, J.O.R.F. du 28 décembre 1947, p. 12494.
- Loi n° 48-341 du 28 février 1948 *maintenant provisoirement en vigueur au-delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1947 et la loi du 30 août 1947*, J.O.R.F. du 29 février 1948, p. 2125 ; D. 1948, IV, p. 109.
- Loi n° 48-976 du 16 juin 1948, *portant institution de la Compagnie nationale Air-France*, J.O.R.F. du 17 juin 1948, p. 5863 ; D. 1948. IV. 227.
- Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 *relative au statut spécial des personnels de police*, J.O.R.F. du 29 septembre 1948, p. 9532.
- Loi n° 49-266 du 26 février 1949 *maintenant provisoirement en vigueur au-delà du 1^{er} mars 1949 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1948*, J.O.R.F. du 27 février 1949, p. 2100 ; D. 1949, IV, p. 149.
- Loi n° 50-205 du 11 février 1950 *relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail*, J.O.R.F. du 12 février 1950, p. 1688.
- Loi n° 50-244 du 28 février 1950 *maintenant provisoirement en vigueur au-delà du 1^{er} mars 1950 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 26 février 1949*, J.O.R.F. du 1^{er} mars 1950, p. 2359 ; D. 1950, IV, p. 62.
- Loi n° 50-400 du 3 avril 1950, *portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliarat*, J.O.R.F. du 6 avril 1950, p. 3704 ; D. 1950, IV, p. 95.
- Loi n° 57-833 du 26 juillet 1957, *favorisant le règlement des conflits collectifs de travail*, J.O.R.F. du 28 juillet 1957, p. 7459 ; Erratum, J.O.R.F. du 1^{er} août 1957, p. 7586 ; D. 1957, IV, p. 226.
- Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 *relative à certaines modalités de la grève dans les services publics*, J.O.R.F. du 2 août 1963, p. 7156.
- Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 *relative à certains personnels de la navigation aérienne*, J.O.R.F. du 3 juillet 1964, p. 5810. – Erratum au J.O.R.F. du 7 juillet 1964, p. 5979.
- Loi n° 68-695 du 31 juillet 1968, *portant loi de finances rectificative pour 1968*, J.O.R.F. du 2 août 1968, p. 7515.
- Loi n° 71-458 du 17 juin 1971 *relative à certains personnels de l'aviation civile*, J.O.R.F. du 18 juin 1971, p. 5851.
- Loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 *portant statut de la radiodiffusion-télévision française*, J.O.R.F. du 4 juillet 1972, p. 6851.
- Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 *portant statut général des militaires*, (J.O.R.F. du 14 juillet 1972, p. 7430)

- Loi n° 74-696 du 7 août 1974 *relative à la radiodiffusion et à la télévision*, J.O.R.F. du 8 août 1974, p. 8355.
- Loi n° 76-632 du 13 juillet 1976 *complétant la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif*, J.O.R.F. du 14 juillet 1976, p. 4219.
- Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 *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*, J.O.R.F. du 27 juillet 1979, p. 1950.
- Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle*, J.O.R.F. du 30 juillet 1982, p. 2431.
- Loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 *relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics*, J.O.R.F. du 20 octobre 1982, p. 3163.
- Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 *relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail*, J.O.R.F. du 14 novembre 1982, pp. 3414 et suiv.
- Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, *d'orientation des transports intérieurs*, J.O.R.F. du 31 décembre 1982, p. 4004.
- 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*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1985, p. 9.
- Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 *portant diverses dispositions d'ordre social*, J.O.R.F. du 4 janvier 1985, p. 94.
- Loi n° 85-662 du 3 juillet 1985 *relative aux mesures concernant, dans les eaux territoriales et les eaux intérieures, les navires et engins flottants abandonnés*, J.O.R.F. du 4 juillet 1985, p. 7502.
- Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication*, J.O.R.F. du 1^{er} octobre 1986, p. 11755 ; D. 1986, p. 495.
- Loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 *relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs*, J.O.R.F. du 23 juillet 1987, p. 8199.
- Loi n° 87-1014 du 18 décembre 1987 *relative au corps des officiers contrôleurs en chef de la circulation aérienne*, J.O.R.F. du 19 décembre 1987, p. 14800.
- Loi n° 87-1132 du 31 décembre 1987 *autorisant, en ce qui concerne la prise de possession des immeubles nécessaires à l'organisation ou au déroulement des XVI^{es} Jeux Olympiques d'hiver d'Albertville et de la Savoie, l'application de la procédure d'urgence et la réquisition temporaire*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 1988, pp. 12-13.
- Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 *relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications*, J.O.R.F. du 8 juillet 1990.
- Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 *favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires*, J.O.R.F. du 14 juillet 1990, p. 8322 ; D. 1990, IV, p. 328.
- Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 *relative à l'entreprise nationale France Télécom*, J.O.R.F. du 27 juillet 1996, p. 11384.

- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, J.O.R.F. du 11 février 2000, pp. 2143-2159.
- Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 *relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie*, J.O.R.F. du 4 janvier 2003, p. 265.
- Loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 *relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France*, J.O.R.F. du 10 avril 2003, p. 6326.
- Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 *relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom*, J.O.R.F. du 1^{er} janvier 2004, p. 9.
- Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 *relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, J.O.R.F. du 11 août 2004, p. 14256, texte 1.
- Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 *portant statut général des militaires*, J.O.R.F. du 26 mars 2005, p. 5098.
- Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 *relative aux aéroports*, J.O.R.F. n°93 du 21 avril 2005 page 6969, texte n° 1.
- Loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 *sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise*, J.O.R.F. du 22 avril 2006, texte 1/122.
- Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 *sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs*, J.O.R.F. du 22 août 2007, page 13956, texte n° 2.
- Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, J.O.R.F. du 4 janvier 2008, p. 258, texte n° 1.
- Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 *relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, J.O.R.F. n°0285 du 9 décembre 2009 page 21226, texte n° 1.
- Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 *relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*, J.O.R.F. n°0034 du 10 février 2010 page 2321, texte n° 1.
- Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 *portant nouvelle organisation du marché de l'électricité*, J.O.R.F. n°0284 du 8 décembre 2010 page 21467, texte n° 3.
- 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*, J.O.R.F. n°0068 du 20 mars 2012, page 5026, texte n° 2.
- Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 *portant réforme ferroviaire*, J.O.R.F. n°0179 du 5 août 2014 page 12930, texte n° 3.

B.- Ordonnances

- Ordonnance n°45-2488 du 24 octobre 1945 *portant création d'Aéroports de Paris*, J.O.R.F. du 25 octobre 1945, p. 6888.
- Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 *relative au statut spécial des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire*, J.O.R.F. du 7 août 1958, p. 7423.
- Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, J.O.R.F. du 23 décembre 1958, p. 11551.

- Ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959, *relative aux réquisitions de biens et de services*, J.O.R.F. du 8 janvier 1959, p 548 ; D. 1959, IV, p 212.
- Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre 2004 *relative à la partie législative du code de la défense*, J.O.R.F. n°296 du 21 décembre 2004, page 21675, texte n° 30.
- Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 *relative au code du travail*, J.O.R.F. n°61 du 13 mars 2007, page 4740, texte n° 5.
- Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 *relative à la partie législative du code des transports*, J.O.R.F. n°0255 du 3 novembre 2010, page 19645, texte n° 2.
- Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 *portant codification de la partie législative du code de l'énergie*, J.O.R.F. n°0108 du 10 mai 201, page 7954, texte n° 56.

C.- Décrets

- Décret (-Loi) du 31 août 1937, *portant réorganisation du régime des chemins de fer*, J.O.R.F. du 1^{er} septembre 1937, p. 10065 ; S. 1937. IV. 546.
- Décret du 28 novembre 1938 *portant règlement d'administration publique pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1938*, J.O.R.F. du 29 novembre 1938, pp. 13423-13431.
- Décret n° 46-1433 du 14 juin 1946 *relatif au statut du personnel des exploitations minières et assimilées*, J.O.R.F. du 15 juin 1946, p. 5274, rectificatif, J.O.R.F. du 22 juin 1946, p. 5565.
- Décret n°46-1541 du 22 juin 1946, *approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières*, J.O.R.F. du 25 juin 1846, p. 5680.
- Décret n° 47-906 du 24 mai 1947 *portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières*, J.O.R.F. du 25 mai 1947, p. 4813.
- Décret n° 48-1114 du 12 juillet 1948 *portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne*, J.O.R.F. du 13 juillet 1948, p. 6830.
- Décret n° 49-636 du 5 mai 1949 *portant réquisition du personnel navigant de la compagnie nationale Air-France, chargé de l'exécution des services internationaux*, J.O.R.F. du 6 mai 1949, p. 4444.
- Décret n° 50-51 du 13 janvier 1950 *portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne*, J.O.R.F. du 14 janvier 1950, p. 539.
- Décret n° 50-278 du 8 mars 1950 *portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières*, J.O.R.F. du 9 mars 1950, p. 2668.
- Décret n°50-635 du 1^{er} juin 1950, *portant application de l'article 31-o de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail*, J.O.R.F. du 7 juin 1950, p. 6095.
- Décret n° 51-334 du 20 mars 1951 *concernant la réquisition de certaines catégories de personnel de la Société nationale des chemins de fer français*, J.O.R.F. du 22 mars 1951, p. 2922.

- Décret n° 52-77 du 15 janvier 1952 *portant approbation du cahier des charges type des transports de gaz à distance par canalisations en vue de la fourniture de gaz combustible*, *J.O.R.F.* du 19 janvier 1952, p. 816.
- Décret n° 53-690 du 7 août 1953 *portant réquisition du personnel de la Société nationale des chemins de fer français*, *J.O.R.F.* du 9 août 1953, p. 7010.
- Décret n° 53-719 du 9 août 1953 *portant réquisition du personnel des postes, télégraphes et téléphones*, *J.O.R.F.* du 10 août 1953, p. 7069.
- Décret n° 54-1173 du 24 novembre 1954 *relatif aux modalités d'applications de la loi 53-1237 du 14 décembre 1953 tendant à fixer le statut du personnel de la caisse nationale de l'énergie*, *J.O.R.F.* du 26 novembre 1954, p. 11079.
- Décret du 3 octobre 1956 *concernant des réquisitions de personnes*, *J.O.R.F.* du 4 octobre 1956, p. 9447.
- Décret du 5 octobre 1956 *concernant des réquisitions de personnels et de ressources*, *J.O.R.F.* du 6 octobre 1956, p. 9537.
- Décret n° 57-799 du 17 juillet 1957 *autorisant la réquisition de personnels*, *J.O.R.F.* du 19 juillet 1959, p. 7139.
- Décret du 9 septembre 1957 *concernant des réquisitions de personnels et de ressources*, *J.O.R.F.* du 11 septembre 1957, p. 8740.
- Décret n° 59-720 du 12 juin 1959 *autorisant la réquisition de personnels de la Société nationale des chemins de fer français*, *J.O.R.F.* du 13 juin 1959, p. 5869.
- Décret du 22 juin 1960 *autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens*, *J.O.R.F.* du 23 juin 1960, p. 5603.
- Décret n° 60-1468 du 21 décembre 1960 *autorisant la réquisition des personnels navigants de la compagnie nationale Air-France*, *J.O.R.F.* du 30 décembre 1960, p. 12056.
- Décret n° 60-1515 du 21 décembre 1960 *autorisant la réquisition des personnels navigants de compagnies privées de transport aérien*, *J.O.R.F.* du 4 janvier 1961, p. 174.
- Décret n° 61-499 du 19 mai 1961 *autorisant la réquisition des personnels de certains services publics*, *J.O.R.F.* du 20 mai 1961, p. 4578.
- Décret n° 61-518 du 27 mai 1961 *autorisant la réquisition de personnels relevant du ministère des travaux publics et des transports (secrétariat général à l'aviation civile)*, *J.O.R.F.* du 28 mai 1961, p. 4840.
- Décret n° 61-633 du 20 juin 1961 *autorisant la réquisition des internes des hôpitaux publics*, *J.O.R.F.* du 21 juin 1961, p. 5579.
- Décret n° 61-1392 du 19 décembre 1961 *autorisant la réquisition de certains personnels de la Société nationale des pétroles d'Aquitaine*, *J.O.R.F.* du 20 décembre 1961, p. 11685.
- Décret du 30 juin 1962 *autorisant la réquisition des services de certains navires de commerce français et du personnel nécessaire à leur exploitation*, *J.O.R.F.* du 1^{er} juillet 1962, p. 6411.
- Décret n° 62-1121 du 28 septembre 1962 *relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne*, *J.O.R.F.* du 29 septembre 1962, p. 9420.
- Décret n° 62-1261 du 27 octobre 1962 *autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens*, *J.O.R.F.* du 30 octobre 1962, p. 10501.

- Décret n° 62-1296 du 6 novembre 1962 *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 25 novembre 1958 en ce qui concerne le stockage souterrain de gaz combustible*, J.O.R.F. du 8 novembre 1962, p. 10792.
- Décret n° 62-1524 du 20 décembre 1962 *autorisant la réquisition de personnels au sol de la Compagnie nationale Air-France*, J.O.R.F. du 21 décembre 1962, p. 12431.
- Décret n° 63-208 du 27 février 1963 *autorisant la réquisition de personnels dans les houillères de bassin*, J.O.R.F. du 28 février 1963, p. 2043.
- Décret n° 63-220 du 2 mars 1963 *autorisant la réquisition du personnel des houillères de bassin et des Charbonnages de France*, J.O.R.F. du 3 mars 1963, p. 2148.
- Décret n° 63-1070 du 26 octobre 1963 *relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne*, J.O.R.F. du 29 octobre 1963, p. 9664.
- Décret n° 77-868 du 27 juillet 1977 *déterminant les mesures d'application des articles 7-1 à 7-6 de la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, complétée par la loi n° 76-632 du 13 juillet 1976*, J.O.R.F. du 30 juillet 1977, p. 4009.
- Décret n° 83-469 du 8 juin 1983 *portant modification de la troisième partie du code du travail pour l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel*, J.O.R.F. du 11 juin 1983, p. 1762.
- Décret n° 83-817 du 13 septembre 1983, *portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français*, J.O.R.F. du 14 septembre 1983, page 2789.
- Décret n° 85-1332 du 17 décembre 1985 *portant application de la 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*, J.O.R.F. du 18 décembre 1985, p. 14735.
- Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 *relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications*, J.O.R.F. du 30 décembre 1990, p. 16568.
- Décret n° 91-42 du 14 janvier 1991 *portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises*, J.O.R.F. du 15 janvier 1991, p. 747.
- Décret n° 91-60 du 17 janvier 1991 *portant ouverture du droit de réquisition de l'emploi des personnels des compagnies d'armement maritime française*, J.O.R.F. du 18 janvier 1991, p. 918.
- Décret n° 99-1161 du 29 décembre 1999 *relatif à la durée du travail du personnel de la Société nationale des chemins de fer français*, J.O.R.F. du 30 décembre 1999, p. 19821.
- Décret n° 2001-1198 du 17 décembre 2001 *portant modification de l'article 1^{er} du statut national du personnel des industries électriques et gazières*, J.O.R.F. du 18 décembre 2001, p. 20007.
- Décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 *relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz*, J.O.R.F. du 21 mars 2004, p. 5488.

- Décret n° 2004-819 du 18 août 2004 *relatif à l'application aux corps de la fonction publique hospitalière 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*, J.O.R.F. du 20 août 2004, p. 14858.
- Décret n° 2004-820 du 18 août 2004 *relatif à l'application aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale et de ses établissements 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*, J.O.R.F. du 20 août 2004, p. 14859.
- Décret n° 2004-938 du 3 septembre 2004 *relatif à l'indemnisation et aux modalités de calcul de l'indemnité compensatrice forfaitaire prévue à 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*, J.O.R.F. du 5 septembre 2004, p. 15713.
- Décret n° 2004-939 du 3 septembre 2004 *relatif aux conditions de cotisation pour la constitution des droits à pension des fonctionnaires de France Télécom bénéficiant 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*, J.O.R.F. du 5 septembre 2004, p. 15714.
- Décret n° 2004-1190 du 10 novembre 2004 *portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises*, J.O.R.F. du 11 novembre 2004, p. 19105.
- Décret n° 2006-648 du 2 juin 2006 *relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain*, J.O.R.F. du 3 juin 2006 p. 8414.
- Décret n° 2007-244 du 23 février 2007 *relatif aux aérodromes appartenant à l'État et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes*, J.O.R.F. du 25 février 2007, p. 3444.
- Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 *relatif au transport ferroviaire de voyageurs*, J.O.R.F. du 25 août 2010, p. 15328.
- Décret n°2014-530 du 22 mai 2014 *relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du code des transports*, J.O.R.F. du 27 mai 2014, p. 8602.

D.- Circulaires

- Circulaire de M. Pierre Mendès-France, président du conseil, en date du 25 septembre 1954, *sur les mesures propres à assurer la marche des services publics essentiels en cas de grève*, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics*, par M. Capitant, député, J.O.Doc. parl. (A.N.), 1963, n° 461, p. 736.
- Circulaire de M. Guy Mollet, président du conseil, en date du 14 mars 1956, *sur les mesures propres à assurer la marche des services publics essentiels en cas de grève*, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République *sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics*, par M. Capitant, député, J.O.Doc. parl. (A.N.), 1963, n° 461, p. 736.

E.- Arrêtés

- Arrêté du 28 mars 1956, du secrétaire d'État aux travaux publics, aux transports et au tourisme, *fixant les dispositions applicables aux personnels affectés à des services intéressant directement la sécurité aérienne*, in Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) *relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics*, par M. Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 736.
- Arrêté du 5 juillet 1990 *fixant les consignes générales de délestages sur les réseaux électriques*, *J.O.R.F.* du 31 juillet 1990, p. 9213.
- Arrêté du 26 novembre 2009 *relatif à l'imposition d'obligations de service public sur les services aériens réguliers entre Clermont-Ferrand et Strasbourg*, *J.O.R.F.* du 2 décembre 2009, p. 20705.

F.- Règlements UE

- Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 *déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens*, *J.O.C.E.* du 31 décembre 1987, n° L 374, p. 1.
- Règlement (CEE) n° 3976 / 87 du Conseil du 14 décembre 1987 *concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens*, *J.O.C.E.* du 31 décembre 1987, n° L 374 p. 9.
- Règlement (CEE) n° 2407/92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant les licences des transporteurs aériens*, *J.O.C.E.* du 24 août 1992, L 240, p. 1.
- Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires*, *J.O.C.E.* n° L 240 du 24 août 1992, p. 8.
- Règlement (CEE) n° 2409 / 92 du Conseil du 23 juillet 1992 *concernant les tarifs des passagers et de fret des services aériens*, *J.O.C.E.* du 24 août 1992, L 240, p. 15.
- Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 *relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres*, *J.O.C.E.* 12 décembre 1998, n° L 337, p. 8.
- Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, *relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil*, *J.O.C.E.* du 3 décembre 2007, n° L 315, p. 1.
- Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, *établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)*, *J.O.U.E.* du 31 octobre 2008, n° L 293, p. 3.
- Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, 31 mars 2012, COM(2012) 130 final.

G.- Décisions de la Commission européenne

- Décision de la Commission du 28 novembre 2005, *concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, (2005/842/CE), J.O.C.E. 29 novembre 2005, L. 312, p. 67.

H.- Directives UE

- Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux*, J.O.C.E. n° L 395 du 30 décembre 1989 p. 33.
- Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 *relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications*, J.O.C.E. n° L 192 du 24 juillet 1990, p. 10.
- Directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 *modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles*, J.O.C.E. n° L 20 du 26 janvier 1996, p. 59.
- Directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 *modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications*, J.O.C.E. n° L 074 du 22 mars 1996, p. 13.
- Directive 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 *relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la communauté*, J.O.C.E. n° L 272 du 25 octobre 1996, p. 36.
- Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*, J.O.C.E. du 30 janvier 1997, n° L 27, p. 20.
- Directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel*, J.O.C.E. du 21 juillet 1998, n° L 204, p. 1.
- Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil 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 »)*, J.O.C.E. n° L. 108 du 24 avril 2002, p. 51.
- Directive n° 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 37.
- Directive n° 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, J.O.C.E. n° L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

- Directive 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 *modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté*, J.O.C.E. L 52 du 27.2.2008, p. 3.
- Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE*, J.O.U.E. L. 211 du 14 août 2009, p. 55.
- Directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE*, J.O.U.E. L. 211 du 14 août 2009, p. 94.

I.- Positions communes

- Position commune (CE) n°43/94 du 21 novembre 1994, *en vue de l'adoption d'une directive de Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires*, J.O.C.E. C.354/11 du 13 décembre 1994.
- Position commune (CE) n°44/94 du 21 novembre 1994, *en vue de l'adoption d'une directive de Conseil concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure*, J.O.C.E. C.354/19 du 13 décembre 1994.

X.- Conventions collectives / Règles statutaires

- Circulaire N69-25 des directeurs généraux d'EDF et de GDF
- Circulaire PERS 194
- Circulaire PERS 212
- Circulaire PERS 571
- Circulaire PERS 788
- Convention collective nationale étendue par arrêté du 10 janvier 1964, J.O.N.C. du 21 janvier 1964, rectificatif au J.O.N.C. du 4 février 1964.
- Règlement du personnel RH 0077

XI.- Documents parlementaires

A.- Compte-rendu des séances

- Ass. Nat. Constit., 2^{ème} séance du mardi 26 mars 1946, J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)
- Ass. Nat. Constit., 1^{ère} séance du mercredi 27 mars 1946, J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)
- Ass. Nat. Constit., 1^{ère} séance du jeudi 28 mars 1946, J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)

- Ass. Nat. Constit., 2^{ème} séance du jeudi 28 mars 1946, *J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)*
- Ass. Nat. Const., Commission de la Constitution, 17^{ème} séance du mercredi 7 août 1946, p. 278.
- Ass. Nat. Const., Séance du 28 août 1946, *J.O.R.F. Déb. (A.N.C.)*
- Ass. Nat., 2^{ème} séance du jeudi 29 avril 1948, *J.O.R.F. Déb. (A.N.)*
- Ass. Nat., Séance du 25 mai 1948, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*.
- Ass. Nat., 1^{ère} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4197.
- Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 17 juillet 1963, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 4243.
- Ass. Nat., 2^{ème} séance du 9 juin 1964, *J.O. Déb. (A.N.)*, p. 1737.
- Ass. Nat., 2^{ème} séance du mercredi 25 avril 1984, *J.O. Déb. (A.N.)*, 1984, p. 1934.
- Ass. Nat., 1^{ère} séance du 2 octobre 1990, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 3295.
- Ass. Nat., 3^{ème} séance du 16 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)*, p. 1497.
- Ass. Nat., 2^{ème} séance du 11 mars 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* 2003, p. 1886.
- Ass. Nat., 1^{ère} séance du mardi 9 décembre 2003, *J.O.R.F. Déb. parl. (Ass. Nat.)* 2003, p. 11937.
- Ch. Dép., séance du 31 janvier 1929, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. dép.)*, Annexe 1194, p. 143.
- Conseil de la République, séance du vendredi 24 septembre 1948, *J.O.R.F. Déb. parl. (C.R.)*.
- Sénat, 2^{ème} Séance du vendredi 26 juillet 1963, *J.O. Déb. (Sén.)*, 1963, p. 1973.
- Sénat, séance du 23 juin 1964, *J.O. Déb. (Sénat)*, 1964, p. 746.
- Sénat, séance du 27 juin 1979, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* 1979, p. 2389, 2^{ème} col.
- Sénat, séance du 11 février 1999, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* 1999, pp. 884 et suiv.
- Sénat, séance du mardi 17 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 18 juillet 2007, p. 2367.
- Sénat, séance du 18 juillet 2007, *J.O.R.F. Déb. parl. (Sénat)* du 19 juillet 2007, p. 2460.

B.- Projets de loi

- Propositions de M. Saint-Marc Girardin du 30 mars 1844 (in *Le Moniteur* 1844, p. 792) et de M. de Gasparin du 28 février 1846 (in *Le Moniteur* 1846, p. 513).
- Projet de la commission présidée par Lamy Turquet en 1873 (in A. LEFAS, *L'État et les fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1913, pp. 233 et suiv.)
- Projet de loi déposé par Georges Clemenceau en 1909 (in *R.D.P.* 1909, p. 313 et p. 595).

- Projet de loi sur la désignation des agents supérieurs des compagnies de chemin de fer et l'homologation de règlements concernant le personnel, session extraordinaire, séance du 7 novembre 1911, Annexe n° 1268, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. Dép.)*.
- Projet de loi déposé par Alexandre Millerand du 1^{er} juin 1920 (in *R.D.P.* 1920, p. 314 ; *R.F.A.P.* 1983, p. 629).
- Ass. Nat., Projet de loi relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, présenté au nom de M. Georges Pompidou, premier ministre, par M. Louis Joxe, ministre d'État chargé de la réforme administrative, annexe n° 433, séance du 10 juillet 1963, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)*, 1963, p. 709.
- Projet de loi *relatif à certains personnels de la navigation aérienne*, présenté au nom de M. Georges Pompidou, Premier ministre, par M. Marc Jacquet, ministre des Travaux publics et des transports, Annexe n° 897, Séance du 15 mai 1964, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1964, p. 505.
- Ass. Nat., Projet de loi *relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, présenté au nom de M. Lionel Jospin, Premier ministre, par M. Dominique Strauss-Kahn, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, et par M. Christian Pierret, secrétaire d'État à l'industrie, Annexe n° 1253, 9 décembre 1998, p. 24.

C.- Propositions de loi

- Ass. Nat., Proposition de loi adoptée en première lecture par le Sénat, *visant à prévenir les conflits collectifs du travail et à garantir le principe de continuité dans les services publics*, n° 84, séance du 17 juillet 2002.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à aménager les conditions d'exercice du droit de grève*, présentée par M. Charles Cova et autres, députés, n° 975, séance du 25 juin 2003.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti à l'ensemble du service public*, présentée par M. Jean-Michel Bertrand et autres, députés, n° 973, séance du 25 juin 2003.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer l'exercice démocratique du droit de grève dans les services publics et à assurer un service minimal obligatoire*, présentée par M. Maurice Giro et autres, députés, n° 974, séance du 25 juin 2003.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service minimum dans les transports publics en cas de grève*, présentée par M. Francis Delattre, député, n° 1181, séance du 4 novembre 2003.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti destiné à maintenir la continuité des services publics en cas de grève*, présentée par M. Robert Lecou, député, n° 1401, séance du 4 février 2004.
- Ass. Nat., Proposition de loi *relative à la mise en œuvre d'un service essentiel pour les transports terrestres de voyageurs*, présentée par M. Hervé Mariton, n° 1814, séance du 22 septembre 2004.
- Ass. Nat., Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Christian Blanc et autres, députés, n° 1230, séance du 18 novembre 2003.

- Ass. Nat., Proposition de loi constitutionnelle *visant à permettre aux autorités organisatrices de transport de mettre en œuvre le service garanti*, présentée par M. Michel Hunault, député, n° 1879, séance du 20 octobre 2004.
- Sénat, Proposition de loi *tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics*, présentée par MM. Philippe Arnaud et autres, Sénateurs, Annexe n° 491, Séance du 11 juin 1998.
- Sénat, Proposition de loi *visant à instaurer un service garanti pour les transports publics réguliers de voyageurs*, présentée par M. Philippe Arnaud et autres, sénateurs, n° 98, séance du 3 décembre 2003.

D.- Propositions de résolutions

- Sénat, Proposition de résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives, présentée au nom de la commission des affaires européennes par M. Simon Sutour, Sénateur, Session ordinaire de 2011-2012, annexe n° 509, Séance du 25 avril 2012.

E.- Résolutions

- Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives, Session ordinaire de 2011-2012, Séance du 22 mai 2012, n° 119.

F.- Rapports d'information

- Ass. Nat., Rapport de la commission d'enquête, « *Une nouvelle donne pour la SNCF* », par Henri Cuq et Dominique Bussereau, Annexe n° 1381, 1994.
- Ass. Nat., Rapport d'information, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, *sur les transports ferroviaires et l'Europe*, et présenté par MM. Robert Pandraud et Paul Chollet, député, n°1484, séance du 6 juillet 1994, 113 pp.
- Ass. Nat., Rapport de la délégation pour l'Union européenne, *Faut-il défendre le service public ?*, par Franck Borotra, député, 1995, n° 2260.
- Ass. Nat., Rapport d'information, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, *sur les propositions de directives relatives aux chemins de fer communautaires (COM[98] 0480 final/n°E 1163)*, et présenté par M. Didier Boulaud, député, n°1645, séance du 27 mai 1999, 175 pp.
- Ass. Nat., Rapport d'information, *sur le Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général*, par M. Christian Philip, N°1010, Séance du 9 juillet 2003, 45 pp.
- Ass. Nat., Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne *sur le service minimum dans les services publics en*

Europe, et présenté par M. Robert Lecou, député, Annexe n° 1274, Séance du 4 décembre 2003, 105 pp.

- Ass. Nat., Rapport d'information, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, *sur le troisième paquet ferroviaire*, (documents E 2535, E 2536, E 2537 et E 2696), et présenté par M. Christian Philip, député, N° 1886, Séance du 27 octobre 2004, 96 pp.
- Ass. Nat., Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes, *sur la libéralisation du transport ferroviaire en Europe*, et présenté par M. Gérard VOISIN, Député, Annexe No 3204, XIIIe législature, Séance du 9 mars 2011, 216 pp.
- Ass. Nat., Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des affaires économiques, *sur la sécurité et le financement des réseaux de distribution d'électricité*, et présenté par M. Jean Proriol, Député, en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par M. Jean Gaubert, Député, Annexe n° 3307, XIIIe législature, Séance du 5 avril 2011, 147 pp.
- Sénat, Rapport de la commission d'enquête *chargée d'examiner l'évolution de la situation de la SNCF*, par Hubert Haenel et Claude Bélot, 1993.
- Sénat, Rapport d'information, *Les chemins de fer en Europe : l'heure de la vérité et du courage*, et présenté par M. Nicolas About, sénateur, Annexe n°76, 1996-1997.
- Sénat, Rapport d'information, fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan et du groupe d'étude « Poste et télécommunications », *sur les Actes du Colloque « Postes européennes : libéralisation et service public, entre mythes et réalités » organisé par le Sénat le 20 juin 2001*, par M. Gérard Larcher, Sénateur, n°176, Séance du 16 janvier 2002, 88 pp.
- Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne *sur la libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne*, par M. Hubert Haenel, Sénateur, Annexe n° 220, Session ordinaire de 2008-2009, Séance du 12 février 2009, 49 pp.
- Sénat, Rapport fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des dispositions 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, par Mme Isabelle Pasquet et M. Marc Laménie, Sénateurs, Session ordinaire de 2013-2014, n°88, séance du 17 octobre 2013, 137 pp.

G.- Rapports et avis législatifs

- Ch. Dép., Rapport à la Chambre, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ass. Nat.)* n° 3472, annexe à la séance du 29 décembre 1888 ; rapport supplémentaire, doc. 3706, annexe à la séance du 9 avril 1889.
- Ch. Dép., Rapport législatif fait par M. Alexandre Millerand, député, Annexe à la séance du 13 novembre 1911, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. dép.)* 1911, session extr., p. 181.
- Ch. Dép., Session de 1926, Annexe 3228, *J.O.R.F. Doc. parl. (Ch. Dép.)*.

- Ass. Nat. Constit., Rapport fait au nom de la commission de l'équipement national et de la production industrielle, sur le projet de loi relatif au monopole et à la nationalisation de l'électricité et du gaz, par M. Paul Ramadier, député, Annexe 655, 2^{ème} séance du 13 mars 1946, *J.O.R.F.Doc. parl. (A.N.C.)* 1946, p. 639.
- Ass. Nat., Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 433) relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics, par M. Capitant, député, *J.O.Doc. parl. (A.N.)*, 1963, n° 461, p. 737.
- Ass. nat., PERRUT (Francisque), Rapport législatif, 1978, n° 900.
- Ass. nat., Rapport sur la proposition de loi tendant à modifier les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 *relatives au droit de grève au sein du service public de la radiodiffusion-télévision française*, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, par M. Francisque Perrut, député, Annexe 990, Séance du 19 avril 1979, spéc. p. 13.
- Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi (n° 101), adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, *sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, par M. Hervé Mariton, Président, et M. Jacques Kossowski, Rapporteur, treizième législature, séance du 26 juillet 2007, p. 27.
- Ass. nat., Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques de l'environnement et du territoire, *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*, par M. Jacques Kossowski, Rapporteur, treizième législature, n° 1502, 4 mars 2009, p. 20.
- Sénat, Rapport législatif fait par M. Justin Godard, Sénateur, Annexe à la Séance du 17 novembre 1927, *J.O.R.F. Doc. parl. (Sénat)* janvier 1928, p. 751 ; S. 1929, IV, p. 2106, note 2.
- Sénat, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales, *sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, relatif à certaines modalités de la grève dans les services publics*, par M. Roger Lagrange, sénateur, *Doc. Sénat*, session de 1962-1963, 19 juillet 1963, n°198.
- Sénat, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales, *sur la proposition de loi tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics*, par M. Claude Huriet, sénateur, n° 194, 3 février 1999, 253 pp.
- Sénat, Rapport législatif de la commission spéciale *chargée d'examiner le projet de loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*. Sénat, annexe n° 385, Séance du 12 juillet 2007, p. 53.
- Sénat, rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, *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*, par M. Claude Jeannerot, Sénateur, Annexe n°337, Séance du 8 février 2012, 53 pp.

INDEX

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de pages

Index général.....	879
Index des Noms propres.....	890
Index des jurisprudences citées	894
Index des législations et réglementations citées	900

Index général

A2C.....	236	749-752, 755, 762, 844, 848, 850, 858, 860, 862, 863, 864, 870, 1059	
Accords collectifs			
<i>Accord de branche.....</i>	<i>337, 338, 752, 759, 760, 762, 780, 781</i>	Air Inter..... 59, 126, 127, 134, 135, 137, 204, 235, 362, 379, 602, 622, 860	
<i>Accord de réseau.....</i>	<i>782, 784, 786</i>	Alarme sociale. 334, 610, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 668, 669, 670, 765, 784, 1058	
<i>Accord-cadre.....</i>	<i>20, 336, 337, 338, 745, 784, 785, 786</i>	AOL	506, 507, 511, 861
<i>Extension.....</i>	<i>345, 760, 762, 801</i>	ARAF.....	12, 39, 96
Accords professionnels	760, 761, 762	Arbitrage ...	12, 268, 275, 482, 592, 593, 594, 595, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 642, 844, 868
Acte révolutionnaire.....	255, 485	ARCEP.....	39, 173, 191, 218
Acte unilatéral..	426, 610, 730, 738, 744	AREP	236
Action collective	512, 518, 519, 520, 521, 528, 530, 531	AREVA.....	380
Action gouvernementale ..	636, 638, 639	Assemblée constituante.....	288, 713
Administration	616, 643, 686	Assemblée nationale	141, 227, 254, 255, 262, 313, 316, 318, 325, 326, 330, 332, 334, 335, 365, 367, 370, 394, 485, 537, 540, 607, 608, 631, 646, 654, 663, 686, 713, 730, 750, 754, 881, 883
Administration des PTT.....	651	Atos	237
Aéroports de Paris	12, 39, 175, 311, 381, 382, 637, 700, 701, 703, 762, 871	Autorité publique	22, 52, 101, 104, 106, 107, 108, 111, 114, 115, 116, 177, 423, 427, 429, 431, 432, 435, 442, 443, 444, 539, 563, 573, 577, 583, 610, 650, 802, 803
Agents contractuels de droit public..	651	Aviation marchande	677
Aiguilleurs du ciel....	<i>Voir</i> Contrôle de la navigation aérienne	Banque de France.....	731
Air Alpes.....	235	Besoin public.....	610
Air Alsace	235		
Air Charter	235		
Air France	15, 20, 32, 127, 129, 134, 137, 204, 207, 209, 226, 228, 234, 235, 239, 351, 359, 360, 366, 372, 381, 382, 397, 402, 620, 621, 625, 629, 659, 662, 677, 700, 703, 709, 713, 718, 719, 721, 725, 729, 730, 733, 734, 737-739, 743, 745, 746,		

- Besoins collectifs 617, 618, 619
- Besoins des usagers du service
public..... 639
- Besoins économiques et sociaux du
pays 639
- Besoins essentiels de la population. 640,
642
- Bouygues Télécom..... 503
- Branche professionnelle.. 337, 755, 780,
781
- Cahier des charges 60, 63, 81, 90, 96,
149, 150, 152, 169, 175, 191, 192,
196, 197, 233, 350, 486, 487, 507,
697, 872, 874, 875
- Calberson 235
- Capgemini 237
- CEA..... 379, 380, 381, 394, 850
- CGT. 156, 240, 297, 299, 309, 346, 352,
354, 356, 357, 379, 381, 385, 386,
387, 389, 392, 629, 650, 653, 661,
666, 670, 706, 712, 725, 744, 745,
838, 849, 850, 856, 857, 858, 860,
861
- Chambre des députés 691, 694
- Charte des droits fondamentaux de
l'Union européenne 430, 434, 435,
471, 513, 542, 546, 556, 769
- Citoyens 30, 33, 107, 140, 390, 432,
433, 436, 455, 460, 467, 468, 469,
471, 472, 485, 494, 495, 502, 513,
517, 518, 531, 536, 541, 542, 543,
544, 637, 685, 769, 792, 1056
- Citoyens européens . 436, 468, 469, 542,
769, 792, 1056
- Clause abusive 507, 864
- Codes
Code civil 256, 258, 510, 511
Code de l'énergie..... 40, 495
*Code de la construction et de
l'habitation*..... 612
Code de la défense 40, 612, 615,
623, 624, 654, 871
Code de la santé publique..... 612
Code du travail 40, 226, 298, 326,
363, 364, 366, 368, 371-373, 379,
381-385, 394, 403, 582, 592-601,
603, 605, 606, 610, 624, 649-651,
670, 703-708, 724-726, 734, 740,
741, 743, 745, 746, 760, 764, 774,
775, 780, 782-785, 868, 871, 873
- Code général des collectivités
territoriales* 612, 626
Code pénal ... 189, 257, 259, 270, 612
Code rural..... 612
- COGEMA 380, 381, 850, 860
- Cohésion sociale . 30, 46, 107, 140, 142,
154, 171, 388, 432-435, 442, 455,
468, 471-474, 487-493, 495, 496,
544, 546, 564, 572, 639, 641, 846,
847
- Comité national de la Résistance 711
- Commission européenne . 15, 21, 37, 38,
83, 84, 100, 106-111, 114- 116, 119,
143, 149, 420-422, 425, 427-433,
435, 438, 440, 442, 468, 470, 472,
488, 495, 502, 512, 515, 522, 524,
526-529, 537, 540-545, 547-554,
560, 566, 572, 575, 771, 851, 866,
867, 876
- Commission Mandelkern . 608, 609, 655
- Communications électroniques... 33, 36,
38, 79, 82, 162, 166-171, 173, 190,
191, 205, 218-221, 404, 454, 463,
470, 494, 502, 506-508, 568, 582,
768, 783, 877
Internet 146, 167, 170, 220, 221, 237,
441, 470, 471, 494, 503, 506, 507,
508, 511, 864
MVNO 505
Téléphonie... 33, 79, 80, 81, 169, 170,
219, 220, 470, 471, 494, 505, 507,
508
- Voir aussi* Télécommunications
- Compagnies aériennes. 86, 87, 127, 135,
174, 225-228, 614, 622, 677, 689,
729, 751, 874
- Compensations financières 106, 116,
122, 173, 211, 430, 446
- Concertation immédiate .. 334, 661, 662,
663, 664, 669
- Conciliation..... 593, 594, 595, 596, 597,
598, 599, 600, 601, 602, 603, 642,
868
- Concurrence .. 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23,
24, 25, 27, 32, 33, 36, 37, 38, 43, 44,
46, 73, 77, 78, 80, 88, 92, 94, 99,
100, 109-111, 114, 118, 119, 121-
132, 134-137, 142, 143, 147, 149-
151, 161, 162, 166, 173, 174, 176,
200, 202, 204, 207, 217, 219, 224,

- 227, 233, 235, 236, 238, 343, 377, 394, 403, 420-424, 426, 427, 436, 437, 439, 442, 443, 445, 446, 448, 469, 492, 493, 498-504, 512, 515, 521, 544, 553, 563, 565, 568, 576, 579, 582, 630, 718, 720, 746, 753-755, 759, 762, 765, 767, 771, 787, 792, 801, 803, 864, 866, 870, 875, 876, 877
- Nouveaux entrants* 130, 150, 752-755, 757, 759, 760, 801
- Conflictualité... 604, 627, 629, 660, 663, 672
- Conflits collectifs 323, 335, 336, 538, 592, 593, 594, 595, 597-603, 608, 609, 660-662, 669, 693, 734, 740, 774, 844, 868, 869, 880
- Conseil constitutionnel..... 12, 265, 266, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281-285, 296, 297, 300, 322, 339, 399, 473, 495, 557, 581, 582, 583, 641, 642, 645, 652, 653, 673, 705, 775, 776, 778, 839, 840, 843, 862
- Conseil d'État 12, 21, 24, 29, 58, 59, 90, 124, 141, 156, 159, 185, 186, 221, 233, 259, 261, 264, 266, 267, 269, 278, 288, 292, 296, 298, 303-305, 307, 310, 346, 349, 350, 353, 354, 357, 359, 361, 362, 383-387, 389, 392, 410, 425, 459, 475, 578, 581, 617-619, 636, 652, 657, 658, 687, 698, 706, 708, 731, 748, 757, 761, 804, 845, 853, 864, 866, 1055
- Conseil de l'Europe..... 489, 490
- Conseil de la République 255, 331, 485, 713, 879
- Conseil des ministres 622, 623
- Conseil européen..... 528
- Conseil national de la Résistance 91, 493
- Conservation des installations et du matériel 636, 637
- Consommateur 101, 104, 454, 469, 470, 499, 501, 502, 503
- Constitution..... 330, 331
- Construction européenne .. 22, 439, 446, 448, 487, 504, 792
- Continuité..... 331
- Continuité de l'État*..... 275, 475, 476, 477, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 623
- Continuité de la vie nationale* 482
- Continuité des pouvoirs publics*.. 482, 483
- Continuité du service public Voir *Principe du service public*
- Contrat de fourniture 396, 508
- Contrôle de la navigation aérienne.. 620, 626
- Convention collective 686, 712
- Cour d'appel de Paris..... 381, 382, 394, 402, 507, 509, 744, 745
- Cour de cassation 11, 12, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 264, 268, 292, 302, 380, 421, 506-511, 622, 625, 650, 651, 705-708, 737, 859
- Cour de justice de l'Union européenne 512-514, 558
- Cour de justice de l'Union européenne 22, 110, 121, 425, 500, 512-520, 522, 527, 530, 554, 555, 558
- Cour de Justice de l'Union européenne 37, 116, 420-422, 426, 427, 430, 433, 435, 438-440, 442, 443, 446, 448, 518, 524, 548, 554, 555, 556, 560, 561, 573-576, 770
- CRE..... 39
- CSNP..... 756
- Déclaration de droits 255, 485
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 494
- Démocratie 642
- Dialogue social.. 40, 199, 272, 274, 322, 323, 334-336, 338, 363, 368, 539, 590, 592, 604, 609, 628-630, 633, 646-648, 652, 655, 657, 659, 661-664, 666-669, 672, 693, 706, 722, 728, 733, 735, 736, 743, 764, 765, 773, 774, 776, 781, 783, 784, 785, 840, 842, 846, 863, 870, 882, 883
- Division sociale du travail..... 492, 493
- Domaine public 90, 91, 138, 167, 168
- Droit de grève. 17, 19, 20, 23, 24, 26-29, 33, 35, 40-47, 69, 156, 188, 189, 199, 219, 225, 226, 240, 241, 247, 249, 251-274, 276-285, 287-311, 313-337, 343, 345-358, 361-364, 367, 370,

371, 373, 377-381, 384-405, 413, 463, 484, 518, 520, 524, 525, 529, 530, 537-539, 560, 563, 580, 581, 588, 592, 602, 607, 615, 619, 624,- 631, 634, 636-645, 650, 652, 653, 655-661, 666, 673, 674, 679, 681-683, 686, 687, 688, 690, 692, 694, 696, 698, 710, 712, 713, 714, 764, 765, 766, 769-778, 782, 784, 788, 796, 797, 800, 802, 803, 848-850, 869, 874, 880, 882

Mouvements de grève 235, 303, 386, 486, 620, 644

Préavis 208, 226, 228, 257, 267, 282, 283, 292, 298, 301, 302, 304, 305, 311, 326, 328, 336, 337, 382, 384, 581, 592, 593, 604, 605, 606, 607, 661, 662, 663, 665, 666, 670, 710, 784, 785

Droit de manifester 517, 524

Droit du travail.. 18, 28, 29, 36, 45, 379, 380, 447, 519, 520, 594, 684, 689, 691, 698, 701, 705, 706, 707, 737, 747, 752, 767, 780, 781, 784, 798, 836, 837, 843, 846

Droit statutaire .. 28, 673, 698, 710, 718, 719, 720, 723, 724, 734, 738, 741, 746, 752, 759, 762, 1059

Droit syndical..... 330, 331

Droits fondamentaux 263, 276, 277, 422, 430, 488, 494, 495, 496, 513, 514, 517, 520, 524, 527, 536, 555, 556, 557, 570, 574, 788

EDF. 15, 20, 23, 32, 39, 46, 63, 94, 133, 134, 136, 155, 156, 161, 165, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 238, 240, 280, 297, 299, 309, 351, 352, 355, 357, 366, 372, 385, 386, 387, 388, 389, 392, 508, 511, 579, 616, 626, 644, 645, 649, 655, 656, 657, 686, 704, 708, 713, 719, 722, 727, 735, 743, 744, 745, 753, 754, 755, 759, 760, 761, 779, 844, 849, 850, 858, 860, 861, 862, 878

Égalité d'accès 102, 136, 151, 447, 539, 544, 553

Égalité d'accès..... 88, 236, 494

Energie électrique 11, 15, 19, 23, 32, 33, 36, 38-40, 50, 51, 58, 63, 73, 79, 85, 88, 93-5, 97, 128, 129, 136, 137, 146, 152-156, 160-163, 165, 175, 190, 200, 204, 205, 212, 218, 221, 223, 236, 238, 240, 280, 310, 354, 357, 386-390, 399, 400, 404, 441-445, 454, 463, 486, 487, 495, 502, 503, 508, 511, 519, 524, 565, 578-580, 582, 634, 637, 643, 644, 657, 677, 686, 697, 698, 702, 712, 744, 753-760, 762, 766, 773, 774, 779, 783, 844, 849, 857, 861, 864, 868, 870, 871, 877, 879, 882

Énergie nucléaire 129, 230, 231, 232, 310, 354, 357, 386, 579, 657, 756, 857

Fourniture d'électricité.... 32, 34, 39, 94, 128, 152, 153, 154, 162, 204, 508

Energie gazière.... 15, 19, 38, 40, 79, 85, 87, 88, 93, 97, 136, 162, 163, 164, 165, 190, 194, 195, 197, 212, 214, 218, 221, 222, 223, 383, 384, 389, 502, 524, 877

Fourniture du gaz..... 32, 454

Entreprise de service public 25, 45, 372, 394, 598, 629, 727, 775

Entreprises publiques 15, 16, 19, 20, 32, 34, 44, 45, 46, 125, 126, 234, 235, 346, 348, 349, 351, 366, 370, 373, 380, 565, 599, 600, 603, 604, 628, 629, 676, 677, 685, 688, 689, 698, 699, 701, 704, 716, 718-729, 732, 734-737, 741-745, 798, 844, 865

Espagne 488, 537, 538, 554, 852

Établissement public 644, 650, 654

Établissements publics industriel et commercial..... 599, 600, 741

État 12, 21, 22, 23, 32, 39, 44, 50, 52, 58, 59, 63, 65, 66, 73, 80, 83, 87, 89, 90, 92, 96, 97, 110, 116, 124, 126, 128, 129, 133-141, 148, 149, 151, 155, 164, 165, 166, 171, 174, 176, 177, 185, 186, 189, 191, 198, 199, 201, 204, 205, 225, 233, 236, 238, 240, 255, 259, 261-269, 275, 278, 285-311, 317, 318, 320, 327, 333, 338, 346, 349, 350-368, 370, 373, 383-387, 389, 392, 393, 412, 436, 441, 447, 456, 458-466, 473, 475-489, 492, 493, 495, 513, 515-517, 519, 520, 523, 525, 526, 542, 551,

558, 564, 565, 570, 571, 577, 578, 580, 581, 592, 598, 603, 605, 606, 610, 616- 626, 636, 638, 639, 651, 652, 653, 655, 657, 676, 678, 681, 683, 684-689, 696-699, 701, 706, 707, 711, 724, 729, 731, 738, 739, 746-749, 753, 754-758, 761, 762, 770, 783, 798, 802, 816, 846, 850, 852, 856, 857, 864, 866, 867, 869, 875, 876, 879	Géodis 235
État-providence 138, 456, 493	GFI 237
Europe 11, 21, 25, 36, 46, 74, 79, 83, 84, 101, 102, 103, 106, 110, 123, 127, 136, 141, 142, 143, 149, 161, 236, 335, 397, 420, 421, 422, 429, 430, 431, 436, 437, 438, 439, 446, 468, 469, 470, 472, 488, 489, 502, 515, 516, 518, 521, 522, 523, 527, 528, 529, 531, 537, 538, 540, 541, 542, 543, 544, 547, 548, 549, 561, 564, 571, 770, 792, 799, 833, 834, 835, 836, 845, 846, 851, 852, 862, 865, 866, 867, 881, 1057	Gouvernement. 36, 40, 52, 90, 124, 137, 141-143, 161, 186, 259-261, 267, 278-280, 287, 289-291, 294, 296, 298, 301, 307, 308, 316-320, 325- 328, 331-334, 336, 346-350, 353- 359, 364-366, 370, 372, 373, 393, 458, 461, 477, 478, 480-486, 515, 516, 542, 579, 597, 598, 603, 606, 607, 611, 618, 620-626, 631, 632, 636, 640, 656, 658, 662, 672, 683, 687, 688, 689, 707, 712, 713, 722, 725, 730, 732, 735, 736, 741, 742, 750, 751, 753-756, 846, 866
Exigences essentielles 79, 80, 81	<i>Action gouvernementale..... 171, 205, 307, 331, 333, 476, 482, 483, 486, 487, 638, 639</i>
Filialisation 134, 229, 234, 235, 236, 238, 239, 394, 1053	<i>Ministre chargé de l'aviation civile 99, 175, 176, 192, 202</i>
Fonction sociale 455, 456, 457, 458, 463, 466, 467, 468, 470, 471, 472, 473, 474, 491, 496, 536	<i>Premier ministre ... 21, 126, 141, 161, 290, 316, 318, 348, 487, 565, 604, 736, 753, 781, 865, 866, 879</i>
Fonctionnaires..... 18, 34, 255, 260, 275, 288, 294, 308, 309, 328, 330, 331, 333, 367, 368, 484, 485, 625, 636, 638, 640, 650, 678, 682-689, 692, 694, 695, 700, 726, 747-749, 847, 850, 855, 868, 874, 879	Grève..... 9, 10, 19, 25, 41, 56, 69, 160, 185-189, 200, 226, 227, 238, 251- 261, 263, 264, 267-278, 281-288, 292, 293, 295, 296, 298-311, 313, 314, 316-318, 320, 321, 323-328, 330-332, 334-339, 341, 353-355, 358, 359, 361-363, 371, 379-382, 384, 386, 390, 396, 398, 406, 441, 462, 475, 484, 485, 512, 518, 524, 525, 527, 531, 538, 581, 588, 592, 593, 602-608, 610, 611, 614-637, 639, 640, 641, 643-649, 652, 653, 655, 656, 658-666, 670, 672, 673, 681-686, 688, 690, 694, 698, 714, 728, 735, 764, 773, 776, 777, 785, 787, 801, 820, 835-842, 848, 849, 850, 869, 875, 879, 880, 882, 883
Force publique 484, 485	<i>Voir aussi Droit de grève Grève de décembre 1995..... 625</i>
France Télécom..... 15, 32, 39, 63, 133, 134, 219, 220, 234, 237, 351, 367, 392, 486, 746-749, 857, 870, 874	Hôtel Le Méridien 235
<i>Voir aussi Orange</i>	IBM 230, 237, 238
Free Mobile 505	iD-TGV 146, 235
Free télécom 220, 503	Industries électriques et gazières..... 17, 238, 623, 649, 677, 694, 696, 697, 699, 702, 703, 704, 708, 712, 713, 734, 739, 740, 752, 753, 754, 755,
Front populaire 595, 711	
Gares & Connexions 236	
GDF..... 15, 20, 32, 39, 46, 63, 133, 134, 136, 165, 238, 351, 352, 366, 372, 383, 392, 616, 686, 704, 708, 713, 719, 727, 735, 743, 744, 745, 755, 759, 760, 761, 844, 849, 850, 860, 878	

756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 772, 1059

Interdépendance sociale .. 458, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 472, 564, 570, 571

Interopérabilité..... 12, 38, 80, 768

Italie 516, 537

Kéolis 235

KLM..... 39, 235, 750, 751

La Poste... 15, 32, 39, 63, 133, 134, 171, 173, 191, 201, 202, 218, 219, 230, 234, 351, 367, 392, 486, 626, 650, 652, 727, 747, 762, 850, 860, 871

Libéralisation 15, 21, 26, 36, 37, 39, 40, 42, 69, 71, 73, 98, 100, 113, 120, 123, 130, 142, 143, 146, 147, 149, 166, 174, 175, 181, 225, 229, 404, 405, 455, 474, 498, 499, 500, 508, 780, 787, 796

Libération..... 26, 27, 44, 138, 141, 161, 253, 255, 256, 260, 265, 464, 485, 565, 628, 676, 678, 680, 699, 710, 711, 712, 713, 714, 728, 788, 798

Libertés fondamentales et libertés publiques..... 388, 398, 494, 512, 513, 514, 516, 517, 519, 520, 521, 527, 531, 555, 626, 848

Liberté d'aller et venir. 463, 494, 643

Liberté d'établissement 513, 518, 519, 522, 526, 527, 529, 530, 876

Liberté d'expression..... 463, 494

Liberté d'opinion 494

Liberté de cabotage..... 95, 148

Liberté de circulation.. 512, 513, 514, 517, 519, 523, 524, 525, 526, 530, 538

Liberté de circulation des capitaux..... 513

Liberté de circulation des marchandises 514, 516, 517, 522, 523

Liberté de circulation des personnes 513

Liberté de circulation des services..... 513

Liberté de communication... 274, 281, 463, 467, 494, 538, 641, 645, 657, 863

Liberté de séjour et de circulation des citoyens de l'Union européenne... 513

Liberté du commerce et de l'industrie..... 90, 456, 617, 643

Libertés de circulation 500, 512, 513, 517, 518, 520, 521, 522, 525, 530

Libertés professionnelles..... 513

Libre circulation des travailleurs 513

Libre prestation de services 513, 522, 526, 527, 876

Loi-cadre . 334, 336, 370, 765, 772, 773, 774, 775, 776, 778

Marché commun 504, 515, 521, 524

Marché unique..... 19, 27, 33, 37, 38, 46, 73, 119, 122, 131, 143, 421, 436, 437, 442, 469, 470, 500, 504, 512, 530, 792, 847, 866

Médiation 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 603, 845

Monopole 16, 23, 25, 32, 33, 77, 90, 92, 96, 111, 123, 127, 128, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 147, 149, 150, 161, 174, 187, 199, 200, 218, 219, 224, 225, 235, 362, 394, 423, 424, 426, 427, 439, 460, 463, 469, 499, 503, 628, 712, 754, 882

MRP 255, 686, 711, 712

Nation 73, 171, 205, 259, 370, 478, 483, 486, 603, 611, 615, 616, 625, 642, 684, 868

Nationalisations. 91, 136, 565, 686, 699, 711, 713

Navigation aérienne 636, 638, 639

Négociation collective..... 20, 44, 45, 46, 334, 335, 338, 520, 595, 600, 601, 608, 609, 659, 667, 668, 677, 698, 722, 724, 726, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 759, 760, 761, 763, 775, 778, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 789, 792, 797, 838, 842, 843, 844, 850, 866, 869, 1059

Niveau de négociation..... 661, 668, 773, 775, 778, 780, 781, 782, 783, 789, 792, 797, 1059

Obligation de résultat 506, 507, 508

Obligation de service public . 24, 74, 78, 79, 83, 84, 85, 87, 89, 91, 96, 98, 101, 103, 104, 106, 107, 112, 117, 145, 160, 165, 166, 170, 206, 412, 430

- Obligation de continuité* . 64, 71, 181, 184, 192, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 202, 212, 221, 222, 225, 226, 239, 398, 400, 401, 412, 455, 462, 472, 473, 498, 504, 506, 508, 509, 511, 552, 638, 680
- Obligation de fourniture continue*
..... 508
- Obligation de ponctualité* 507, 508, 509
- Orange..... 220, 237, 351, 505, 748, 749, 762, 827, 828, 1059
- Voir aussi France Télécom*
- Ordre juridique.... 27, 29, 105, 275, 482, 534, 536, 555, 558, 560, 561, 563, 566, 567, 572-578, 716, 741
- Conflit normatif*..... 575, 576
- Principe hiérarchique* 575
- Rapports de systèmes* ... 575, 576, 578
- Ordre public 618, 619, 625
- ORTF 309, 311, 358, 653, 731, 732, 839, 848, 855
- Paritarisme 735
- PCF 255
- Personnalité juridique 478, 479, 480, 481, 486
- Police..... 255, 484, 485
- Police administrative
Mesure de police..... 619, 624
- Policiers..... 255, 485
- Politique sociale communautaire 518
- Pouvoirs publics 52, 54, 80, 84, 98, 106, 108, 110, 111, 127, 150, 164, 223, 235, 275, 401, 426, 444, 458, 468, 476, 482, 483, 487, 490, 539, 570, 627, 628, 728, 732, 736, 802.
- Préavis..... 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 655
- Prérogatives de puissance publique .. 36, 121, 359, 564, 568, 803
- Président de la République..... 275, 334, 483, 486, 623
- Principe de primauté 573, 574, 575
- Principe de proportionnalité..... 527, 539
- Principe de subsidiarité ... 108, 436, 438, 439, 528, 529, 549, 559, 573, 574, 754, 880, 881
- Principes du service public
Principe d'égalité.. 62, 104, 273, 461, 583, 754, 801
- Principe de continuité* 17, 26, 33, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 61, 64, 65, 66, 69, 71, 102, 104, 145, 181, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 218, 219, 220, 224, 225, 226, 227, 228, 241, 247, 249, 251, 252, 253, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 282, 283, 284, 287, 295, 296, 298, 313, 314, 315, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 329, 386, 393, 399, 402, 404, 413, 416, 442, 445, 452, 454, 461, 473, 474, 476, 494, 496, 498, 508, 521, 530, 534, 536, 537, 540, 541, 544, 547, 548, 553, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 572, 583, 609, 635, 639, 642, 643, 660, 673, 679, 680, 691, 699, 700, 703, 704, 705, 706, 709, 710, 714, 765, 768, 787, 797, 801, 880
- Principe de mutabilité* 53, 57-61, 66, 104, 208
- Privatisation 15, 16, 17, 19, 39, 46, 393, 750
- Produit de première nécessité . 154, 161, 388, 390, 495
- Programme d'Action de la
Résistance..... 711
- Protection des consommateurs... 38, 163
- Puissance publique 31, 35, 44, 104, 124, 125, 140, 144, 156, 208, 350, 360, 412, 413, 424, 425, 426, 427, 447, 469, 470, 471, 473, 565, 568, 624, 688, 690, 713, 796, 803
- Qualité du service..... 63, 80, 81, 84, 90, 102, 107, 175, 220, 221, 318, 455, 499, 502, 667
- Radiodiffusion..... 641, 869
- RATP .. 20, 41, 298, 306, 316, 325, 334, 336, 353, 358, 602, 624, 632, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 666, 667, 669, 670, 693, 737, 784, 858
- Régulation . 12, 22, 39, 73, 96, 101, 102, 103, 130, 131, 147, 150, 191, 424, 538, 571, 787, 801, 802, 816, 832, 834, 835, 845, 865, 866, 871

Réquisition 40, 282, 283, 284, 314, 539, 593, 610-627, 630, 635, 639-640, 650, 654, 672, 802, 841, 848, 867, 870-874

Réseaux transeuropéens 38, 768, 845, 847
Gazoduc transeuropéen 524

Responsabilité civile contractuelle .. 505

Responsabilité contractuelle 510, 511

Révolution industrielle..... 464

RFF 39, 63, 151, 198, 230, 392

Royaume-Uni..... 537, 539

RTE..... 23, 158, 236

Secteur public.... 45, 135, 163, 165, 282, 424, 662, 722, 728, 735, 736, 742, 798, 838, 840, 866

Sécurité de fonctionnement du service 80

Sécurité physique des personnes..... 636

Sécurité publique 636, 637

Sénat.. 11, 143, 149, 230, 231, 280, 315, 323, 325, 326, 334, 336, 529, 539, 607, 608, 609, 632, 633, 634, 635, 643, 646, 654, 660, 663, 664, 697, 866, 879, 880, 881, 882, 883

Sernam 235

Service(s) d'intérêt économique général .15-17, 22, 24-26, 29, 31, 42, 47, 107, 110, 114, 115, 117, 145, 400, 413, 416, 418, 420-429, 430-443, 445, 447, 452, 454-456, 468-474, 488-490, 494-496, 498, 499, 534, 536, 540, 542, 544-547, 549, 552, 553, 556, 558-560, 562-566, 568-578, 580-583, 796

Service(s) d'intérêt général ... 21, 23, 29, 30, 35, 42, 44, 46, 4, 75, 77, 83, 84, 86, 100, 106-111, 115, 116, 128, 129, 138, 143, 181, 345, 390, 420-440, 442, 443, 445, 446, 455, 459, 468, 469, 472, 474, 476, 488, 494, 495, 502, 504, 505, 511, 520, 521, 530, 531, 536, 537, 539-562, 766-773, 776, 778, 784-786, 792, 796, 803

Service garanti 40, 41, 50, 54, 199, 323, 335, 338, 631, 632, 633, 643, 645, 646, 658, 659, 660, 778, 784, 785, 880

Service minimum.. 50, 54, 66, 146, 189, 271, 272, 282, 283, 284, 306, 308, 310, 311, 315, 317, 322, 324, 329, 331, 332, 333, 335, 336, 338, 352, 537, 538, 539, 540, 606, 609, 620, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 672, 743, 777, 784, 785, 786, 840, 848, 850, 880, 881, 883

Service postal 19, 33, 36, 50, 65, 171, 442, 466, 486, 494, 637, 638, 672

Service public..16-31, 35, 36, 39-45, 47, 49-67, 69-71, 73-75, 77-152, 154-177, 181-194, 199-219, 221-227 232-234, 239-241, 245, 247, 249, 251-253, 257, 259, 260, 265, 266, 268, 269-276, 278, 281-284, 287, 289, 290, 293-301, 303, 304, 307, 308, 310, 313, 314, 316-319, 321-325, 332-335, 337, 338, 343, 345-347, 349, 351, 352, 357-373, 376-405, 412, 413, 416, 418, 420, 422-425, 427-432, 440-447, 454-470, 472-476, 486, 494, 496, 498, 502, 505, 508, 536, 538-540, 545, 552-558, 560, 562, 564-574, 577-583, 588, 592-594, 598-602, 604, 606, 609, 610, 612, 614-619, 621, 623, 625, 627-634, 636-639, 641-664, 666-669, 672-673, 676, 678-686, 713-714, 716-723, 725-728, 732-733, 743-745, 747-749, 753-755, 762, 764-765, 773, 775-779, 788, 792, 796, 798, 803

Accès au service public 643

Concession de service public.. 58, 91, 154, 164, 174, 175, 192, 196, 201, 350, 360, 361, 393, 505

Concessionnaire de service public..... 51, 58, 91, 93, 174, 175, 192, 196, 214, 223, 361, 379, 565

École du service public 30, 102

Lois du service public (Lois de Rolland)..... 57, 78, 93, 100, 102, 103, 105, 144, 203, 446, 571

Obligations de service public.. 24, 42, 74, 78-99, 102-118, 120, 122, 128, 129, 145, 146, 149-152, 160, 162-66, 170, 171, 173-177, 190, 191, 194, 199, 201, 203, 205-215, 222,

- 224-227, 232, 239, 369, 400-401, 412, 425, 428-431, 440-446, 469, 470, 498, 508, 530, 545, 553, 564, 574, 583, 748, 765, 786, 787
- Services publics*..... 15-22, 25, 26, 28, 29, 32, 33, 40, 45, 49-53, 55, 58, 61, 64-66, 71, 73, 86, 91, 95, 101-103, 115, 116, 119, 120, 123-126, 129, 130, 133, 134, 136-140, 142, 143, 174, 175, 184, 185, 187-189, 192, 199, 200, 212, 219, 224, 227, 232, 238, 239, 241, 247, 249, 251-254, 257-262, 265, 266, 268-271, 274, 279, 280, 282, 284-286, 288, 289, 290, 293-296, 298, 300-302, 304, 305, 307-309, 313-318, 320-329, 331, 335, 343, 345-353, 355-358, 363, 365, 366, 368, 370, 371, 373, 377-382, 384, 385, 390, 391, 393, 394, 396-398, 401, 405, 412, 413, 420, 424, 426, 443, 444, 447, 455, 459, 460, 463, 464, 466, 467, 474, 475, 476, 484-488, 493, 495, 498, 502, 504, 507, 509, 537, 538, 539, 540, 549, 553, 564-567, 569, 571, 581, 592-594, 598, 600, 602-609, 613, 614, 617, 620-622, 625, 770, 798
- Service public administratif*..... 651
- Services publics industriels et commerciaux*..... 18, 19, 28, 91, 102, 123-125, 136, 185, 238, 285, 347, 352, 455, 486, 487, 504, 569, 640, 651, 679, 680, 689, 695
- Service universel*. 79, 80, 82, 83, 84, 85, 94, 107, 109, 122, 128, 160, 161, 162, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 190, 191, 202, 205, 206, 218, 219, 220, 441, 442, 470, 544, 564, 568, 570, 877
- SFIO*..... 255
- SNCF*. 15, 32, 39, 41, 46, 60, 63, 95, 96, 126, 129, 133, 134, 136, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 190, 198, 200, 201, 205, 224, 225, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 271, 295, 302, 303, 334, 337, 351, 358, 366, 369, 372, 379, 392, 487, 507-511, 598, 626, 629, 632, 653, 661-663, 665-667, 669, 670, 672, 676, 689, 693, 701, 703-709, 722, 725, 726, 732, 733, 737, 755, 779, 784, 846, 847, 849, 857, 859, 860, 861
- Solidarisme*..... 465
- Sous-traitance*.. 229, 231, 232, 233, 238, 239, 240, 241, 343, 394, 504, 759, 779, 780, 783, 786, 788
- Sous-traitants* 193, 233, 237, 241, 397, 504, 766, 767, 779, 782, 786, 787
- Statut du personnel*.... 10, 15, 16, 18, 19, 20, 27, 32, 34, 35, 36, 39, 42, 44, 45, 46, 158, 279, 330, 332, 345, 361, 446, 494, 527, 536, 588, 599, 600, 674, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 685, 686, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 716, 717, 718, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 736, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 748, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 788, 790, 792, 794, 797, 800, 835, 843, 844, 848, 868, 872, 1051, 1058, 1059
- Statut réglementaire*..... 36, 351, 689, 711, 717, 731, 762, 770
- Steria* 237
- Syndicats* ... 20, 146, 240, 289, 291, 303, 304, 309, 310, 311, 334, 337, 349, 350, 351, 353, 354, 357, 358, 381, 518, 519, 520, 526, 527, 606, 610, 629, 640, 647, 653, 657, 659, 661, 664-666, 668-670, 680, 686-688, 690, 717, 722, 726, 729, 730, 733, 735-737, 740, 744, 752, 779, 780, 783, 836, 844, 847, 855, 857, 861
- TAI*..... 622
- Télécommunications* 15, 19, 32, 33, 50, 52, 63, 79, 80, 81, 83, 101, 102, 103, 123, 128, 136, 191, 200, 266, 280, 295, 296, 309, 351, 367, 432, 469, 486, 487, 503, 505, 508, 538, 553, 565, 624, 638, 648, 651, 653, 678, 682, 700, 746-749, 753, 850, 856, 870, 874, 876, 877

- Voir aussi* Communications électroniques
- Téléphonie mobile 42, 79, 81, 170, 220, 470, 471, 505, 507, 508
- Télévision..... 641, 642, 869
- Traités européens
- Acte unique* 16, 37, 119, 488
- Protocole n° 9 annexé au Traité de Lisbonne* 567
- Traité d'Amsterdam*..... 16, 143, 420, 433, 540, 545, 546
- Traité de la Communauté Européenne* 523
- Traité de Lisbonne* 16, 422, 430, 432-435, 437, 513, 528, 543, 546-548, 552, 556, 567, 571, 574
- Traité de Rome* ... 16, 21, 37, 119, 143, 423, 424, 425, 512, 514, 545, 567
- Traité établissant une constitution pour l'Europe* 434, 435, 546
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.... 440, 471, 513, 547, 552, 556
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*.... 423, 424, 426, 427, 429, 430, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 448, 471, 513, 514, 516, 517, 528, 529, 546, 560, 769, 770, 771
- Traité sur l'Union Européenne* 439, 528, 555
- Transavia..... 235
- Transport aérien .. 15, 19, 33, 36, 37, 39, 40, 41, 73, 79, 85, 86, 87, 93, 98, 111, 119, 127, 128, 134, 136, 137, 173, 174, 176, 177, 190, 204, 207, 212, 214, 225, 226, 228, 235, 280, 329, 332, 333, 368, 399, 404, 442, 443, 454, 510, 524, 565, 582, 613, 638, 646, 730, 746, 751, 752, 753, 775, 777, 783, 863, 870, 871, 873
- Aéroport*..... 33, 39, 62, 87, 98, 174, 176, 191, 193, 201, 210, 227, 311, 347, 352, 368, 381-383, 509, 510, 613, 637, 653, 849, 856, 870, 872, 877
- Charter*..... 87, 368
- Navigation aérienne*..... 33, 121, 291, 305, 309, 310, 311, 314, 318, 322, 324, 325, 329, 332, 333, 363, 364, 367, 368, 605, 626, 653, 657, 658, 847, 848, 854, 869, 874, 879
- Transport ferroviaire . 12, 13, 15, 19, 32, 33, 36, 38, 39, 40, 56, 57, 60, 63, 75, 79, 85, 93, 95, 96, 111, 116, 136, 137, 146-152, 160, 165, 190, 198, 201, 204, 205, 212, 224, 225, 230, 232, 233, 236, 237, 240, 280, 287, 302, 303, 316, 349, 350, 369, 442, 454, 458, 459, 462, 464, 486, 487, 507, 508, 524, 565, 613, 614, 638, 646, 662, 676, 677, 688, 691, 695, 696, 701, 706, 707, 756, 773, 774, 779, 783, 833, 834, 835, 848, 867, 871, 872, 874, 875, 881,
- Cheminots* 26, 56, 186, 257, 280, 289, 291, 303, 304, 309, 349, 350, 351, 358, 462, 611, 625, 629, 653, 676, 677, 685, 688, 689, 698, 841, 847, 855
- Trains d'équilibre du territoire*..... 96, 148, 198, 201, 224, 233
- Transport fluvial..... 639
- Transport urbain..... 619, 625
- UAT 622
- UFC-Que choisir 506
- Union européenne 11, 12, 16, 21, 24-26, 29, 33, 38, 42, 46, 50, 73, 77, 78, 88, 93, 94, 96, 102, 105, 108, 110, 111, 113-115, 117, 118, 128, 142, 143, 146, 147, 149-152, 162, 163, 183, 199, 201, 202, 207, 224, 236, 329, 335, 369, 398, 401, 403, 418, 420, 421, 428, 430, 431, 433-442, 446, 457, 467-471, 474, 487, 488, 493, 494, 495, 500, 512, 513, 515, 520, 521, 527, 529, 530, 531, 534, 536, 537, 540-543, 545-549, 552-560, 562-564, 566-568, 571-576, 578, 582, 583, 765, 768-771, 792, 796, 847, 851, 866, 867, 881
- Usager 26, 50-54, 58-61, 63, 84, 85, 90, 92, 109, 110, 114, 118, 151, 163, 171, 187, 188, 198, 200, 233, 241, 289, 306, 317, 318, 334, 339, 365, 370, 454, 461, 469, 470, 499, 501, 504, 507, 509, 517, 604, 606, 609, 631, 632, 634-637, 639, 641, 642, 644, 645, 648, 655, 656, 666, 667, 672, 786, 850, 857, 861

UTA	134, 137	537, 540, 542-547, 568, 571, 572,
Valeur commune	431, 433, 536, 537,	641, 661, 666, 717, 722, 735
	540, 545	V ^e République
Valeurs	107, 142, 161, 200, 416, 420,	623
	429, 433, 434, 436, 440, 471, 490,	

Index des Noms propres

AGID.....	616	BOY (Laurence).....	801
ALADJIDI (Férdéric) 23, 157, 297, 352, 359, 362, 385, 392, 580		BRACONNIER (Stéphane) 50, 53, 134, 139	
ANDRIEU (Claire).....	711	BRACQ (Stéphane).....	424
ANZILOTTI (Dionizio).....	482	BRAIBANT (Guy)..... 52, 54, 134, 138, 139, 355	
AUDIER (Serge).....	465	BRIAND (Aristide).....	611
AUGAGNEUR (Victor).....	693, 698	BURDEAU (Georges).....	477, 479
AUROUX (Jean).....	668	CAILLOSSE (Jacques).....	799, 804
AUTIN (Jean-Louis).....	25, 101, 286	CAMERLYNCK (Guillaume-Henri).....	608
AUZERO (Gilles).....	251, 594, 691	CANNAC (Yves).....	802
AZIBERT (Michel).....	284	CANSACCHI (Giorgio).....	479
BACACHE (Mireille).....	510	CAPITANT (Henri).....	607, 610
BADAWI (M.-T.).....	481	CAPITANT (René).....	304, 319
BAKIS (Henry).....	767	CARRÉ DE MALBERG (Raymond).....	255, 479
BARJOT (Alain).....	598	CASSIA (Paul).....	626
BAUBY (Pierre).....	16, 73, 553, 566	CASTEL (Robert).....	30
BECK (Ulrich).....	493	CASTELLS (Manuel).....	767
BELL (John).....	539	CHABAN-DELMAS (Jacques).....	736
BENJAMIN (Marie-Yvonne).....	232	CHAPUS (René).....	51, 52, 120, 121, 188, 457, 683, 688
BERGEL (Jean-Louis).....	422	CHARDON (Henri).....	459
BERNARD (Paul).....	490	CHARLIER (Robert-Édouard) 252, 281, 313	
BERTRAND (Louis).....	289, 291, 294, 349, 350, 358, 640	CHATEL (Luc).....	503
BERTRAND (Xavier).....	334, 336, 633	CHAUMETTE (Patrick).....	521
BEZIE (Laurent).....	102	CHENOT (Bernard). 89, 90, 91, 93, 853	
BIENVENU (Jean-Jacques).....	102	CHEVALLIER (Jacques).....	4, 58, 137, 140, 502, 748
BIRRAUX (Claude).....	754	CHORIN (Jacky).....	16, 19, 34, 45, 238, 396, 689, 698, 732, 759, 762, 797
BLANC (Christian)...	20, 631, 632, 643, 646, 659, 664, 718, 729, 730, 750	CHRETIEN (Patrice).....	51
BLONDI (Jean).....	484	CLAMOUR (Guylain).....	23, 125, 129, 130, 131
BLUM (Léon).....	124	CLAUDIUS-PETIT (Eugène).....	315
BLUMANN (Claude).....	514	CLEMENCEAU (Georges).....	684, 696, 879
BOCHER (M.).....	713	CLERMONTTEL (Marcel).....	315
BOISDEFFRE (Martine DE).....	284	CLUZEL (Lucie).....	502, 818
BOISSARD (Sophie) 236, 732, 733, 857		COLSON (Clément).....	459, 463
BOLLE (Jean-Michel)....	61, 64, 65, 66, 266, 269, 349, 691	COLSON (Jean-Philippe).....	475
BONICHOT (Jean-Claude).....	707	CORAIL (Jean-Louis DE) 121, 122, 138	
BONNARD (Roger) .	58, 102, 251, 360, 594, 595	CORNEILLE (Louis-François) 458, 462	
BONNET (Baptiste).....	575, 576, 767	CORNU (Gérard) 62, 480, 483, 610, 654	
BORDIER (Edmond).....	758		
BOULOUIS (Nicolas).....	233		
BOUVIER-O' COTTEREAU (Jean-Marie).....	686		

COURRIÈRE (Antoine)	326	FOURNIER (Jacques).....	138, 291, 305, 310, 355, 605, 636, 653
DAILLIET Patrick	478, 481, 482	FRIER (Pierre-Laurent)	53
DARLAN (François)	260	FRISON-ROCHE (Marie-Anne)	130, 802
DEBÈNE (Marc).....	282	FRYDMAN (Patrick).....	333, 658
DEGLAIRE (Simone).....	758	GALLAND (Henri).....	261, 713
DELACHENAL (M.)	330	GARBAR (Christian) 15, 16, 19, 34, 45, 724, 725, 737, 742, 743, 792, 797, 798	
DELORS (Jacques).....	37, 488	GAUDEMET (Jean)	477
DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud) 21, 309, 351, 352, 358, 640, 653, 743, 855, 865		GAULLE (Charles DE).....	623
DENOYELLE (Jean).....	596, 597	GAURIAU (Bernard)....	7, 20, 270, 297, 298, 780, 781
DESBARATS (Isabelle)	528	GAUTHIER (Pierre-Yves)	422
DEVAUX (Éric) 25, 269, 258, 616, 624, 659		GAZIER (François).....	52, 54, 186, 294, 319, 480, 495, 496
DEWOST (Jean-Louis).....	351, 352	GENEVOIS (Bruno)	308
DOCKÈS (Emmanuel).....	251, 594, 691	GERVAIS (André).....	295, 316
DONIER (Virginie)	502	GIDDENS (Anthony)	493
DONZELOT (Jacques)	491, 492, 493	GIMEO VERDEJO (Carlos)...	522, 523, 525, 526
DORLY (Jean-Paul).....	611, 622, 627	GODARD (Justin).....	697
DRAULT (Jean).....	628	GOULARD (François).....	754
DRIJBER (Berend Jan).....	553	GUEDON (Marie-José)	51
DROMARD (Frédéric-Guillaume)..	260	GUGLIELMI (Gilles J.)..	49, 51, 53, 57, 62, 121, 133, 136, 139, 140, 141, 457, 579, 858
DUBERNARD (Jean-Michel).....	629	GUILLAUME (Gilbert).....	756, 758
DUBOUIS (Louis)	77, 113, 128, 141, 515, 522, 852, 856	GUYOT-DESSAIGNE (M.).....	687
DUGUIT (Léon) .	30, 73, 251, 258, 454, 457, 458, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 472, 475, 683, 695, 717	HAMON (Francis) ...	137, 796, 824, 846
DUMONT (Gilles) 49, 51, 53, 121, 133, 136, 139, 140, 141		HAMON (Léo). 255, 328, 330, 484, 642	
DUPIE (Agnès).....	639	HAROCHE (Claudine)	498
DUPRE DE BOULOIS (Xavier).....	23, 157,159, 297, 352, 359, 362, 385, 392, 579, 580	HAURIOU (Maurice) ...	50, 58, 61, 124, 185, 186, 187, 251, 257, 259, 260, 269, 287, 349, 458, 460, 461, 466, 467, 650, 682, 685, 691
DUPUIS (Georges)	51	HELBRONNER (Jacques).....	287, 458, 462
DUPUY (Pierre-Marie).....	478, 482	HOBBS (Thomas)	689
DURKHEIM (Émile) 30, 465, 491, 492, 493		HURIET (Claude)	634, 635
EISENMANN (Charles)	259	JACQUET (Marc).....	318, 330
ELLUL (Jacques).....	477	JAVALT (Cédric)	628
ESMEIN (Paul).....	255	JEANNEAU (Benoît) 45, 275, 276, 345	
ESPLUGAS (Pierre)	54, 456, 457	JENSON (Jane)	489, 490
EYMOND-LARITAZ (Thomas)	628	JÈZE (Gaston).....	89, 90, 125, 186, 349, 458, 459, 461, 463, 684
FAGON Yves.....	485	JOSSE (Pierre)	460, 853
FAVOREU (Louis). 273, 274, 275, 276, 277, 862		JOURDAIN (Patrice).....	511
FEFFER (Marc-André).....	651		
FLAUSS (Jean-François).....	278		
FOURASTIÉ (Jean).....	321		

JOXE (Louis) .. 317, 327, 365, 367, 370, 371, 394, 606, 607	MARKUS (Jean-Paul) 475, 480
KAHN (Jean) 360	MARQUIS (Céline) 669
KELSEN (Hans) 481, 767	MARTINEZ-JORDA (Valérie) . 25, 101
KENFACK (Hugues)..... 509	MASSOT (Jean)..... 358
KOUAKOU-KOUASSI (Samuel) ... 420	MATHIOT (André)..... 327, 328
KOUBI (Geneviève) . 49, 51, 53, 57, 62, 121, 133, 136, 139, 140, 141, 457	MATTER (Paul) 123, 124
KOVAR (Robert).... 101, 104, 502, 517, 851	MAUCHAMP (Nelly)..... 735
LABETOULLE (Daniel) 77	MAXWELL (Judith)..... 490
LACHAUME (Jean-François) 32, 49, 51, 53, 60, 103, 120, 132, 136, 379, 381	MAYRAS (Henri)..... 425, 426
LAFERRIÈRE (Édouard) 256	MELLERAY (Fabrice) ... 102, 335, 646, 672
LAGRANGE (Roger) 280, 607, 608, 883	MENDÈS-FRANCE (Pierre).. 304, 305, 309, 311, 875
LAROQUE (Pierre) 360, 602, 853	MERIAUX (Olivier) 743, 745
LATOUR (Bruno)..... 376	MESCHERIAKOFF (Alain-Serge) .. 58, 124
LATOURNERIE (Roger) 138, 245, 567	MESTRE (Jean-Louis)..... 187, 188
LAURENT (Benoît)..... 65, 687	MILLERAND (Alexandre)..... 684, 688, 696
LE FLOCH (Guillaume) 49	MINÉ (Michel) 650
LE GALL (Paulette) 695	MOCH (Jules) 484, 485
LE MESTRE (Renan) 50	MOLLET (Guy) 304, 618
LECAT (Donatien) 20, 28, 444, 700, 752	MONDON (Raymond) 607
LECAT (Jean-Philippe) 654	MONIN (Philippe) 315
LECOU (Robert)..... 323, 335, 537, 540, 643, 646, 659	MONJAL (Pierre-Yves)..... 420
LEGENDRE (Pierre) 412	MONTI (Mario) 421, 524
LEROY (Maxime) 257	MORAND-DEVILLER (Jacqueline) 54
LETOURNEUR (Maxime)..... 276	MORANGE (Georges) ... 189, 255, 256, 260, 261, 711
LINOTTE (Didier)..... 52	MOREAU (Yannick) 444, 676
LOMBARD (Martine) 569, 571, 572, 737	MOUSNIER (Roland)..... 477
LONG (Marceau)..... 291	NORA (Simon) 126, 348, 565, 604, 736
LOSCHAK (Danièle)..... 282	ODENT (Raymond)..... 264
LOY (Véronique)..... 386, 389	OLIVIER-MARTIN (François) 477
LYON-CAEN (Gérard) 616, 625	OLLIER (Patrick) 646
MAGGI-GERMAIN (Nicole)16, 19, 20, 34, 35, 44, 45, 475, 486, 686, 687, 688, 689, 690, 695, 696, 697, 699, 701, 709, 710, 711, 720, 723, 725, 735, 736, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 797	OST (François)..... 767
MANDELKERN (Dieudonné) 335, 609, 633, 646, 647, 655, 662	PACTET (Pierre) 479
MARCOU (Gérard) 423, 569, 570	PAILLET (Michel) 272, 275, 276
MARGAIRAZ (Michel) 464	PAINLEVÉ (Paul) 624
MARITON (Hervé) 609, 655	PAULIAT (Hélène)..... 7, 157, 352, 359, 362, 385, 392
	PÉLISSIER (Jean)..... 251, 594, 691
	PELLET Alain 478, 481, 482
	PERALDI-LENEUF (Fabienne) 100, 101, 104
	PETIT (Jacques)..... 53
	PHILIP (Christian)..... 22, 23, 881
	PHILIP (Loïc) 275
	PIEROT (Robert) 734
	PIERRET (Christian)..... 751

PINEAU (Christian).....	302	SCHWARTZ (Rémy)	597
PIQUEMAL (Marcel).....	637, 638	SÉGALAT (André).....	360
PISIER-KOUCHNER (Évelyne).....	683	SEILLER (Bertrand).....	52, 53, 54
PLEVEN (René)	367, 370	SENNETT (Richard).....	493
POINCARÉ (Raymond)	691, 692	SEMAISONS (M. de).....	254
POMPIDOU (Georges)... 126, 280, 316, 317, 318, 320, 327, 348, 565, 604, 606, 625, 736		SHAKESPEARE (William).....	764
PONTIER (Jean-Marie)... 139, 141, 461		SILICANI (Jean-Ludovic).....	571
POUPEAU (Diane)... 23, 157, 297, 352, 359, 362, 385, 392		SIMON (Denys)..... 101, 104, 141, 502, 515, 516, 518, 522, 529, 561, 770	
PROCACCIA (Catherine) 539, 632, 633		SINAY (Hélène)	251, 608
QUASTANA (Jacques)	610	SINKONDO (Marcel).....	475, 478
QUESTIAUX (Nicole)	731	SMITH (Adam).....	498
QUEUILLE (Henri).....	315	SOURIAC (Marie-Armelle)	608
RAMADIER (Paul)	255, 686, 712	SPINETTA (Jean-Cyril)	750
RANGEON (François).....	456	STAHL (Jacques-Henri)	626
RAY (Jean-Emmanuel)..... 41, 335, 630, 631, 632, 647		STIRN (Bernard).....	52, 54, 139
RAYNAUD (Paul).....	484	SUPIOT (Alain).. 15, 17, 18, 19, 25, 26, 31, 45, 420, 444, 447, 448, 594, 716, 792, 798	
RICHER (Laurent).....	127, 134, 361	TARDIEU (Jacques) 186, 458, 461, 462	
RIHAL (Hervé).....	291	TERNEYRE (Philippe)... 233, 296, 639, 645, 647	
RIVERO (Jean). 45, 125, 262, 295, 313, 713		TIMSIT (Gérard).....	802
ROBERT (Jacques).....	282	TIXIER (Pierre-Eric)	735
ROBINEAU (Yves).....	651	TOUSCOZ (Jean) ... 251, 327, 328, 607, 608	
ROCARD (Michel).....	142, 722	TRUCHEt (Didier). 125, 138, 140, 141, 457, 562, 567, 568, 569	
RODIÈRE (Pierre).....	45	VAN DE KERCHOVE (Michel).....	767
RODRIGUES (Stéphane) 101, 102, 103, 538, 539, 553, 571		VATINET (Raymonde)	335, 338
ROLLAND (Louis)57, 73, 78, 102, 103, 104, 145, 186, 188, 200, 203, 257, 260, 446, 458, 461, 571, 611, 680, 682, 683, 684, 685, 688, 690, 694		VEDEL (Georges).....	52, 61, 256
ROME Félix.....	505	VERDIER (Jean-Maurice).....	606
ROMI (Raphaël)	52	VERKINDT (Pierre-Yves)	739, 740
ROMIEU (Jean).....	124, 133, 458	VERSLUYS (Lise)	628
ROUAST (André).....	251	VIATTE (Charles)	712
SALOMON (Jean).....	624	VIGNON (Jérôme).....	488
SAVATIER (Jean).. 292, 351, 359, 618, 619, 620, 730		VOISSET (Michèle)	502
SAVATIER (René).....	603	WALINE (Marcel).. 125, 138, 189, 259, 263, 264, 270, 280, 281, 288, 303, 304, 309, 319, 346, 355, 359, 475, 636, 638, 640, 653, 730	
		ZIANI (Salim).....	77, 145, 799

Index des jurisprudences citées

Cour supérieure d'arbitrage

C. sup. arb., 19 mai 1939, *Syndicat général du papier-carton et parties similaires des départements de Seine et Seine-et-Oise* 602

Cours d'appel et Cours administrative d'appel

CA Paris, 31 mars 1994, *SNCF c./ Epx Beneteaud* 507, 509

CA Paris, 4 octobre 1996, *SNCF c./ Association des usagers des services publics d'Elancourt et de ses environs et autres* 507, 509

CA Paris, 22 septembre 1998, *Fédération nationale CGT du personnel des industries de l'énergie et autres c./Fédération nationale de l'électricité et du gaz CGT-FO et autres*..... 744

CA Paris, 26 mai 1999, *Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy CDG c./SNC Transroissy*..... 240, 381

CA Paris, 11 janvier 2002, *Union locale CFTC c./Sté Aircar et autre* 240, 382, 383, 384, 396, 397, 402

CA Versailles, 15 septembre 2005, n° 04/05564, *SNC AOL France c./ UFC Que Choisir* 506, 511

CA Paris, 22 septembre 2010, n° 08/14438, *SELARL ACACCIA et M. Rémi Rouquette c./SNCF*..... 507, 509

CAA de Nancy, 18 décembre 2003, *Syndicat Sud-PTT*, req. n° 98NC01080 266, 650, 652

Cour de cassation

Cass. req., 18 mars 1902, *Loichot c./ Hufflen* 258

Cass. civ., 15 mai 1907, *Valentin Roussel et fils c./ Chambeau* 257

Cass. civ., sect. soc., 28 juin 1951, *Maïseries de la Méditerranée c./ Dame Roth*..... 263, 264

Cass. civ., sect. soc., 9 juillet 1951, *Houillères du Bassin des Cévennes c./ Bord*..... 263, 264, 268

Cass. civ., sect. soc., 19 juin 1952, *Houillères du Bassin de la Loire c./ Moularde*.... 263, 264

Cass. soc., 14 janvier 1954, *SNCF c./ Vigeannel*..... 598

Cass., civ., sect. soc., 27 janvier 1956, *Blanc c./ SNCF* 295

Cass. crim., 29 janvier 1957, *Saunier* 623

Cass. soc., 5 avril 1957, *Larriot c./ Port Autonome de Bordeaux* 292

Cass. civ., sect. soc., 11 octobre 1957, *Nouaux et autres c./ Société française d'entretien et de réparation de matériel aéronautique* 268

Cass. civ., sect. soc., 23 avril 1959, *Franchetti et autres c./ Société Englebert* 268

Cass. soc., 7 janvier 1960, *Pequet c./ Société Duverdrey et Bloquel*..... 293

Cass. civ., sect. soc., 14 janvier 1960, *Régie autonome des Transports de la Ville de Marseille c./ Sieur Narbonne* 618

Cass. soc., 14 janvier 1960, *Bury c./ Acieries et Forges d'Anor* 605

Cass. soc., 18 février 1960, *Chouin et autre c./ Sté Ouest-Aviation*..... 268

Cass. soc., 2 mars 1960, *SNCF c./ Guerre*..... 303

Cass. soc., 13 décembre 1962, *Bard c./ Société Ducellier-Bendix-Air-Equipement* 292

Cass. soc., 3 octobre 1963, *Goazioux c./ SA Krieg et Zivy* 268

Cass. soc., 15 avril 1970, <i>Compagnie nationale Air France c./ M. Trémoulet</i>	734, 737
Cass. soc., 15 avril 1970, <i>M. Gréard c./ Compagnie nationale Air France</i>	737
Cass. soc., 7 décembre 1978, <i>Martinez c./ Houillères du bassin du Centre et du Midi</i>	372
Cass. ch. mixte, 4 février 1983, <i>Société de boulonnerie et visserie de Sablé c./ EDF</i> .	649
Cass. soc., 5 juillet 1984, <i>CEA c./ Mme Doyen et autres</i>	379, 381
Cass. soc., 5 juillet 1984, <i>Société anonyme COGEMA c./ M. Breniaux et autres</i>	380, 381
Cass. soc., 6 février 1985, <i>SNPNC c./ Air Inter</i>	379
Cass. soc., 1 ^{er} juillet 1985, <i>Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Gard c./ Syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux du Gard, Delafont et autres</i>	638
Cass. soc., 25 juin 1987, <i>Mme Devière et autre c./ Association pour la formation professionnelle dans le bâtiment et les travaux publics du département de l'Aisne (AFOBAT)</i>	379
Cass. soc., 11 mai 1993, <i>Rousson</i>	705
Cass. soc., 16 novembre 1993, <i>Société Atochem c./ Aifa et autres</i>	638
Cass. soc., 7 juin 1995, <i>Société Transport Seroul c./ M. Beillevaire et autres</i>	605
Cass. soc., 17 juillet 1996, <i>EDF-GDF c./ M. Filoni, n°95-41745</i>	708
Cass. soc., 17 juillet 1996, <i>SNCF c./ Mme Agnès Delafontaine et autres</i>	707
Cass. soc., 13 novembre 1996, <i>Mme Direr c./ M. Bolard</i>	265, 860
Cass. soc., 16 juillet 1997, <i>Le Port autonome de Bordeaux c./ Syndicat CGT des personnels du Port autonome de Bordeaux</i>	379
Cass. Civ. 1 ^{ère} , 19 mai 1998, <i>Établissement public La Poste c./ Syndicat départemental CGT-PTT du Lot-et-Garonne</i>	650
Cass. soc., 7 mai 2003, <i>EDF-GDF c./ M. X. et autres</i>	708
Cass. civ. 1 ^{ère} , 8 novembre 2007, <i>SNC AOL France c./ UFC Que Choisir</i>	507, 511
Cass. com., 18 décembre 2007, <i>Sté CNIM c./ EDF</i>	508, 511
Cass. civ. 1 ^{ère} , 19 novembre 2009, <i>M. Dezalle c./Sté Free Télécom</i>	506
Cass. civ. 1 ^{ère} , 28 avril 2011, <i>SNCF c./ Epx X.</i>	510, 511, 849

Conseil d'État

CE, 10 janvier 1902, <i>Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen</i>	58
CE, 6 février 1903, <i>Terrier</i>	124, 133, 458
CE, 7 août 1909, <i>Winkell</i>	65, 185, 186, 251, 257, 259, 260, 262, 269, 275, 458, 462, 681, 682, 683, 684, 694, 713
CE, 3 février 1911, <i>Commune de Mesle-sur-Sarthe</i>	124
CE, 1 ^{er} mars 1912, <i>Tichit</i>	269
CE, 31 juillet 1912, <i>Société des granits porphyroïdes des Vosges</i>	125
CE, 30 mars 1916, <i>Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux</i>	186
CE, 28 juin 1918, <i>Heyriès</i>	650
CE, 23 décembre 1921, <i>Société générale d'Armement</i>	123
CE, Sect., 7 février 1936, <i>Sieur Jamart</i>	287, 288, 290, 346, 347, 359, 392, 656
CE, 22 octobre 1937, <i>Dlle Minaire</i>	65, 259, 260, 262
CE, Ass., 31 juillet 1942, <i>Monpeurt</i>	360
CE, 5 mai 1944, <i>Compagnie maritime de l'Afrique orientale</i>	89, 90, 91, 92
CE, Sect., 5 mai 1944, <i>Dame Veuve Trompier Gravier</i>	89
CE, Sect., 5 mai 1944, <i>Compagnie maritime de l'Afrique orientale</i>	89, 90, 92
CE, Ass., 26 octobre 1945, <i>Aramu et autres</i>	275
CE, Ass., 18 avril 1947, <i>Jarrigion</i>	261, 262, 264, 313

CE, Ass., 7 juillet 1950, <i>Sieur Dehaene</i> ..	52, 54, 189, 263, 264, 266, 268, 276, 281, 288, 289, 292, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 307, 316, 319, 475, 346, 347, 350, 353, 354, 355, 356, 359, 387, 392, 480, 496, 580, 636, 652, 656
CE, Sect., 10 novembre 1950, <i>Fédération nationale de l'Eclairage et des Forces motrices</i>	295, 616, 623
CE, Sect., 4 juin 1954, <i>Affortit et Vingtain</i>	395
CE, 14 mars 1956, <i>Hublin et autres</i>	355
CE, Ass., 11 juillet 1956, <i>Amicale des annamites de Paris</i>	264
CE, 16 avril 1957, <i>Condamine</i>	264
CE, 28 novembre 1958, <i>Lépouse</i>	346, 355, 357, 636, 638
CE, 10 juin 1959, <i>Syndicat national des personnels des préfectures et sous-préfectures, centres administratifs et techniques, ateliers mécanographiques et services départementaux</i>	307, 308
CE, Sect., 12 février 1960, <i>Société Eky</i>	264
CE, Ass., 26 octobre 1960, <i>Syndicat général de la navigation aérienne</i>	305, 310, 605, 636, 653, 854
CE, Sect, 27 janvier 1961, <i>Sieur Vannier</i>	59
CE, 26 février 1961, <i>Isnardon</i>	618, 619
CE, Sect., 19 janvier 1962, <i>Sieur Bernardet et autres</i>	309, 346, 352, 355, 636, 653
CE, Sect., 26 octobre 1962, <i>Le Moullet et Syndicat « Union des navigants de ligne »</i> ..	619, 620
CE, Ass., 23 octobre 1964, <i>Fédération des syndicats chrétiens de cheminots</i>	303, 304, 309, 351, 358, 640, 653
CE, Ass., 4 février 1966, <i>Syndicat unifié des techniciens de la RTF</i>	355
CE, Ass., 4 février 1966, <i>Syndicat national des fonctionnaires et agents du groupement des contrôles radioélectriques, Paul et Longin</i>	636
CE, 9 février 1966, <i>Fédération nationale de l'aviation civile</i>	620
CE, 26 mai 1967, <i>Syndicat national des pilotes de lignes</i>	738
CE, 24 janvier 1968, <i>Syndicat National du Cadre Secrétaire Comptable</i>	731
CE, Sect., 1 ^{er} mars 1968, <i>Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF et autres</i> ...	731, 732
CE, 13 juillet 1968, <i>Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF</i>	309, 358, 640
CE, 22 novembre 1968, <i>Syndicat chrétien de l'administration centrale des Affaires sociales</i>	638
CE, Sect, 13 juin 1969, <i>Commune de Clefcy</i>	60
CE, 2 juillet 1969, <i>Ministre de l'Education nationale c./Association d'Education populaire « l'Espérance » à Confolens</i>	60
CE, Sect., 6 mai 1970, <i>Établissements Etchegoyen</i>	756, 758
CE, 21 octobre 1970, <i>Syndicat général des fonctionnaires des impôts FO et Syndicat national des agents de direction de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer</i>	308, 638
CE, 2 avril 1971, <i>Sieur Pachoud</i>	731
CE, Ass., 1 ^{er} juin 1973, <i>SNPNC et autres</i>	729
CE, 20 janvier 1975, <i>Syndicat national de Radiodiffusion et de Télévision et autres, Syndicat national des journalistes et autres</i>	311, 349, 849
CE, 7 janvier 1976, <i>Centre hospitalier régional d'Orléans</i>	311, 353, 354, 636, 637
CE, 4 février 1976, <i>Section syndicale CFDT du Centre psychothérapique de Thuir</i> ..	311, 347, 352
CE, 12 novembre 1976, <i>Syndicat unifié de Radio et de Télévision CFDT</i>	358
CE, Sect., 18 mars 1977, <i>Chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle et autres</i>	59

CE, 20 avril 1977, <i>Syndicat des cadres et agents de maîtrise de l'aéroport de Paris et syndicat général des personnels à statut de l'aéroport de Paris</i>	311, 637
CE, 14 octobre 1977, <i>Syndicat général CGT du personnel des affaires sociales et Union syndicale CFDT des Affaires sociales</i>	346, 354, 356, 357
CE, Ass., 18 janvier 1980, <i>Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin</i>	266, 296, 651
CE, 4 février 1981, <i>Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme et autres</i>	639
CE, 4 mars 1983, <i>Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région de Meslay-du-Maine</i>	360, 361
CE, 8 juillet 1983, <i>M. Barthes et autres</i>	731
CE, 1 ^{er} juin 1984, <i>Fédération nationale des travailleurs des Postes et Télécommunications CGT</i>	309, 637
CE, 6 novembre 1985, <i>Ministre d'État, ministre des Transports c./ Compagnies Touraine Air Transports et autres</i>	626
CE, 6 novembre 1985, <i>Société Condor-Flugdienst</i>	626
CE, 12 mai 1989, <i>UCCEGA</i>	333, 658
CE, 5 juillet 1989, <i>Mme Saubot et autres</i>	60
CE, 16 janvier 1991, <i>Fédération nationale des associations d'utilisateurs des transports (FNAUT)</i>	60
CE, 13 novembre 1992, <i>Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile</i>	266, 308, 309, 637, 652, 653
CE, Sect., 28 juillet 1993, <i>Fédération nationale des tabacs et allumettes Force ouvrière et Fédération nationale CGT des tabacs et allumettes</i>	706
CE, Ass., 7 juillet 1995, <i>Damiens et autres</i>	706, 707
CE, 15 janvier 1997, <i>Fédération nationale des associations d'utilisateurs des transports (FNAUT)</i>	60
CE, Sect., 17 mars 1997, <i>M. Hotz et autres</i>	310, 354, 357, 387, 657
CE, Sect., 17 mars 1997, <i>Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière</i>	310, 354, 357, 657
CE, sect., 3 novembre 1997, <i>Société Million et Marais</i>	565
CE, Ass., 29 juin 2001, <i>Berton c./ SNCF</i>	733
CE, 29 novembre 2002, <i>M. Watrin, M. Kayemba</i>	50
CE, 9 décembre 2003, <i>Mme Aguilon</i>	619, 620
CE, 1 ^{er} décembre 2004, <i>MM. Onesto et autres c./ RATP et Ministre des Transports</i> ..	358
CE, 8 mars 2006, <i>MM. Onesto et autres c./ RATP</i>	270, 297, 298, 299, 353, 392
CE, Sect., 22 février 2007, <i>Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)</i>	24, 579, 581
CE, ord. réf., 7 juillet 2009, <i>Fédération CGT et M. Christophe B.</i>	156, 240, 297, 299, 352, 385, 386, 387, 389, 392
CE, ord. réf., 15 juillet 2009, <i>Société EDF</i> ...	156, 240, 297, 299, 352, 385, 386, 389, 392
CE, 29 septembre 2010, <i>Société Les Courriers automobiles picards</i>	233
CE, Ass., 12 avril 2013, <i>Fédération Force Ouvrière Énergie et Mines et autres</i> ...	23, 24, 157, 159, 160, 297, 300, 352, 359, 362, 385, 392, 400, 578, 579, 580, 581, 617

Cour de Justice de l'Union européenne

CJCE, 15 juillet 1964, Aff. n°6/64, <i>Flaminio Costa c./ Enel</i>	573
CJCE, 12 novembre 1969, Aff. n° 29/69, <i>Stander c./ Ulm</i>	555
CJCE, 17 décembre 1970, Aff. n° 11/70, <i>Internationale Handelsgesellschaft c./ Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide</i>	557

CJCE, 14 juillet 1971, Aff. n° 10/71, <i>Hein</i>	425
CJCE, 21 mars 1974, Aff. n° 127/73, <i>Belgische Radio Televisie (BRT) et autres</i>	425, 426
CJCE, 11 juillet 1974, aff. n° 8/74, <i>Procureur du Roi c./ Benoît et Gustave Dassonville</i>	515
CJCE, 3 mai 1978, Aff. n° 112/77, <i>Töpfer c./ Commission</i>	558
CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, <i>Rewe-Zentral AG c./ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein</i> (Arrêt dit « Cassis de Dijon »)	517
CJCE, 2 mars 1983, Aff. n° 7/82, <i>Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c./Commission européenne</i>	427
CJCE, 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213/84, <i>Lucas Asjes e.a.</i>	37, 119
CJCE, 11 avril 1989, Aff. 66/86, <i>Ahmed Saeed Flugreisen</i>	119, 426
CJCE, 23 avril 1991, <i>Klaus Höfner et Fritz Elser c./ Macroton GmbH</i>	121
CJCE, 19 mai 1993, Aff. n° C-320/91, <i>Paul Corbeau</i>	74, 136, 799
CJCE, 27 avril 1994, Aff. n° 393/92, <i>Commune d'Almelo</i>	74, 137, 799
CJCE, 7 décembre 1995, Aff. n° C-41/95, <i>Conseil de l'Union Européenne c./ Parlement</i>	554
CJCE, 9 décembre 1997, Aff. n° C-265/95, <i>Commission c./ République française</i>	515, 516, 522
CJCE, 23 novembre 1999, Aff. n° C-149/96, <i>Portugal c./Conseil</i>	556
CJCE, 12 juillet 2001, Aff. n° C-189/01, <i>Jippes E.A.</i>	556
CJCE, 8 mai 2003, aff. n° C-14/02, <i>ATRAL</i>	514
CJCE, 12 juin 2003, aff. n° C-112/00, <i>Eugen Schmidberger</i>	516, 517, 518
CJCE, 24 juillet 2003, <i>Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c./Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH</i>	110, 115, 116
CJCE, 7 juin 2007, aff. n° C-254/05, <i>Commission c./ Belgique</i>	514
CJCE, 11 décembre 2007, aff. n° C-438/05, <i>International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c./ Viking Line ABP et OÜ Voking Lines Eesti</i>	518, 561, 770
CJCE, 18 décembre 2007, aff. n° C-341/05, <i>Laval un Partneri Ltd</i>	770
CJCE, 3 avril 2008, Aff. n° C-444/06, <i>Commission c./ Royaume d'Espagne</i>	554
CJCE, gr. ch., 17 nov. 2009, aff. C-169/08, <i>Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna</i>	514
CJUE, 9 décembre 2010, aff. n° C-421/09, <i>Humanplasma GmbH c./ Republik Österreich</i>	514

Conseil constitutionnel

Cons. const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, <i>Liberté d'association</i>	281, 862
Cons. const., Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, <i>Loi modifiant les dispositions de la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision, en cas de cessation concertée du travail</i>	266, 272, 275, 276, 281, 283, 284, 297, 322, 494, 557, 652, 654, 775, 776
Cons. const., Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, <i>Examen de la loi sur la protection et contrôle des matières nucléaires</i>	273, 638
Cons. const., Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, <i>Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel</i>	273
Cons. const., Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987, <i>Loi portant diverses mesures d'ordre social</i>	274, 281, 284, 285
Cons. const., Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, <i>Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion</i>	705

Cons. const., Décision n° 94-347 DC du 21 juillet 1994.....	275
Cons. const., Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996.....	275
Cons. const., Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, <i>Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social</i>	705, 706
Cons. const., Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, <i>Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs</i>	272, 274, 776
Cons. const., Décision n°2012-650 DC du 15 mars 2012	775, 777

Tribunal des conflits

TC, 8 février 1873, <i>Dugave et Bransiet</i>	275
TC, 22 janvier 1921, <i>Colonie de la Côte d'Ivoire c./Société de l'Ouest-Africain (Bac d'Eloka)</i>	123, 124
TC, 11 juillet 1933, <i>Dame Mélinette</i>	123
TC, 25 novembre 1963, <i>Veuve Mazerand</i>	395
TC, 15 janvier 1968, <i>Compagnie Air France c./ Epoux Barbier</i>	351, 359, 360, 730
TC, 24 juin 1968, <i>Sieur Ursot c./ Ministre des Postes et Télécommunications</i> ..	136, 185, 505, 651
TC, 26 novembre 1990, <i>Demoiselle Salliège</i>	396
TC, 22 juin 1992, <i>Madame Rouquier</i>	396
TC, 25 mars 1996, <i>Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c./Conseil de prud'hommes de Lyon (arrêt dit "Berkani")</i>	396, 402
TC, 1 ^{er} juillet 2002, <i>M. Laroche et autres c./ Société Air France</i>	397
TC, 13 décembre 2004, <i>Société Guibor EURL c./ Société Euronext Paris</i>	360

Tribunaux de première instance

CPH de la Seine, 26 mars 1947, <i>Société Hippophagique de détail c./Breuillée</i> ..	262, 263, 268, 849, 862
TA Paris, 3 avril 1968, <i>Syndicat National des Pilotes de Lignes c./Air France et Ministre des Transports</i>	738
TA Montpellier, 9 avril 1980, <i>Syndicat départemental CFDT de l'Hérault</i>	308, 311, 636, 637, 859
TA Strasbourg, 8 avril 1980, <i>Syndicat FO c./Centre hospitalier de Forbach</i>	308, 311, 636, 637
TGI de Paris, 4 février 1997, <i>Compagnie Air-France Europe c./Syndicat des pilotes d'Air France et autres</i>	397
TGI Paris, 5 avr. 2005, <i>UFC Que Choisir c/ SA Liberty Surf Group sous l'enseigne Tiscali et SA Tiscali Accès</i>	507
TI Cherbourg, 12 juill. 2007, <i>Jena-Marie L. c./ SNC AOL France</i>	507
Trib. civ. de la Seine, 21 avril 1948, <i>Laboratoire du Bâtiment et des Travaux publics c./ Lhériveau et Florentin</i>	262, 263
Trib. civ. de la Seine, 7 ^{ème} Chambre, 16 novembre 1949, <i>Société Hôtel Meurice c./Legay</i>	261, 263
Trib. corr. de la Seine, 4 décembre 1934	189, 259, 270

Index des législations et réglementations citées

Arrêté

Arrêté du 5 juillet 1990 *fixant les consignes générales de délestages sur les réseaux électriques* 637, 656

Décrets

Décret (-Loi) du 31 août 1937, *portant réorganisation du régime des chemins de fer* 677
Décret du 28 novembre 1938 *portant règlement d'administration publique pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1938* 622
Décret n° 46-1541 du 22 juin 1946, *approuvant le statut national du personnel des industries électriques et gazières* 677
Décret n° 47-906 du 24 mai 1947 *portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières* 613
Décret n° 48-1114 du 12 juillet 1948 *portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne* 613
Décret n° 49-636 du 5 mai 1949 *portant réquisition du personnel navigant de la compagnie nationale Air-France, chargé de l'exécution des services internationaux* 613
Décret n° 50-51 du 13 janvier 1950 *portant réquisition du personnel de l'aviation civile chargé de l'exploitation des aéroports et de la sécurité aérienne* 613
Décret n° 50-278 du 8 mars 1950 *portant réquisition de l'ensemble du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières* 613, 616
Décret n° 50-635 du 7 juin 1950, *portant application de l'article 31-o de la loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail*..... 366
Décret n° 51-334 du 20 mars 1951 *concernant la réquisition de certaines catégories de personnel de la Société nationale des chemins de fer français* 613
Décret n° 52-77 du 15 janvier 1952 *portant approbation du cahier des charges type des transports de gaz à distance par canalisations en vue de la fourniture de gaz combustible* 196
Décret n° 53-690 du 7 août 1953 *portant réquisition du personnel de la Société nationale des chemins de fer français*..... 613
Décret n° 53-719 du 9 août 1953 *portant réquisition du personnel des postes, télégraphes et téléphones* 613
Décret n° 54-1173 du 24 novembre 1954 759
Décret du 3 octobre 1956 *concernant des réquisitions de personnes*..... 613
Décret du 5 octobre 1956 *concernant des réquisitions de personnels et de ressources* 613
Décret n° 57-799 du 17 juillet 1957 *autorisant la réquisition de personnels*..... 613
Décret du 9 septembre 1957 *concernant des réquisitions de personnels et de ressources* 613
Décret n° 59-720 du 12 juin 1959 *autorisant la réquisition de personnels de la Société nationale des chemins de fer français*..... 613, 614

Décret du 22 juin 1960 <i>autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens</i>	613, 614, 625
Décret n° 60-1468 du 21 décembre 1960 <i>autorisant la réquisition des personnels navigants de la compagnie nationale Air-France</i>	613, 622
Décret n° 60-1515 du 21 décembre 1960 <i>autorisant la réquisition des personnels navigants de compagnies privées de transport aérien</i>	613, 622
Décret n° 61-499 du 19 mai 1961 <i>autorisant la réquisition des personnels de certains services publics</i>	613, 625
Décret n° 61-518 du 27 mai 1961 <i>autorisant la réquisition de personnels relevant du ministère des travaux publics et des transports (secrétariat général à l'aviation civile)</i>	613
Décret n° 61-633 du 20 juin 1961 <i>autorisant la réquisition des internes des hôpitaux publics</i>	613
Décret n° 61-1392 du 19 décembre 1961 <i>autorisant la réquisition de certains personnels de la Société nationale des pétroles d'Aquitaine</i>	613
Décret du 30 juin 1962 <i>autorisant la réquisition des services de certains navires de commerce français et du personnel nécessaire à leur exploitation</i>	613
Décret n° 62-1121 du 28 septembre 1962 <i>relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne</i>	613
Décret n° 62-1261 du 27 octobre 1962 <i>autorisant la réquisition de personnels de la Régie autonome des transports parisiens</i>	613, 614, 625
Décret n° 62-1296 du 6 novembre 1962 <i>portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 25 novembre 1958 en ce qui concerne le stockage souterrain de gaz combustible</i>	383
Décret n° 62-1524 du 20 décembre 1962 <i>autorisant la réquisition de personnels au sol de la Compagnie nationale Air-France</i>	613, 614
Décret n° 63-208 du 27 février 1963 <i>autorisant la réquisition de personnels dans les houillères de bassin</i>	613
Décret n° 63-220 du 2 mars 1963 <i>autorisant la réquisition du personnel des houillères de bassin et des Charbonnages de France</i>	613
Décret n° 63-1070 du 26 octobre 1963 <i>relatif à la réquisition des personnels assurant la sécurité aérienne</i>	613, 625
Décret n° 77-868 du 27 juillet 1977 <i>déterminant les mesures d'application des articles 7-1 à 7-6 de la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif, complétée par la loi n° 76-632 du 13 juillet 1976</i>	612
Décret n° 83-469 du 8 juin 1983 <i>portant modification de la troisième partie du code du travail pour l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (Art. 10, 38)</i>	366, 372, 873
Décret n°83-817 du 13 septembre 1983, <i>portant approbation du cahier des charges de la Société nationale des chemins de fer français</i>	60, 63, 487
Décret n° 85-1332 du 17 décembre 1985 <i>portant application de la 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</i>	333, 658
Décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 <i>relatif au cahier des charges de France Télécom et au code des postes et télécommunications</i>	63
Décret n° 90-1214 du 29 décembre 1990 <i>relatif au cahier des charges de La Poste et au code des postes et télécommunications</i>	487

Décret n° 91-42 du 14 janvier 1991 <i>portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises</i>	614
Décret n° 91-60 du 17 janvier 1991 <i>portant ouverture du droit de réquisition de l'emploi des personnels des compagnies d'armement maritime française</i>	614
Décret n° 92-1390 du 30 décembre 1992 <i>portant approbation des statuts de la Compagnie nationale Air France</i>	234
Décret n°96-1225 du 27 décembre 1996, <i>portant approbation du cahier des charges de France Télécom</i>	486
Décret n° 99-1161 du 29 décembre 1999 <i>relatif à la durée du travail du personnel de la Société nationale des chemins de fer français</i>	701
Décret n° 2001-1198 du 17 décembre 2001, <i>portant modification de l'article 1er du statut national du personnel des industries électriques et gazières</i>	760
Décret n° 2004-251 du 19 mars 2004 <i>relatif aux obligations de service public dans le secteur du gaz</i>	97, 98, 164, 194, 195, 196, 197, 214, 222, 223
Décret n° 2004-819 du 18 août 2004 <i>relatif à l'application aux corps de la fonction publique hospitalière 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</i>	749
Décret n° 2004-820 du 18 août 2004 <i>relatif à l'application aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale et de ses établissements 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</i>	749
Décret n° 2004-938 du 3 septembre 2004 <i>relatif à l'indemnisation et aux modalités de calcul de l'indemnité compensatrice forfaitaire prévue à 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</i>	749
Décret n° 2004-939 du 3 septembre 2004 <i>relatif aux conditions de cotisation pour la constitution des droits à pension des fonctionnaires de France Télécom bénéficiant 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</i> ..	749
Décret n° 2004-1190 du 10 novembre 2004 <i>portant ouverture du droit de réquisition des compagnies aériennes françaises</i>	614
Décret n° 2004-1223 du 17 novembre 2004 <i>portant statuts de la société anonyme Gaz de France</i>	234
Décret n° 2004-1224 du 17 novembre 2004 <i>portant statuts de la société anonyme Electricité de France</i>	234
Décret n° 2007-244 du 23 février 2007 <i>relatif aux aérodromes appartenant à l'Etat et portant approbation du cahier des charges type applicable à la concession de ces aérodromes</i>	174, 175, 191, 192
Décret n° 2010-932 du 24 août 2010 <i>relatif au transport ferroviaire de voyageurs</i>	96
Décret n° 2011-917 du 1 ^{er} août 2011, <i>approuvant le contrat de partenariat passé entre Réseau ferré de France et la société Eiffage Rail Express pour la conception, la construction, le fonctionnement, l'entretien, la maintenance, le renouvellement et le financement de la ligne ferroviaire à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire entre Connerré et Cesson-Sévigné et des raccordements au réseau existant</i>	230
Décret n° 2014-530 du 22 mai 2014 <i>relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du code des transports</i>	40

Directives européennes

Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 <i>portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux</i>	554
Directive n° 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 <i>relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications</i>	80, 81
Directive n° 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 <i>modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles</i>	81
Directive n° 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 <i>modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications</i>	80
Directive 96/67/CE du Conseil du 15 octobre 1996 <i>relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports</i>	87, 98, 99, 175
Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, <i>concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité</i>	88, 94, 212
Directive n° 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 <i>concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service</i> ... 38, 83	
Directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998, <i>concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel</i> . 88, 97, 212	
Directive n° 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, <i>concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques</i>	82
Directive n° 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 <i>concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE</i>	38, 88, 94, 212
Directive n° 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 <i>concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive</i>	38, 88, 97, 212
Directive n° 2008/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 <i>modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté</i>	38

Lois

Loi du 3 juillet 1877 <i>relative aux réquisitions militaires</i>	611
Loi du 29 octobre 1921 <i>relative au nouveau régime des chemins de fer d'intérêt général</i>	689
Loi du 28 juillet 1928 <i>ayant pour objet l'insertion de clauses relatives au statut du personnel dans les cahiers des charges des concessions de gaz et d'électricité</i>	677, 697
Loi du 11 décembre 1932 <i>fixant le statut de l'aviation marchande</i>	677
Loi du 24 juin 1936 <i>modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du Livre 1^{er} du code du travail : « De la convention collective de travail »</i>	595
Loi du 31 décembre 1936 <i>sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail</i>	597
Loi du 4 mars 1938, <i>sur les procédures de conciliation et d'arbitrage</i>	598
Loi du 11 juillet 1938, <i>sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre</i>	611

Loi n° 46-188 du 14 février 1946 <i>relative au personnel des exploitations minières et assimilées</i>	678, 712
Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 <i>sur la nationalisation de l'électricité et du gaz</i> ... 383, 677, 755, 756	
Loi n° 46-991 du 10 mai 1946 <i>portant fixation de la date légale de cessation des hostilités</i>	611
Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 <i>relative au statut général des fonctionnaires</i>	678
Loi n° 47-344 du 28 février 1947 <i>maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions prorogées par la loi du 10 mai 1946 portant fixation de la date légale de cessation des hostilités</i>	611
Loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947 <i>portant réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité</i>	279
Loi n° 48-341 du 28 février 1948 <i>maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1948 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1947 et la loi du 30 août 1947</i>	611
Loi n° 48-976 du 16 juin 1948, <i>portant institution de la Compagnie nationale Air-France</i>	678
Loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948 <i>relative au statut spécial des personnels de police</i>	266, 279, 330
Loi n° 49-266 du 26 février 1949 <i>maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1949 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 28 février 1948</i>	611
Loi n° 50-205 du 11 février 1950 <i>relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail</i>	595, 607, 734
Loi n° 50-244 du 28 février 1950 <i>maintenant provisoirement en vigueur au delà du 1^{er} mars 1950 certaines dispositions législatives et réglementaires du temps de guerre prorogées par la loi du 26 février 1949</i>	611
Loi n° 50-400 du 3 avril 1950, <i>portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliarat</i>	651
Loi n° 57-833 du 26 juillet 1957, <i>favorisant le règlement des conflits collectifs de travail</i>	601
Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 <i>relative à certaines modalités de la grève dans les services publics</i> .. 28, 239, 251, 283, 290, 305, 316, 320, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 334, 337, 343, 363, 364, 366, 367, 369, 370, 371, 373, 376, 377, 379, 380, 381, 383, 384, 385, 386, 389, 394, 395, 396, 397, 400, 581, 582, 592, 604, 605, 606, 607, 608, 610, 625, 764	
Loi n° 64-650 du 2 juillet 1964 <i>relative à certains personnels de la navigation aérienne</i>	279, 280, 316, 329, 625
Loi n° 68-695 du 31 juillet 1968, <i>portant loi de finances rectificative pour 1968</i>	280
Loi n° 71-458 du 17 juin 1971 <i>relative à certains personnels de l'aviation civile</i>	329, 332
Loi n° 72-553 du 3 juillet 1972 <i>portant statut de la radiodiffusion-télévision française</i>	272, 641
Loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 <i>portant statut général des militaires</i>	280
Loi n° 74-696 du 7 août 1974 <i>relative à la radiodiffusion et à la télévision</i>	272, 321, 322, 641, 652
Loi n° 76-632 du 13 juillet 1976 <i>complétant la loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif</i>	612

Loi n° 79-634 du 26 juillet 1979 <i>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</i>	272, 641
Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 <i>sur la communication audiovisuelle</i>	272
Loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 <i>relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics</i>	592, 605
Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 <i>relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail</i>	595, 740
Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 <i>d'orientation des transports intérieurs (LOTI)</i> 60,	98, 200
Loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 <i>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</i>	311, 322, 324, 329, 332, 333, 363, 364, 367, 639, 657
Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 <i>portant diverses dispositions d'ordre social</i>	599
Loi n° 85-662 du 3 juillet 1985 <i>relative aux mesures concernant, dans les eaux territoriales et les eaux intérieures, les navires et engins flottants abandonnés</i>	612
Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 <i>relative à la liberté de communication</i> ..	272, 641, 657
Loi n° 87-1014 du 18 décembre 1987 <i>relative au corps des officiers contrôleurs en chef de la circulation aérienne</i>	329, 333
Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 <i>relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications</i>	234, 651, 747, 749
Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 <i>favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires</i>	651
Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 <i>relative à l'entreprise nationale France Télécom</i>	747
Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 <i>relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité</i>	23, 753
Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 <i>relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie</i>	97, 755
Loi n° 2003-322 du 9 avril 2003, <i>relative aux entreprises de transports aériens et notamment à la société Air France</i>	750
Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 <i>relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom</i>	748
Loi n° 2004-734 du 26 juillet 2004 <i>modifiant la loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France</i>	751
Loi n° 2004-803 du 9 août 2004, <i>relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières</i>	39, 154, 387, 754
Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 <i>portant statut général des militaires</i>	280
Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 <i>relative aux aéroports</i>	39
Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 <i>sur dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs</i>	40, 199, 322, 323, 363, 368, 592, 646, 647, 655, 657, 659, 663, 693, 764, 773, 785
Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 <i>pour le développement de la concurrence au service des consommateurs</i>	503
Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 <i>relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports</i>	39, 147

Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 <i>relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales</i>	39
Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 <i>portant nouvelle organisation du marché de l'électricité</i>	39
Loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 <i>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</i>	41, 226
Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 <i>portant réforme ferroviaire</i>	39, 151, 160, 236, 779

Ordonnances

Ordonnance n° 45-2488 du 24 octobre 1945 <i>portant création d'Aéroports de Paris</i> ..	382
Ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958 <i>relative au statut spécial des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire</i>	280
Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 <i>portant loi organique relative au statut de la magistrature</i>	280
Ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959, <i>relative aux réquisitions de biens et de services</i>	612
Ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004, <i>relative à la partie législative du code de la défense</i>	40, 612
Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 <i>relative au code du travail</i>	40, 760
Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 <i>relative à la partie législative du code des transports</i>	40
Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 <i>portant codification de la partie législative du code de l'énergie</i>	40

Règlements européens

Règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992 <i>concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intracommunautaires</i>	86, 98, 176
Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil, 7 décembre 1998, <i>relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres</i>	522
Règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008, <i>établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté (refonte)</i>	86, 98, 116, 176, 212
Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, <i>relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil</i>	86, 95, 96, 114, 115, 116, 127, 212, 224, 232, 241

TABLE DES MATIÈRE

DÉDICACE.....	3
AVERTISSEMENT	5
REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS	11
Introduction générale.....	15
Section 1.- Genèse de la problématique.....	18
§1.- Le travail au service de l'intérêt général induit-il un statut spécifique du personnel ?	18
§2.- Les services en réseaux libéralisés sont-ils encore porteur de l'intérêt général ?.....	20
§3.- L'intuition d'une problématique novatrice	25
Section 2.- La complexité de la problématique	27
§1.- La complexité d'une étude transversale	28
A.- Une étude à la croisée des droits.....	28
B.- Une étude teintée d'interdisciplinarité.....	29
§2.- La complexité des notions et de la terminologie utilisée	31
A.- Le service en réseau	32
B.- Le statut du personnel	34
§3.- La complexité du contexte	36
A.- Une libéralisation en mouvement	36
B.- Un droit mouvant.....	40
Section 3.- L'exposé de la problématique.....	41
§1.- L'hypothèse de départ	41
§2.- Les enjeux de la problématique	43
C.- Une problématique « à double cœur » justifiant le plan de la thèse	47
Chapitre préliminaire : Définition de la continuité du service	49
Section 1.- Le caractère « statique » des définitions proposées	50
Section 2.- Les éléments d'une définition dynamique.....	55
§1.- La continuité appliquée au fonctionnement du service public.....	56
§2.- La continuité rapprochée de la régularité de fonctionnement du service public.....	61
§3.- La continuité rapportée à l'intensité de fonctionnement du service public.....	64
Section 3.- Proposition de définition	66
Partie 1.- Le déclin de la continuité du service en réseau	69
Titre 1.- La soumission partielle des services en réseaux à l'exigence de continuité du service public.....	71
Sous-titre 1.- La transformation radicale du service public dans les services en réseaux.....	73
Chapitre 1.- La révolution silencieuse de l'obligation de service public	77
Section1.- L'identification d'une notion nouvelle.....	78
§ 1.- Une notion promue par le droit européen	79
A.- La notion d'exigences essentielles dans la législation européenne.....	79
B.- La notion d'obligation de service public dans la législation européenne	82
1.- Les obligations de service universel	82
2.- Les obligations de service public	85
§ 2.- Une notion sans équivalent en droit français	89
A.- Une notion non conceptualisée en droit interne.....	89

B.- Une transposition contrastée de la notion en droit interne	93
1.- Les secteurs marqués par une transposition confuse de la notion	94
2.- Les secteurs marqués par la transposition claire de la notion	97
Section 2.- L'émergence d'un concept autonome en droit de l'Union européenne	100
§ 1.- La distinction entre l'obligation de service public et les principes du service public.....	100
A.- La convergence partielle avec les principes du service public	101
B.- Les divergences fondamentales avec les principes du service public	103
§ 2.- Les prémisses du concept	105
A.- Une obligation imposée dans l'intérêt général	106
B.- Une obligation imposée par les pouvoirs publics	107
C.- Une obligation financièrement compensable	109
§ 3.- Un essai de définition précise du concept d'obligation de service public	110
Chapitre 2.- La conception du service public revisitée	113
Section 1.- Une approche clarifiée de la conception européenne du service public.....	114
§ 1.- Les fonctions de la notion européenne de service public	114
A.- Prendre en charge l'intérêt général	114
B.- Justifier une compensation financière	115
§ 2.- Essai de définition de la notion européenne de service public.....	117
Section 2.- L'avènement d'un service public « libéralisé »	118
§ 1.- Un service public textuel	119
§ 2.- Un service public fonctionnel.....	120
§ 3.- Un service public concurrentiel.....	123
A.- Des origines anciennes	123
B.- Un déploiement global.....	127
Section 3.- Le renoncement au service public « nationalisé ».....	131
§ 1.- La fin du service public personnalisé bénéficiant du monopole	132
A.- La fin du service public organique	132
B.- La fin du service public monopolistique.....	135
§ 2.- La fin d'un jardin à la française	137
A.- Le jardin à la française	139
B.- Le coup de grâce venu de « Bruxelles »	141
Chapitre 3.- Un service public se prêtant plus difficilement à l'application du principe de	
continuité	145
Section 1.- Les secteurs à missions de service public prédominantes.....	146
§ 1.- Le service public dans le secteur ferroviaire	146
§ 2.- Le service public dans le secteur de l'énergie électrique.....	152
Section 2.- Les secteurs à obligations de service public prédominantes	162
§ 1.- Le service public dans le secteur de l'énergie gazière	163
§ 2.- Le service public dans le secteur des communications électroniques	166
§ 3.- Le service public dans le secteur postal	171
§ 4.- Le service public dans le secteur aérien.....	173
Conclusion du Sous-titre 1.-	179
Sous-titre 2.- La continuité du service public, une exigence partielle dans les services en réseaux	181
.....	181
Chapitre 4.- Les activités assujetties à l'exigence de continuité	183
Section 1.- Du principe de continuité du service public à l'exigence de continuité	183
§ 1.- La transcription du principe dans les textes récents.....	184
A.- Un principe traditionnellement applicable sans texte	184
1.- Un principe initialement appliqué par le juge administratif	184
2.- Un principe conceptualisé par la doctrine.....	186
3.- Un principe à l'autorité relative	188
B.- Un principe expressément applicable par les textes	190

1.- Une inscription par principe dans la loi	190
2.- Une mise en œuvre opérationnelle dans les textes réglementaires et conventionnels	191
§ 2.- Les raisons d'une transcription du principe	199
A.- La loi, vecteur symbolique du principe de continuité auprès de l'opinion	199
B.- L'acte à portée individuelle, vecteur de l'obligation de service public de continuité du service, au sens du droit de l'Union européenne.....	201
Section 2.- L'application variable du principe de continuité dans les activités de réseaux ..	203
§ 1.- Un principe aisément applicable aux missions de service public.....	203
A.- Les modalités d'application du principe aux missions de service public	203
B.- Les exemples d'application du principe aux missions de service public	204
§ 2.- L'application complexe du principe de continuité aux obligations de service public	206
A.- Les modalités d'application du principe aux obligations de service public	206
1.- L'approche extensive, juridiquement contestable	207
2.- L'approche restrictive, juridiquement fondée	210
B.- Les exemples d'application du principe aux obligations de service public	213
Chapitre 5.- Les activités non-assujetties à l'exigence de continuité du service	217
Section 1.- Les exploitants du service en réseaux non-assujettis à l'exigence de continuité	217
§ 1.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux et dans les services de communications électroniques	218
A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services postaux	218
B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services de communications électroniques	219
§ 2.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie électrique et dans les services d'énergie gazière	221
A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie électrique	221
B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services d'énergie gazière	222
§ 3.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services ferroviaires et dans les services aériens	223
A.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services ferroviaires	224
B.- Les exploitants non-assujettis à l'exigence de continuité dans les services aériens	225
Section 2.- Les intervenants sur le réseau, non-assujettis à l'exigence de continuité.....	228
§1.- L'intervention croissante des tiers sur les réseaux	228
A.- Les diverses modalités d'externalisation dans les services en réseaux	229
1.- L'externalisation au sens strict	229
2.- La sous-traitance	231
3.- La filialisation	234
B.- Les raisons explicatives de l'externalisation dans les services en réseaux	237
§ 2.- Le difficile assujettissement à l'exigence de continuité des intervenants sur les réseaux.....	239
A.- L'impossible application du principe de continuité du service public	239
B.- Les effets limités de la contractualisation de l'exigence de continuité	240
Conclusion du Sous-titre 2.-	243
Titre 1.- Conclusion	245
Titre 2.- La soumission partielle des agents des services en réseaux aux sujétions de continuité.....	247

Sous-titre 3.- Le principe de continuité sous-jacent dans le régime juridique applicable aux agents des services publics en réseaux.....	249
--	-----

Chapitre 6.- La confrontation du principe de continuité du service public avec le droit de grève 251

Section 1.- Le principe de continuité du service public supplanté par le droit de grève devenu hégémonique	253
§ 1.- L'existence d'un consensus sur l'attribution du droit de grève aux agents des services publics	253
A.- L'équivoque d'une formulation constitutionnelle pourtant adoptée sans débat	254
B.- L'absence de discrédit général du régime juridique de la grève antérieur à 1946	256
C.- La position équivoque du constituant sur le droit de grève levée par la jurisprudence	262
§ 2.- Un droit de grève appliqué sans égard pour la continuité du service public	265
A.- Usage abusif et nécessités de l'ordre public : un faible rempart préservant la continuité du service public	265
B.- Continuité versus grève : un combat à armes inégales	270
Section 2.- Le droit de grève limité par le principe de continuité du service public	271
§1.- La continuité du service public, limite constitutionnelle au droit de grève	273
A.- La constitutionnalisation d'un principe général du droit	274
B.- Un antidote à la conception absolutiste du droit de grève	277
§2.- La continuité du service public, limite constitutionnelle au pouvoir du législateur	279
A.- Une limite indispensable	279
B.- Une limite souple	282

Chapitre 7.- La continuité, objectif inavoué de la réglementation du droit de grève 287

Section 1.- La continuité, fondement implicite de la réglementation	289
§ 1.- L'intervention du pouvoir réglementaire autonome fondée principalement sur le maintien de l'ordre public	290
A.- La réglementation autonome sous le contrôle du juge	290
B.- Les objectifs affichés de la réglementation autonome	292
§ 2.- La continuité, objectif principal mais implicite de la réglementation autonome	294
A.- Le caractère implicite de l'objectif de continuité	294
B.- Faut-il expliciter l'objectif de continuité ?	295
1.- L'arrêt Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut-Rhin	296
2.- Les récentes évolutions de la jurisprudence	297
Section 2.- La continuité partiellement assurée par les mesures réglementaires relatives au droit de grève.....	301
§ 1.- Les mesures réglementaires tendant à restreindre l'exercice du droit de grève	301
A.- Les différentes mesures adoptées	302
1.- Le déclenchement de la grève.....	302
2.- L'obligation du préavis	304
3.- Les autres mesures	305
B.- Des mesures devenues inenvisageables à notre époque	305
§ 2.- Les mesures réglementaires tendant à interdire l'exercice du droit de grève	307
A.- Les conditions de légalité des mesures d'interdiction du droit de grève	307
B.- Les hypothèses des mesures d'interdiction du droit de grève	308

Chapitre 8.- La continuité du service public, fondement souvent implicite de la législation sur le droit de grève..... 313

Section 1.- La référence au principe de continuité	314
§ 1.- Une référence au principe de continuité longtemps discrète	315
A.- La frilosité du législateur à légiférer sur le droit de grève dans les services publics	315

B.- La difficulté du législateur à s'emparer du principe de continuité du service public	317
§ 2.- Une référence au principe de continuité aujourd'hui affichée	321
A.- Un contexte juridique favorable	321
B.- L'écart persistant entre la référence au principe et son application concrète	322
Section 2.- La conciliation partielle du droit de grève avec la continuité du service public .	323
§ 1.- Conciliation minimale : la loi du 31 juillet 1963	325
A.- Une loi minimaliste	325
B.- Une loi fraîchement accueillie.....	328
§ 2.- De la restriction à l'encadrement : la conciliation réalisée dans la navigation aérienne	329
A.- Les « aiguilleurs du ciel » privés du droit de grève	329
B.- Les « aiguilleurs du ciel » astreints à un service minimum	332
§ 3.- Vers la conciliation négociée : la loi du 21 août 2007	334
A.- La négociation en prévention des conflits collectifs	335
B.- La mise en œuvre négociée d'un service garanti	338
Conclusion du Sous-titre 3.-	341
Sous-titre 4.- Les limites d'une application extensive dans les services en réseaux de la législation et de la réglementation du droit de grève dans les services publics	343
Chapitre 9.- Une logique d'extension à l'œuvre dès l'origine	345
Section 1.- La logique d'extension du champ d'application du pouvoir réglementaire autonome dans les services publics en réseaux	346
§1.- L'origine du pouvoir réglementaire autonome dans les services en réseaux.....	347
A.- L'autonomie de gestion, première justification du Pouvoir réglementaire autonome	348
B.- Les statuts du personnel, deuxième justification du pouvoir réglementaire autonome	351
§2.- Un pouvoir réglementaire largement reconnu dans les services en réseaux	352
A.- L'exclusivité du pouvoir réglementaire étendu aux dirigeants des services publics personnalisés.....	353
B.- La clarification du pouvoir réglementaire autonome reconnu aux dirigeants des services publics personnalisés.....	355
C.- La spécificité de l'extension du pouvoir réglementaire aux dirigeants des entreprises privées chargées de missions de service public	359
Section 2.- La logique d'extension de l'application de la législation sur le droit de grève dans les services publics en réseaux	363
§1.- Le champ d'application initial du cadre législatif de la réglementation du droit de grève	364
A.- Le champ d'application initial des dispositions issues de la loi de 1963	364
1.- Les deux critères d'application de la loi de 1963	364
2.- Les agents initialement soumis aux dispositions de la loi de juillet 1963	366
B.- Le champ d'application des dispositions issues des lois sectorielles	367
1.- Le champ d'application de la loi de 1984	368
2.- Le champ d'application de la loi de 2007	368
§2.- Le champ d'application étendu de la loi de 1963 dans les services en réseaux	369
A.- Les origines d'une conception étendue des critères d'application de la loi de 1963	370
B.- Une application de la loi de 1963 au-delà du critère du service public	371
Chapitre 10.- Critique d'une logique extensive poussée à l'extrême	375
Section 1.- L'application des dispositifs législatifs et réglementaires à des activités de réseaux non-qualifiées de service public	377
§1.- La législation sur le droit de grève, imposée aux agents d'entreprises privées non déléguataires de service public	378
A.- L'application de la loi de 1963 aux agents des filiales participant à la gestion de la mission de service public de l'entreprise mère	379

B.- L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises prestataires de services d'une entreprise chargée d'une mission de service public	380
C.- L'application de la loi de 1963 aux agents des entreprises contribuant à la gestion d'un service public.....	382
§2.- La réglementation du droit de grève des agents d'entreprises privées non délégués de service public	384
A.- La jurisprudence récente du Conseil d'État	385
B.- La gêne palpable du juge administratif	388
Section 2.- Une extension illégale desservant l'objectif de continuité du service	389
§1.- Les limites de la logique d'extension à l'œuvre	390
A.- Les limites de l'extension du pouvoir réglementaire autonomes.....	390
B.- Les limites de l'extension de l'application de la législation relative au droit de grève dans les services publics	392
§2.- Les risques juridiques de la logique d'extension à l'œuvre	396
A.- La légalité contestable de la contrainte exercée sur le droit de grève	397
B.- L'illégalité d'une obligation de continuité imposée de facto	399
§3.- Feu la continuité du service public, dans les services en réseaux ?.....	400
A.- Le service public un critère moribond	401
B.- La continuité, un principe en sursis	403
Conclusion du Sous-titre 4.-	405
Titre 2.- Conclusion	407
Partie 1.- Conclusion.....	409
Partie 2.- La refondation de la continuité du service en réseaux	411
Titre 3.- L'émergence du principe de continuité du service d'intérêt économique général	413
Sous-titre 5.- Saisir les services en réseaux avec la notion de service d'intérêt économique général	415
Chapitre 11.- Pour une interprétation renouvelée de la notion de « service d'intérêt économique général »	417
Section 1.- La conception actuelle du service d'intérêt économique général	420
Section 2.- Les paradoxes d'une notion en construction.....	425
§1.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par la Commission européenne	426
§2.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par les traités institutifs	430
§3.- L'approche paradoxale de la notion de Service d'intérêt économique général par le Comité économique et social européen et par le Parlement européen.....	434
Section 3. - La nécessité d'une conception renouvelée du service d'intérêt économique général	438
Conclusion du Sous-titre 5.-	447
Sous-titre 6.- La justification du principe de continuité du service d'intérêt économique général	449
Chapitre 12.- La justification théorique du principe de continuité du service d'intérêt économique général	451
Section 1.- La fonction sociale du service public et du service d'intérêt économique général	452
§1.- La fonction sociale du service public.....	454
A.- La fonction sociale première du service public : répondre à un besoin collectif, de façon continue.....	455
B.- La fonction sociale seconde du service public : accompagner l'interdépendance sociale croissante au sein de la société	460

§2.- La fonction sociale du service d'intérêt économique général	465
A.- Répondre aux besoins des citoyens européens.....	465
B.- Contribuer à la cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union	468
Section 2.- La cohésion sociale, seul fondement de la continuité du service en réseaux	470
§1.- La continuité de l'État, un fondement inopérant	472
A.- La continuité au cœur de la théorie de l'État	473
1.- L'émergence du concept de continuité de l'État.....	473
2.- Tentative de définition de la continuité de l'État.....	477
B.- La continuité de l'État, un fondement très partiel de la continuité des grands services publics en réseaux	481
§2.- La cohésion sociale, un fondement pertinent	484
A.- La cohésion sociale, ou « l'État qui rend capable »	486
B.- La continuité des services en réseaux, une condition d'effectivité des droits fondamentaux	491
Chapitre 13.- L'irremplaçable principe de continuité du service d'intérêt économique général	495
Section 1.- Le fonctionnement du marché ou la croyance en l'existence de la continuité par l'émulation.....	497
§1.- La continuité du service peut-elle résulter du jeu de la concurrence ?	498
§2.- La continuité du service peut-elle résulter d'obligations contractuelles ?	501
A.- La continuité de la prestation de service, parfois objet d'une obligation	502
B.- La responsabilité limitée du défaut de continuité de la prestation de service	505
Section 2.- Le respect des libertés de circulation ou la volonté d'obtenir la continuité par la contrainte ?.....	509
§1.- L'atteinte aux libertés de circulation sévèrement réprimée par la Cour de justice de l'Union européenne	509
A.- Le caractère fondamental des libertés de circulation	509
B.- La répression des entraves à l'exercice des libertés fondamentales de circulation	511
§2.- Les tentatives de réglementations européennes des droits d'action collective au regard de la continuité des services en réseaux	519
A.- L'application du règlement « fraises », facteur de continuité des transports ?	519
B.- Le projet censuré de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services : un facteur improbable de continuité du service	523
Conclusion du Sous-titre 6.-	529
Sous-titre 7.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt économique général.....	531
Chapitre 14.- Les conditions de l'autonomie du principe de continuité dans le droit de l'Union européenne	533
Section 1.- La continuité, une valeur commune aux services d'intérêt général en Europe .	534
§1.- La continuité, une valeur partagée par les systèmes juridiques des États membres de l'Union.....	534
§2.- La continuité, une valeur partagée par l'Union européenne.....	537
A.- Une valeur affirmée par la Commission européenne	538
1.- Le service d'intérêt général, une valeur explicite.....	538
2.- La continuité du service d'intérêt général, valeur implicite	540
B.- Une valeur prise en compte par le droit originaire de l'Union européenne.....	542
Section 2.- D'une valeur partagée vers un principe commun : quelles voies juridiques possibles pour l'avènement du principe de continuité du service d'intérêt général en Europe ?	544
§1.- La voie législative abandonnée, mais toujours possible	545
A.- Le projet de directive-cadre sur les services d'intérêt général et les raisons d'un abandon	546

B.- Les écueils d'une législation cadre sur les services d'intérêt général, et l'intérêt d'une telle législation même minimaliste	549
§2.- La voie prétorienne encore inexplorée	551
A.- Les conditions de reconnaissance d'un principe général du droit par la Cour de justice de l'Union européenne	552
B.- Les avantages d'un principe général du droit de l'Union européenne	556
Chapitre 15.- Les perspectives d'autonomie du principe de continuité du service d'intérêt général en droit interne	559
Section1.- L'ordre juridique interne prêt à accueillir en son sein la notion de service d'intérêt économique général	560
§ 1.- La convergence objective des deux ordres juridiques	561
§ 2.- Une partie de la doctrine juridique prête à franchir le pas	564
Section 2.- Les modalités d'intégration de la notion de service d'intérêt économique général dans l'ordre juridique interne	569
§1.- Faire du service d'intérêt économique général, une notion « Janus »	570
§2.- Les voies d'intégration envisageables	574
A.- La voie jurisprudentielle	574
B.- La voie législative	579
Conclusion du Sous-titre 7-	581
Titre 3.- Conclusion	583
Titre 4.- La réinvention d'un régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux.....	585
Sous-titre 8.- Les modalités de la continuité du service de l'intérêt général	587
Chapitre 16.- La continuité imposée aux parties au conflit, une voie en déclin	589
Section 1.- L'échec des procédures facultatives de règlement des conflits collectifs	590
§1.- Les procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage	591
A.- La procédure de conciliation	591
B.- La procédure de médiation	593
C.- La procédure d'arbitrage	594
§2.- L'application des procédures de conciliation, de médiation et d'arbitrage aux entreprises de service public	595
§3.- Des procédures facultatives peu utilisées car peu convaincantes	599
Section 2.- L'échec du préavis obligatoire à générer la négociation	601
§1.- Un préavis notamment prévu pour négocier	602
§2.- Un préavis principalement vécu sans négocier	605
Section 3.- La réquisition du personnel : un procédé radical devenu inefficace	607
§1.- La continuité du service, finalité de la réquisition des personnels grévistes	611
A.- La réquisition en vue d'une continuité absolue	612
B.- La réquisition, en vue d'une continuité minimale	614
§2.- La réquisition, moyen inadéquat pour assurer la continuité du service en cas de grève	617
A.- Une procédure utilisée en cas de grève	618
B.- Une procédure pensée pour la guerre	621
Chapitre 17.- La continuité par le dialogue social : une voie d'avenir	625
Section 1.- Les limites du service de substitution en cas de grève	628
§1.- Le contenu du service minimum dans les grands services publics en réseaux	632
A.- Conceptions restrictive et extensive du service minimum	633
1.- Conception restrictive fondée sur la préservation de l'ordre public	633
2.- La conception extensive fondée sur la satisfaction des besoins des usagers ..	636
B.- Les finalités d'un service minimum dans les grands services publics en réseaux ..	640
§2.- L'organisation du service minimum dans les grands services publics en réseaux ..	645
A.- Les modalités pratiques du service minimum à l'égard des grévistes	646

B.- Supports juridiques du service minimum	653
Section 2.- L'articulation de l'alarme social avec le service minimum.....	658
§1.- L'innovation de la procédure d'alarme sociale	661
A.- Une négociation immédiate	661
B.- Le recours à la grève, après l'échec constaté de la négociation	663
§2.- Une démarche globale de prévention des conflits	664
A.- Un cadre contractuel visant l'amélioration du dialogue social.....	664
B.- Un cadre contractuel visant à responsabiliser les acteurs sociaux dans l'entreprise	665
Conclusion du Sous-Titre 8.-.....	669
Sous-titre 9.- L'indispensable renouveau « statutaire ».....	671
Chapitre 18.- Les enseignements d'une pratique statutaire	673
Section 1.- Des statuts mal fondés sur la continuité du service public.....	677
§1.- Le statut pensé comme vecteur idéal de la continuité	678
A.- L'impossible interdiction du droit de grève par le statut.....	678
1.- L'interdiction de principe du droit de grève des fonctionnaires	679
2.- L'ambiguïté de l'interdiction du droit de grève aux agents des services publics concédés.....	680
3.- L'échec des projets de statut interdisant le droit de grève	683
B.- La stabilité des relations de travail par le statut	687
§2.- Le statut pensé comme facteur de paix sociale	689
A.- L'arbitraire dans les relations de travail, anéanti par le statut	690
B.- L'amélioration des conditions de travail par le statut	692
Section 2.- Des statuts organisant un équilibre instable entre sujétions et avantages	695
§1.- Les quelques dispositions statutaires justifiées par le principe de continuité.....	696
A.- Les dispositions relatives au temps de travail	697
B.- Les dispositions relatives aux congés payés.....	701
C.- Les dispositions relatives à l'organisation du service.....	705
§2.- La continuité, figure modeste du compromis de la Libération	707
Chapitre 19.- L'affaiblissement de l'ordre statutaire ancien	713
Section 1.- L'articulation actuelle statut/convention collective devenue inadaptée	715
§1.- Les faiblesses du droit statutaire	715
A.- Les faiblesses du droit statutaire à l'égard du management	717
B.- Les faiblesses du droit statutaire à l'égard les salariés	720
1.- La permanence d'un personnel non-statutaire.....	720
2.- Le statut facteur d'insécurité juridique pour les agents.....	725
§2.- Les insuffisances du droit conventionnel.....	731
A.- La pratique limitée de la négociation collective	731
B.- Un droit conventionnel supplétif, vaguement ampliatif.....	737
Section 2.- L'irrésistible ascension du droit commun des relations collectives de travail ...	743
§1.- Le modèle de la disparition progressive des statuts	743
A.- France Télécom : les cadres d'extinction	744
B.- Air France : la transposition des statuts dans des conventions d'entreprise	747
§2.- Le modèle du développement du droit conventionnel aux côtés du statut.....	749
A.- Le maintien du statut du personnel des industries électriques et gazières	750
B.- Le développement du droit conventionnel dans les industries électriques et gazières.....	756
Chapitre 20 : Les qualités requises d'un nouveau régime juridique du droit de grève dans les services en réseaux	761
Section 1.- Une difficulté : un régime juridique adapté aux réseaux européens	762
§1.- La dimension du réseau	763
§2.- La dimension européenne	765

Section 2.- Une méthode : un régime juridique largement négocié adopté au niveau national	769
§1.- Un encadrement législatif adopté au niveau national.....	769
§2.- Une déclinaison négociée dans chaque réseau	775
A.- Faire émerger le réseau comme niveau de négociation.....	775
B.- Le contenu des accords interprofessionnels de réseau négociés	781
Conclusion du Sous-titre 9.-	787
Titre 4.- Conclusion	789
Partie 2.- Conclusion.....	791
Conclusion générale	793
I.- Le renouvellement statutaire repose sur un débat ancien.....	794
II.- Le renouvellement statutaire suppose de nouveaux débats	797
BIBLIOGRAPHIE	803
INDEX	879
TABLE DES MATIÈRE.....	907

Thèse de Doctorat

Donatien LECAT

La continuité du service d'intérêt général

Essai sur la pertinence d'un nouveau statut du personnel dans les grands services en réseaux

Résumé

La continuité du service est un principe essentiel de fonctionnement du service public en droit français. Ce principe s'applique aux entreprises de service en réseau lorsqu'elles sont en charge d'un service public, et il impacte le régime juridique de leurs personnels, notamment en matière d'exercice du droit de grève. Cependant, les grands services en réseaux (télécommunications et communications électroniques, service postal, énergies électrique et gazière, transports aérien et ferroviaire) connaissent de profondes mutations depuis leur ouverture à la concurrence et leur intégration dans le marché unique. Le droit de l'Union européenne bouscule la place du service public dans ces grands services en réseaux. Cette notion ne couvre plus qu'une petite partie de l'activité de ces services. Dès lors, la continuité ne concerne plus l'ensemble de ces services mais uniquement la partie qui reste du ressort du service public. Malgré cela, alors même que les missions qu'ils accomplissent ne ressortent plus du service public, les personnels se voient encore parfois imposer des restrictions à l'exercice du droit de grève. Dans d'autres cas, l'absence de sujétions spéciales de continuité imposées aux personnels est problématique. Ce constat oblige à repenser le cadre juridique de la continuité des services en réseaux et de sa traduction dans le droit applicable aux personnels. La notion européenne de service d'intérêt général, permet de reconstruire un régime juridique appliqué à la prise en charge de l'intérêt général. L'émergence d'un principe de continuité du service d'intérêt général peut devenir réalité en droit européen. Ces perspectives d'autonomie juridique existent. Les personnels des services d'intérêt général en réseaux pourraient être assujettis au principe de continuité et se voir appliqué un nouveau régime du droit de grève. Ce régime juridique pourrait être à la base d'un renouveau statutaire dans les grands services en réseaux.

Mots clés

Grands services en réseaux - Service public - Service d'intérêt général - Principe de continuité - Droit de grève - Statuts du personnel

Abstract

To ensure the continuity in a service is essential to run public service in French law. This principle applies to network service firms when they are in charge of public service, and it has an impact on the legal status of their employees, especially as regards the right to go on strike. However, some great network services (telecommunications and electronic communications, mail service, electrical and gas energies, aerial and rail transport) have been going through deep transformations since their opening to competition and their integration into the single European market. European Union law unsettles the role of public service in these great network services. This notion only covers a small part of the activities of these services. Consequently, continuity does not concern all the services anymore but only what depends on public service. Although the missions they accomplish do not fall under public service mission anymore, employees sometimes still suffer from restrictions regarding their right to go on strike. Under other circumstances, no special subjection of continuity is imposed on staff, which can be problematic. This observation demands to rethink the legal framework of continuity in the network services missions and what it means in terms of law to be applied to staff members. The European notion of services of general interest makes it possible to rethink a legal system to support general interest. In this framework, the emergence of a principle of continuity in services of general interest can come true in European law and French law. The staff members of network services of general interest then could be subjected to this principle of continuity and be inflicted a new regulation regarding the right to strike. This new legal status could be at the core of a statutory revival for staff in great network services.

Key Words

Great network services - Public service - Services of general interest - Principle of continuity - Right to strike - Legal status of employees